ISSN:1309-6826

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Nisan 2025 • Sayı 62 • Yıl:16

yayin.taa.gov.tr

62

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

''Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim''

62

YIL: 16 - SAYI: 62 - NİSAN 2025
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Bekir ALTUN
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Akademi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Bekir ALTUN
Türkiye Adalet Akademisi Yayın Kurulu Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Yasin SÖYLER
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER
Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/ANKARA
Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01
E-Posta: bilimselmakale@taa.gov.tr
adaletakademisi.dergi@gmail.com
Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT
Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (**Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim** aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayınlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "**Özet**" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "**Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç**" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler"in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için **OSCOLA kaynak stilinin 4. Edisyonu** kullanılmalı ve dipnot atıf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimeden az, **12.000** kelimeden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türkiye Adalet Akademisine aittir. Yazarlar telif haklarını Akademiye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
14. Hakemlere ödenecek inceleme ücreti; Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca, 23/8/2006 tarihli ve 2006/10932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesine göre dergi yayınlandıktan sonra ödenir.
15. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
16. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
17. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

---

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ
Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

** Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.*

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER
Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI
Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY
Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN
İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR
İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Polis Akademisi Başkanlığı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU
İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

SAVAŞ TUTSAKLARININ KAMUOYUNDA DİJİTAL GÖSTERİME SUNULMASINDAN DOĞANİNSANCIL HUKUK SORUNLARI
Humanitarian Law Issues Arising from Digital Display of War Prisoners to the Public
A. Füsun ARSAVA ..... s. 1-16

Araştırma Makalesi/Research Article

ADLİ KOLLUK FAALİYETLERİNDEN DOĞAN ZARARLARDAN DOLAYI DEVLETİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDA GÖREVLİ YARGI YERİ
The Court of Jurisdiction Charged with the Responsibility of Compensation of the State for Damages Arising from Judicial Law Enforcement Activities
Hakan GÜNDÜZ ..... s. 17-44

Araştırma Makalesi/Research Article

ULUSLARARASI HUKUK UYARINCA ABLUKANIN HUKUKİ ÇERÇEVESİNİN BELİRLENMESİ
Determining the Legal Framework of the Blockade under International Law
Hilal CECANPINAR ..... s. 45-68

Araştırma Makalesi/Research Article

ULUSLARARASI HUKUKTA BATIK DEVLET GEMİLERİNİN BAĞIŞIKLIĞI ÜZERİNE BİR İNCELEME
A Study on the Immunity of Sunken State Vessels in International Law
Şahin Eray KIRDIM ..... s. 69-100

Araştırma Makalesi/Research Article

ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK VE İNSAN HAKLARI: BİRLEŞİK KRALLIK'TAKİ ŞERİAT KONSEYLERİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME
Multiculturalism and Human Rights: An Evaluation of Shari'a Councils in The United Kingdom
Abdulkadir PEKEL; Burcu DEĞİRMENCİOĞLU ..... s. 101-130

Araştırma Makalesi/Research Article

YARGITAY UYGULAMASINDA NORMLAR HİYERARŞİSİ
Hierarchy of Norms in the Judicial Practice of The Court of Cassation (Yargıtay)
Ömer Emrullah EGELİĞİ ..... s. 131-166

Araştırma Makalesi/Research Article

HEGEL'İN HUKUK FELSEFESİNDE ÖZGÜRLÜK VE KODİFİKASYON
Freedom and Codification in Hegel's Philisophy of Law
Rıdvan DEĞİRMENCİ ..... s. 167-186

Araştırma Makalesi/Research Article

NOTERLERİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDAKİ HUKUKİ SORUMLULUKLARI
The Legal Responsibilities of Notaries Under the Law on the Protection of Personal Data
Pınar AKTAŞ AVCİ ..... s. 187-218

Araştırma Makalesi/Research Article

TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARINDA BEKLENEBİLİRLİK İLKESİ: KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE UYGULAMADAKİ YANSIMALAR
The Principle of Foreseeability in the Turkish Penal Code and Code of Criminal Procedure: Conceptual Framework and Practical Implications
Celal Hakan KAN ..... s. 219-248

Araştırma Makalesi/Research Article

BİR İNSAN HAKKI OLARAK DİJİTAL EĞİTİM ve OLAĞANDIŞI DURUMLAR
Digital Education as a Human Right and Extraordinary Circumstances
Melih Uğraş EROL ..... s. 249-268

Araştırma Makalesi/Research Article

GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜNE SAHİP KİŞİLERİN SINIR DIŞI EDİLMESİ: GERİ GÖNDERİLMEME İLKESİ BAĞLAMINDA HUKUKİ VE YARGISAL DEĞERLENDİRME
Deportation of Persons under Temporary Protection Status: A Legal and Judicial Assessment in The Context of the Non-Refoulement Principle
Melike Elif KORKMAZ ..... s. 269-294

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

ÇOCUK TESLİMİ ve ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLAMLARIN veya TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI
The Judgments or Execution of Injunctions Regarding the Handing over of a Child and the Establishment of Personal Relations with the Child
Hakan ALBAYRAK; Esra BULUT ..... s. 297-324

Araştırma Makalesi/Research Article

ULUSLARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA TÂBİ SÖZLEŞMELERDE BOŞLUK DOLDURMA
Gap Filling Regarding Contracts Subject to United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Barış DEMİRSATAN ..... s. 325-352

Araştırma Makalesi/Research Article

ÇİÇEK SEPETİ KARARI ÖZELİNDE ARACI HİZMET SAĞLAYICISININ TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ
Evaluation on the Liability of the Intermediary Service Provider to the Consumer Specific to the "Çiçek Sepeti" Decision
Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR ..... s. 353-374

Araştırma Makalesi/Research Article

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KAYITLARININ ÖNEMİ
Importance of Social Security Institution Records in Individual Labour Disputes
Efe YAMAKOĞLU ..... s. 375-398

Araştırma Makalesi/Research Article

TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU CAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK
The Law Applicable to Life Insurance Contracts Containing Foreign Elements under Turkish Law
Erman EROĞLU ..... s. 399-428

Araştırma Makalesi/Research Article

MAKÛL SÜREDE YARGILAMA YAPILMASINDA YAPAY ZEKÂNIN ETKİSİ

The Impact of Artificial Intelligence on Trial in Reasonable Time

Seyhan SELÇUK ..... s. 429-462

Araştırma Makalesi/Research Article

SAĞLIK HAKKININ VE GENEL SAĞLIK SİGORTASININ ÖZNESİ OLARAK YABANCILAR

Foreigners as Subjects of the Right to Health and General Health Insurance

Bahar KÜPE ..... s. 463-496

Araştırma Makalesi/Research Article

ALMAN MEDENİ HUKUKUNDA VESAYET KURUMU VE REFORMUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

The Guardianship Institution in GermanCivil Law and Innovations of the Reform

Hatice KARACAN ÇETİN ..... s. 497-532

Araştırma Makalesi/Research Article

DEMİRYOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE TREN İŞLETMECİSİNİN BAGAJ TAŞIMADAN KAYNAKLANAN AKDİ SORUMLULUĞU

Contractual Liability of the Operator Arising from the Carriage of Baggage under a Contract of Carriage of Passengers by Railway

Zehra İlgün ÇAMLI; Elif YALÇIN SIRAKAYA ..... s. 533-566

Araştırma Makalesi/Research Article

İSVİÇRE VE TÜRK YARGI UYGULAMASINDA VEKİLİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİNDE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Allocation of the Burden of Proof in Breach of the Duty of Care by the Attorney in Swiss and Turkish Judicial Practice

Işık Aslı HAN ..... s. 567-586

Araştırma Makalesi/Research Article

HAVA YOLUYLA YÜK VE YOLCU TAŞIMA DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

The International Jurisdiction of Turkish Courts in Disputes on Cargo and Passenger Transport by Air

Nazlıcan AKMEŞE ..... s. 587-636

Araştırma Makalesi/Research Article

YAPISAL DEĞİŞİKLİK KARARLARININ İPTALİ DAVASI İLE GENEL NİTELİKTEKİ İPTAL DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

The Relationship Between the Action for Annulment of Structural Change Resolutions and the General Annulment Action

Mehmet Arif TUĞ ..... s. 637-652

Araştırma Makalesi/Research Article

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA

Inter-Administrative Cooperation in Turkish and German Law

Allı YEŞİLYURT DURAN ..... s. 653-690

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;









Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683728

SAVAŞ TUTSAKLARININ KAMUOYUNDA DİJİTAL GÖSTERİME SUNULMASINDAN DOĞAN İNSANCIL HUKUK SORUNLARI

Humanitarian Law Issues Arising from Digital Display of War Prisoners to the Public

A. Füsun ARSAVA*

Öz

Sosyal medya çağında savaş tutsaklarının dijital olarak gösterime sokulma uygulaması önemli bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Savaş tutsaklarının dijital yayınlarla kişiselleştirilmeleri onların bedensel zarara uğramalarına yol açabileceği gibi onurlarına da zarar verme potansiyeline sahiptir. Bu durum savaş tutsaklarının sübjektif hakları ile enformasyona dayanan modern savaş yöntemlerinin örtüşmediğini göstermektedir. Savaş tutsaklarının tehlikeye maruz bırakılmasının ve onurlarının kırılmasının toplumun bilgilendirilmesi gerekçesi ile savunulması mümkün değildir. Savaş tutsaklarının teşhiri İnsancıl Hukukun ihlâli dışında insanlık dışı muamele olarak savaş suçu teşkil etmekte ve Uluslararası Ceza Hukuku sorumluluğuna da yol açabilmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü bedensel zarar vermemekle beraber nefret uyandıran sosyal değersizleştirmeye ve kişilik haklarını yok etmeye yol açan eylemlerin insanlık dışı muamele teşkil ettiğini, dolayısı ile savaş suçu oluşturabileceğini kabul etmektedir. Makale dijital yayınların İnsancıl Hukukta yol açtığı sorunlara ve bu bağlamda önerilen çözümlere ışık tutmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Savaş tutsakları, savaş suçları, dijital gösterim, kamuoyunun merakından korunma, insan onurunun zedelenmesi

Abstract

In the age of social media, the practice of digitally displaying prisoners of war is a matter of significant debate. Personalizing prisoners of war with digital publications may cause them to suffer physical harm and may also harm their dignity. This situation shows that the subjective rights of prisoners of war do not coincide with modern war methods based on information. It is not possible to justify exposing prisoners of war to danger and degrading their dignity on the grounds of informing the public. The display of prisoners of war constitutes a war crime as inhumane treatment, apart from a violation of Humanitarian Law, and may also give rise to International Criminal Law liability. The Statute of the International Criminal Court recognizes that actions that do not cause bodily harm but lead to hateful social devaluation and destruction of personal rights constitute inhuman treatment and may therefore constitute war crimes. The

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.02.2025*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara-Türkiye, fusun.arsava@atilim.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003- 2275-7664.

article sheds light on the problems caused by digital publications in Humanitarian Law and the solutions proposed in this context.

Keywords: Prisoners of war, war crimes, digital display, Protection from public curiosity, damage to human dignity

GİRİŞ

Savaş bir medya olayı mıdır?[1] 2022 Şubat ve Mayıs ayları arasında sadece BM İnsan Hakları Yüksek Komiserlik bürosu (OHCHR) tarafından Ukrayna ve Rus savaş tutsaklarının çıplak yahut dayanılmaz ıstıraplarını gösteren 178 internet videosu yayınlamıştır. Silahlı çatışma mağduru savaş tutsaklarının televizyon ve internette gösterilmesi savaş tutsaklarının hukuki statüsünün günümüz İnsancıl Hukuku'nda devletlerarası ve simetrik silahlı çatışmaların söz konusu olduğu geçmiş zamanlara nazaran daha kapsamlı tartışılmasına yol açmıştır.[2]

Dijital gösterimin sınırları Uluslararası Hukukta şimdiye dek somut olarak çizilmemiştir. 2020'de Uluslararası Kızılhaç Komitesi (IKRK) savaş tutsaklarının kişiselleştirilmesi bağlamında caiz olan ve olmayan gösterimler için kriterler saptayarak Uluslararası İnsancıl Hukuk'ta bir ilk adım atmıştır.[3] 1949 tarihli III No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrası muvacehesinde savaş tutsaklarının kamuoyunun merakından korunma hakkı bağlamında gündeme gelen yorum çalışmalarına Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin belirlediği kriterler önemli katkı yapmıştır.[4] Bunun dışında normatif olarak savaş tutsaklarının kişiselleştirilmesi kriterinin yorumu için herhangi başka bir ipucu bulunmamaktadır. Sistematik, teleolojik ve tarihi yorum yöntemleri ile bu kriterin somutlaştırılmasında III No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrası dayanak alınmaktadır. Savaş tutanaklarının III No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin 4.maddesi muvacehesinde insanca muamele edilmesi ve hakaretlerden ve kamuoyunun merakından korunması gerekmektedir. Bu koruma yükümlülüğü sadece kamuoyunun merakı ile sınırlı olmayıp, üçüncü kişilerin, gazetecilerin merakından korunmayı da kapsamaktadır.

Günümüzde III No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.maddesinde yeralan "toplum" (efkâr-ı umumiye) kavramı dinamik yorum tekniğine göre[5] savaş tutsağının sadece bedensel varlığının değil, medyalaştırılan toplum merakından korunmasını da kapsamaktadır.[6] Bu tablo III No.lu Cenevre Sözleşmesi'nin tarihsel olarak savaş tut-

---

1 Jürgen Wilke, 'Kriege als Medienereignis. Zur Geschichte seiner Vermittlung in der Neuzeit', in Heinz-Peter Preußer (ed.), *Krieg in Medien*, (1.bs C.7 [57], Editions Rodopi, 2005) 83.

2 Marco Sassòli, *International Humanitarian Law, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, (Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019) 720.

3 Eve La Haye und Heike Niebergall-Lackner, 'Art.13, Humane Treatment of Prisoners' in ICRC (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, (Cambridge University Press, 2020), Rn.1627.

4 12.08.1949 tarihli III No'lu Cenevre Sözleşmesi için bknz.: BGBl. II, 1954, s.838=UNTS 75, s.135

5 IGH, Namibia, Gutachten, v. 21.06.1971, ICJ Reports, 1971, 16 (Rn.53).

6 Michael Winter, 'Der völkerrechtliche Schutz Kriegsgefangener von Abbildungen ihrer Person in

saklarının fiziki bütünlüğünün korunması için kabul edilen yükümlülüğün dijitalleşme ile beraber günümüzde dinamik yorum tekniği ışığında analojik olarak savaş tutsaklarının onurlarının korunmasını da içermesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

I. SAVAŞ TUTSAKLARININ TEŞHİRİ

Savaş tutsaklarının teşhir edilmesi ilkel karakterli bir uygulamadır. Propaganda nitelikli bu askeri uygulama antik Roma zafer gösterilerinden mirastır.[7] 20. ve 21. yüzyılda da savaş tutsakları sivil halk önünde yenilgiye uğrayan tarafı demoralize etmek ve zafer kutlamak için teşhir edilmektedir. Fransız savaş tutsakları İkinci Dünya Savaşında Alman şehirlerinde, Amerikalı savaş tutsakları Vietnam savaşında Hanoi'de, İkinci Körfez Savaşında devlet başkanı Saddam Hüseyin Bağdat'ta, 2014'de Ukrayna savaş tutsakları Donetsk'te, Filistinli ve İsrailli savaş tutsakları Hamas-Israil çatışmasında teşhir edilmişlerdir.[8] 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin ve daha önce 1929 tarihli sözleşmenin tarafları savaş tutsaklarını mevcut toplumun merakından koruma amaçlı olarak bu anlaşmalarda özel düzenlemeler yapmıştır. Savaş tutsaklarının teşhiri, mevcut insan kalabalığı tarafından savaş tutsaklarına yönelik kaba ve fiziki zarar veren eylemlere yol açmaktadır.

III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrası savaş tutsaklarının öldürülmesini, sağlığına zarar verilmesini, zor kullanılmasını, korkutulmasını ve onlara hakareti yasaklamaktadır. III No'lu Cenevre Sözleşmesi görüldüğü gibi fiziki bütünlüğe yönelik geleneksel hükümler içermekte ve savaş tutsaklarına bu bağlamda topluma karşı koruma sağlamaktadır. Günümüz İnsancıl Hukuku muvacehesinde III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrası savaş tutsaklarının teşhir edilmesinin onlara zor kullanılmasına, korkutulmasına, hakaret edilmesine yol açtığı takdirde savaş tutsaklarını koruma yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olduğunu kabul etmektedir. Bu hükümde öngörülen yükümlülük savaş tutsaklarının ülkelerine dönüşleri ertesinde kendilerinin ve yakınlarının korunmasını da içermektedir.[9]

A. Kişiselleştirmenin Tehlikeye Sokma Kriteri Teşkil Etmesi

III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrasının savaş tutsaklarının toplumun zor kullanmasına ve hakaretine karşı korunmasını öngören içeriği madde hükmünün doğrudan tehlike yaratan eylemlerle sınırlı bir yaklaşıma sahip olduğunu göstermektedir. Televizyonda yahut internette savaş tutsaklarının gösterilerek kimliklerinin açıklanması savaş tutsakları bakımından doğrudan tehlike yaratma potansiyeline sahiptir. Savaş tutsaklarının fotoğraflarla yahut video çekimleri ile kişisel-

---

den Medien', (2004) 42 [4] AVR 425; Markus Stuke, *Der Rechtsstatus der Kriegsgefangenen im bewaffneten Konflikt*, (Mohr-Siebeck, 2017), 277.

7 Ida Östenberg*, Staging the World*, (Oxford University Press, 2009), 128.

8 La Haye und Niebergall-Lackner (n 3).

9 (Knut Dörmann and Laurent Colassis, 'International Humanitarian Law in the Iraq Conflict', (2004) [47] GYIL 293.

leştirilmesi onların tehlikeye maruz kalmalarına yol açması nedeniyle Uluslararası Hukukta caiz kabul edilmemektedir.[10] Savaş tutsaklarının kimliğini ortaya koymayan uzaktan çekimlerin buna karşılık III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 3.fıkrasına göre tehlike yaratma kriterini yerine getirmediği kabul edilmektedir.

B. İnsan Onurunu Koruma Mükellefiyeti

Savaş tutsaklarının teşhirinin onları doğrudan tehlikeye sokmadığı durumlarda da savaş tutsaklarının onurunun korunmasını öngören hükmün ihlâli söz konusu olabilmekte, dolayısı ile Uluslararası Hukuk ihlâli ortaya çıkabilmektedir.[11] Toplumun merakına karşı savaş tutsaklarını koruma yükümlülüğü III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 1.fıkra, 1.cümlesinde yer alan savaş tutsaklarının insanca muamele edilmesi mükellefiyetinden istihraç edilmektedir. İnsanca muamele etme mükellefiyeti insan onuruna saygıyı içermektedir.[12] Her davranışın değil, insan onurunu ihlâl eden davranışların televizyon yahut internette gösterilmesi III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrasını ihlâl etme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin savaş tutsaklarının kişiliğinin ve onurunun korunmasına ilişkin 14.madde, 1.fıkrası ile savaş tutsaklarına insanca muamele edilmesini öngören 13.maddesi arasında sistematik bir bağlantı bulunduğu kabul edilmektedir.[13]

1. Savaş Tutsaklarının Dijital Ortamda Teşhiri

Savaş tutsaklarının internet ve televizyonda teşhiri insan onurunu toplum önünde ağır şekilde ihlâl etmektedir. Bu bağlamda bedensel bütünlüğün korunması ve doğrudan tehlike yaratma kriterleri dikkate alınmamaktadır. Savaş tutsaklarının teşhirlerinin dünya çapında gösterilmesi mümkün olduğu için etkileri de büyüktür. Bu yayınların teknik olarak reprodüksiyon ile çoğaltılması ve güncellenmesi olanağı bulunmaktadır. Televizyon yayınları ile verilen 1959 tarihli Vietnam savaşı[14] ile sosyal medya Tik-Tok üzerinden yapılan 2022 tarihli Ukrayna savaşı yayınları arasında silahlı çatışmanın kapsamının ve hızının sunuluşunda önemli fark görülmektedir. Fotoğraflar modern silahlı çatışmanın gidişatını etkilemektedir. Savaş tutsaklarının fotoğraflarının enformasyon amaçlı dağıtımı ile yaratılan algı makro düzeyde etkili olmaktadır.[15] Enformasyon amaçlı bu eylemler savaş tutsakları bakımından Cenevre Sözleşmesi ihlâli oluştursa da modern savaşların icrası bağlamında

---

10 Horst Fischer, 'Fernsehaufnahme von Kriegsgefangenen: vom Verstoß zum Kriegsverbrechen' (2003) [244D] Bofaxe.

11 ICRC, Commentary on Convention III relative to the Treatment of Prisoners of War, 1960, Art.13, Abs.2.

12 ICYT, Urteil v.25.06.1999, Rs IT-15-14/1-T, Rn.49.

13 Michael N.Schmitt *Tallinn Manual 2.0 on the Internatıonal Law Applicable to Cyber Operations*, (Cambridge University Press, 1956) 520 (Rule 135).

14 Gerhard Paul, 'Living Room War', in Hermann Nöring, Thomas F. Schneider, Rolf Spilker (eds.), *Bilderschlachten. 2000 Jahre Nachrichten aus dem Krieg* (Vandenhoeck & Ruprecht, 2009) 342.

15 Julian Chifu, 'Hybrid Warfare, Lawfar, Informational Warfare' in Gregory Simons and Julian Chifu (eds.), *The Changing Face of Warfare in the 21st Century*, (Routledge, 2017) 35.

her zaman Uluslararası Hukuk ihlâli için yeterli görülmemektedir. Bu tablo savaş tutsaklarının sübjektif hakları ile enformasyona dayanan modern savaş yöntemlerinin örtüşmediğini ortaya koymaktadır.

Savaş tutsaklarına ilişkin fotoğraflı bilgiler sadece askeri bakımdan değil, haber değeri nedeni ile önemlidir. III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrasının bu bakış açısı ile haberleşme özgürlüğüne[16] sınırlama getiren lex specialis bir norm olarak görülmesi mümkündür.[17] Özellikle yüksek mevkili savaş tutsaklarının fotoğrafları toplumsal enformasyon için çok değerlidir.[18] Savaş tutsaklarının doğrudan tehlikeye maruz bırakılmasının veya onurlarının zedelenmesinin de ancak bu bağlamda toplumun bilgilendirilmesi gerekçesi ile savunulmasının mümkün olmadığının gözardı edilmemesi gerekmektedir.[19]

2. Uluslararası Hukukta Savaş Tutsaklarının Onurlarının Korunması

Dijital teşhirin hukuki değerlendirilmesi savaş tutsaklarının onurlarının korunması bakımından önemlidir. III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nde kullanılan kavram olarak onur kavramının incelenmesi caiz olan ve caiz olmayan teşhirlerin birbirinden ayrılmasını gerektirmektedir.

a. Sosyolojik Boyut

Savaş tutsaklarını elinde bulunduran devletin savaş tutsaklarının fotoğraflarını ve videolarını kendi amaçları için kullanması İnsancıl Hukuk bakımından problem teşkil etmemektedir.[20] İnsan onuru Niklas Luhmann'ın tanımı ile insana diğer insanlarla iletişiminde kendini insan olarak hissettiren duygudur.[21] Bu tanımdan hareket ederek internet ve televizyonda teşhirin insan onurunu ne ölçüde kırdığının tespitini yapmak mümkündür. Başka insanlarla ilişkilerinde toplum önünde sosyal değerini, kendisine saygısını, başkasından saygı görme beklentisini kaybeden insanın onuru zedelenmiş kabul edilmektedir.[22] Savaş tutsaklarının içinde bulunduğu durum itibarı ile onuru zaten tehlikeye maruz bulunmaktadır.[23] Savaş tutsaklarının toplumun merakından korunması özünde onların onurlarının korunmasını sağlamaktadır.

---

16 krşt.: AİHK 19.md., 2.fık; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 19.md., 3.fık., a bendi; Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonu 13.md., 2.fık., a bendi.

17 Nina Burri, *Bravery or Bravado?*, (Brill/Nijhoff, 2015), 262.

18 Emily Crawford and Alison Pert, *International Humanitarian Law*, (2.bs. Cambridge University Press 2022), 125.

19 Horst Fischer, 'Protection of Prisoners of War', in Dieter Fleck (ed.), *Handbuch des Humanitarian Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, (C.H.BECK, 1994), Rn.704.3.

20 La Haye und Niebergall-Lackner (n 3) Rn.1628.

21 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institutionen, Schriften zum* öffentlichen *Recht*, (6.bs 24, Duncker&Humblot 2019), 68.

22 Suzanne Killmister, *Contours of Dignity*, (Oxford University Press, 2020) 53.

23 Killmister (n 22) 96.

b. Normatif-Objektif Boyut

İnsan onurunun kişiliği temsil etmesi nedeni ile bireylerin toplum önünde kişiliklerini sorgulatan bir duruma düşürülmemesi gerekmektedir.[24] İnsan onurunun kırılması ile ilgili tereddüt normatif-objektif yaklaşım ışığında yapılacak rasyonel bir değerlendirme ile giderilmektedir. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmede savaş tutsağının toplum tarafından önceden şekillendirilen kişiliğine uygun düşmesi için onur kavramının genel olarak değil, savaş tutsağının kültürel, sosyal ve dini özelliklerinin, yaşının ve cinsiyetinin dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir.[25] III No'lu Cenevre Sözleşmesi'ne sistematik bakış bu sözleşmenin de diğer üç Cenevre Sözleşmesi gibi spesifik koruma ihtiyaçlarına göre savaş tutsakları arasında ayrım yaptığı görülmektedir. Engelliler,[26] kadın tutsaklar,[27] yaş, sağlık durumu, mesleki nitelik[28] veya askeri rütbe[29] III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nde ayrı ayrı dikkate alınmıştır. Bu durum zorunlu olarak savaş tutsaklarının onurlarının korunması yaklaşımında da etkili olmaktadır. Bosna'da savaş tutsaklarının Sırp şarkıları söylemeye zorlanması, Sih'lerin saç ve sakallarının kesilmesi, Müslümanların haç önünde diz çöktürülmesi örneklerinde sosyal, kültürel şekillenmiş kişilik haklarının ihlâl edildiği kabul edilmiştir.[30] Bu bağlamda güncel bir örneği Ukrayna savaşında ağlayarak annesini telefonla arayan bir savaş tutsağının video görüntüsü vermiştir.[31] Böyle bir tablo kimi toplumlarda duygusallık olarak görülürken askeri çevrelerde onur kırıcı olarak algılanmıştır. AİHM kararlarında AİHK'nin 3.maddesi muvacehesinde insan onurunun kırılma eşiğinin tayininde işin doğasının esas alınması, eşiğin aşılmasında belli ölçüde bir esneklik tanınması gerektiğini vurgulamıştır.[32]

3. Onur Kırma Bağlamında Kişiselleştirmenin Anlamı

Yukarıda yer verilen onur yaklaşımı takip edildiği takdirde savaş tutsaklarının onurlarının kırıldığının kabulü için kişiselleştirme kriterinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Savaş tutsağının toplum önünde kişiliğini temsil eden özelliklerinin, örneğin yüzünün gösterilmesi yahut kimlik özelliklerinin ortaya konulması yahut

---

24 Killmister (n 22).

25 Heike Niebergall-Lackner, 'Art.14', in ICRC (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention* (Cambridge University Press, 2020) Rn.1659.

26 III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 30.md., 2.fıkrası.

27 III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 14.md., 2.fık.; 25.md., 4.fık.; 29.md, 2.fık., 2.cümle; 97.md., 4.fık.; 108.md., 2.fık.

28 III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 16.md.

29 III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 39.md,, 2,3.fıkraları; 44.md., 1,2.fıkraları; 45.md., 1.fık.; 49.md., 2,3.fıkraları, 60.md.

30 Nigel Rodley and Matt Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law*, (3. bs Oxford University Press, 2011), 128.

31 Gordon Rayner, 'We were deceived and used like meat shields', (03.03.2022) The Telegraph.

32 EGMR, Ireland v. The United Kingdom, Urteil v. 18.01.1978, Nr.5310/71, Rn.162; EGMR, Jallah v. Germany, Urteil v. 11.07.2006, Nr.54810/00, Rn.67.

tanınmasını sağlayan diğer özelliklerin dile getirilmesi, savaş tutsağının sosyal değerlerine ve kişiliğine saygı gösterilme hakkına zarar vermektedir. Bu bağlamda yüzünü göstermeye mecbur olanların yüzünü kaybedeceği özleyişi dile getirilmektedir. Savaş tutsağının tanınmayacak şekilde topluma gösterilmesi, aşağılayıcı bir manzara oluştursa dahi bu bağlamda İnsancıl Hukuk muvacehesinde onur kırıcı bir durumun ortaya çıktığı kabul edilmemektedir. Bunun sadece bir haber teşkil ettiği kabul edilmektedir.[33]

Savaş tutsaklarının kişiselleştirilmesi, somut olarak teşhir edilmesi onur kırıcı olarak kabul edilmektedir. Özellikle askeri uygulamada kural olarak bu bağlamda pragmatik ve açık düzenlemeler mevcuttur.[34] Bununla birlikte savaş tutsağının kişiselleştirilmesi zorunlu olarak her zaman onur kırıcı olarak görülmemektedir.[35] Örneğin çay içerken görüntülenen bir savaş tutsağının onurunun kırıldığı ancak bu durumun olağan dışı onur kırıcı bir durum olarak algılanması halinde söz konusu olabilir.[36] Bu tablo savaş tutsaklarını kişiselleştiren ancak İnsancıl Hukuka uygun görüntülerinin de olabileceğini göstermektedir. Bu yaklaşım örneğin, Federal Alman Savunma Bakanlığı'nın savaş tutsaklarını kişiselleştiren görüntüleri kural olarak Uluslararası Hukuka aykırı niteleyen hizmet yönergesine uymamaktadır.[37] Aynı görüş savaş tutsaklarını kişiselleştirilen görüntüleri *"must normally be regarded as subjecting them to public curiosity"* olarak açıklayan Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından da paylaşılmaktadır. Bu sonuç savaş tutsaklarını kişiselleştiren görüntülerin III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrasını ihlâl ettiğine ilişkin bir ipucu oluştursa da, her zaman savaş tutsaklarını doğrudan tehlikeye maruz bırakma ve onurlarını kırma kriterleri bakımından yeterli kabul edilmediğini göstermektedir.

II. SAVAŞ TUTSAKLARININ GÖRÜNTÜLERİNİN KAMUOYUNDA PAYLAŞILMASI - ULUSLARARASI CEZA HUKUKU İHLÂLİ

Savaş tutsaklarının görüntülerinin televizyon ve internette paylaşımı Uluslararası İnsancıl Hukukun ihlâli ötesinde ceza hukuku sorumluluğuna da yol açabilmektedir. Savaş tutsaklarının teşhirinin Uluslararası İnsancıl Hukukun ihlâli ötesinde savaş suçu olarak nitelendirilmesi uluslararası anlaşmalar hukukunun ve/veya uluslararası teamül hukukunun bu nitelendirmeyi kabul etmesine bağlıdır.[38] Savaş tutsaklarının

---

33 Niebergall-Lackner (n 25).

34 Gordon Risius and/ Michael A. Meyer, 'The Protection of Prisoners of War Against Insults and Public Curiosity', (2010) 33 [295] IRRC 288.

35 Dan Saxon, 'Covering Syria. Legal and Ethical Obligations of Journalists', (2013) 2 [3] CJICL 411.

36 Erich Kussbach, 'Die Würde der Griegsgefangenen und der im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt Verstorbenen' in Dieter Fleck, Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegge, Christian Raap (eds.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz, FS für Dieter Fleck* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004), 341.

37 BMVg. (Federal Almanya Savunma Bakanlığı), ZDv A-214/1, 2018, Rn.811.

38 Robert Frau, '§36, Rn.36', in Knut Ipsen, (ed.), *Völkerrecht* (7.bs C.H.BECK, 2018.

teşhirinin belli kriterlere bağlı olarak İnsancıl Hukuku ihlâl ettiğinin kabul edilmesi aynı paralelde Uluslararası Ceza Hukuku ihlâlinin hangi kriterlere bağlı olarak kabul edilebileceği sorusunu doğurmaktadır. Bu sorunun cevabı için şimdiye dek mevcut olan kriterlerin yeterli olmadığını 2003 Irak Savaşından teşhir edilen savaş tutsakları örneği göstermiştir.[39]

A. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün Normatif Yaklaşımı

Dijital teşhir savaş tutsaklarının bedensel veya ruhsal ıstırap çekmesine ve zarar görmesine neden olan bir eylem olarak III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlâline (130.md.) yol açmakta ve dolayısı ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 8.madde, 2.fıkra, a bendi (ii) muvacehesinde 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ağır ihlalleri kapsamında savaş suçu teşkil etmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesine göre dijital görüntülerin savaş tutsağının ruhsal olarak önemli zarar görmesine neden olup olmadığı değerlendirmesinde görüntünün tür ve içeriği değil, savaş tutsağının somut durumda kendi kişisel duyguları önem taşımaktadır.[40]

III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin savaş tutsaklarının toplumun merakından korunmasına ilişkin hükmü (13.madde, 2.fıkra) ağır ihlâl teşkil eden eylemlerin açıkça vurgulandığı 130.madde, 1.fıkra, 2.cümle hükmünden ayıran sistematiği, ağır ihlâl durumlarının sadece istisnai durumlarda kabul edilebileceğine ilişkin ipucu vermektedir. III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkra hükmü her iki boyut (tehlikeye maruz bırakma ve onur kırma) itibarı ile ihlâl edildiği takdirde hak ihlâlinin ağır olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile savaş tutsaklarının teşhiri savaş tutsağının doğrudan tehlikeye maruz bırakıyor ve bunun ötesinde savaş tutsağının onurunu kırıyorsa hak ihlâlinin ağır olduğu tartışmasız kabul görmektedir. Savaş tutsaklarının tehlikeye maruz bırakılmasının diğer üç Cenevre Sözleşmesinde öngörülen başka ağır ihlâllerle bağlantılı ortaya çıkmasının da mümkün olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden farklı olarak[41] Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 8.madde, 2.fıkra, 2.bendi muvacehesinde bedensel zarar doğması gerekmeksizin de insan onurunun nefret uyandıran eylemlerle zarar görmesi durumunda insanlık dışı muamele yapıldığını kabul etmektedir.[42]

---

[39] James Crawford, 'Commentary', in Clare Dyer (ed.), *Film of PoWs within Geneva Rules*, (The Guardian 28.03.2003).

[40] ICTY, Urteil v. 2.11.2001, Rs. IT-98-30/1-T, Rn.143.

[41] ICTY Urteil v. 3.3.2000, Rs. IT-95-14-T, Rn.154 vd. - Blaskic; ICTY, Urteil v. 26.2.2001, Rs. IT-95-14/2-T, Rn.256-Kordic and Cerkes; Knut Dörmann and Eve La Haye, 'Art.130', in ICRC (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, (Cambridge University Press, 2020), Rn.244.

[42] ICTR, Urteil v.2.9.1998, Rs. ICTR - 96-4-T, Rn.688, 594 und 687 - Akayesu.

B. Onur Kırıcı Eylemler

Onur kırıcı eylemin kabulü için Uluslararası Ceza Hukuku içtihadında gerekli görülen nefret uyandıran eylemlere savaş tutsaklarına insan kalabalığı önünde çıplak spor hareketleri yapmaya zorlanması, yarı çıplak şehir merkezinde dolaştırılması örnekleri verilmektedir.[43] Toplum önünde sosyal onuru ağır ihlâl eden bu örnekler dijital seyirci önünde gerçekleştiği takdirde ağır onur ihlâli oluşturmaları nedeni ile savaş suçu olarak kabul edilmektedir.[44]

1. Fotoğraf Dokümantasyonu

Savaş tutsaklarının fotoğraflarının dokümante edilmesi, arşivlenmesi ve bu fotoğrafların savaş tutsaklarını elinde bulunduran devlet, basın yahut insani kuruluşlar tarafından yayınlanması karmaşık bir konu teşkil etmektedir. Yapılan dokümantasyon koşullara göre Uluslararası Ceza Hukuku ihlâli teşkil edebileceği gibi, savaş tutsaklarının haklarının temin edilmesine katkı da sağlayabilir.

2. Fotoğraf Dokümantasyonunun Hak İhlâli Teşkil Etmesi

Savaş tutsaklarının nefret uyandıran eylem mağduru olarak teşhiri kişilik haklarını ihlâl etmektedir. Dokümante edilen eyleme nazaran daha ağır olmasa da maruz kalınan hak ihlâlinin fotoğraflarla toplumda teşhir edilmesi, sosyal değersizleştirmeye ve kişilik haklarını yok etmeye yol açması nedeniyle dokümante edilen eylemden bağımsız yeni bir hak ihlâli teşkil etmektedir. İçtihatlarda kabul edildiği üzere toplum önünde seksüel eylemlere zorlanma örneğinde olduğu gibi dokümantasyon nefret uyandıran onursuzlaştırma eylemini daha da ağırlaşabilmektedir.[45] Bu bağlamda bir örneği Federal Alman Mahkeme kararı vermektedir. Federal Alman Mahkemesi Uluslararası Ceza Kanunu'nun (VStGB) §8, 1.fıkra 9.paragraf muvacehesinde onur kırıcı davranış nedeniyle verdiği kararda iki askerin şişlere geçirilmiş kafalarla verdiği onur kırıcı pozun Facebook'ta gösterilmesinin hak ihlâlini daha da ağırlaştırdığını hükme bağlamıştır.[46] Onur kırıcı eylemlerin fotoğraflarla dokümante edilip yayınlanması yapılan eylemin etkilerini daha ağırlaştırması nedeniyle onur kırıcı eylemin kendisinden bağımsız olarak ayrı bir savaş suçu oluşturmaktadır.

3. Dokümantasyonun Hak Talebine Dayanak Teşkil Etmesi

Medyada dağıtılan fotoğrafların etkisi ile oluşan kamuoyu baskısı Uluslararası İnsancıl Hukukun konuya daha yoğun şekilde eğilmesine yol açmıştır.[47] Abu Garip

---

43 ICC, 30.9.2008, Rs. ICC-01/04/-01/07, Rn.375 f. - Katanga and Ngudjolo.

44 Killmister (n 22) 57.

45 ICTY, Urteil v. 10.12.1998, Rs. IT-95_17/1-T, Rn.272,274 - Furunzija.

46 BGH, Urteil v. 27.7.2017, NHW 2017, 3667 (367), Rn.53; Robin Geiß und Adreas Zimmermann, '§8, VStGB', in Volker Erb und Jürgen Schäfer (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4.bs, C.9, C.H.BECK, München, 2022) Rn 204f.

47 W.Michael Reisman, 'The View from the New Haven School of International Law' (1992) 86 ASIL Proceedings 118.

ABD askeri hapishanesinde işkence gören Iraklı savaş tutsaklarının 2004'te medyada yeralan fotoğrafları kamuoyunda büyük tepki yaratmış,[48] bu tepki faillerin cezai takibatı yanısıra siyasi karar vericileri savaş tutsaklarının haklarının temini için harekete geçmeye sevk etmiştir. Münferit bir durumun fotoğraflanması çoğu kez sistematik ihlâllere dikkat çekmiş ve bu şekilde gelecekteki hak ihlâllerini önlemek için önlem alınmasını mümkün kılmıştır.[49]

1992'de Sırp savaş tutsakları kamplarında bulunan aç bırakılmış Müslüman savaş tutsaklarının münferit görüntüleri de aynı etkiyi doğurmuştur.[50] Bosna Savaşının ikonu olan Firet Alic 25 yıl sonra La Haye Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde Ratko Mladic Davası esnasında savaş tutsağı olarak bulunduğu sırada beslenme eksikliğini gösteren fotoğraflarını protesto amaçlı teşhir etmiştir.[51] Ukrayna Savaşında da OHCHR savaş tutsaklarına karşı işlenen hak ihlâllerinin araştırılması bağlamında erişilebilir internet videolarına başvurmaktadır.[52] Hangi çekimlerin kamuoyunun tepkisine yol açacağı sorusunun önceden cevaplandırılması zordur. Kamuoyu bu nedenle güvenilir bir hak ihlâli takipçisi teşkil etmemektedir. Hak ihlâlleri takipsiz kaldığı takdirde insancıl hukuk normlarının gücü zayıflamaktadır.

C. Propaganda Teşkil Eden Eylemler

Savaş tutsaklarını elinde bulunduran devletin propaganda nitelikli yayınları da onur kırıcı davranışların bir türünü oluşturmaktadır.

1. Zafer Kutlaması Amaçlı Teşhir

Savaş tutsaklarını onları analojik olarak av yahut zaferle kazanılan bir obje gibi (ganimet) gösteren çekimler onur kırıcı eylem olarak kabul edilmektedir. III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 16.maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı muvacehesinde ırk ayrımcılığı yapılması yahut sömürgecilik yaklaşımı ile savaş tutsaklarına insan muamelesi yapılmaması kural olarak nefret uyandıran eylem olarak nitelendirilmektedir. Aynı durum III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 120.madde, 4.fıkra hükümlerine göre onurlarına saygı gösterilmesi gereken ölülerin fotoğrafları ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.[53] Bu kurala uygun olarak Finlandiya Mahkemesi başı kesilen bir askerle poz veren failin fotoğraflarının Facebook'ta yayınlanmasını

48 Wender Binder, *Abu Ghraikb und die Folgen*, (Transcript Verlag 2013), 180.

49 Winter (n 6).

50 Roland Huguenin-Benjamin, 'Can Public Communacations Protect Victims?' (2005) 87 [860] ICRC 661.

51 Tara John, 'The Story of this Shocking Image from a Prison Camp in Bosnia Continues 25 Years Later' (22.11.2017), TIME Magazine.

52 UN Documents, 'Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation', in OHCHR (ed), *Country Reports (Ukraine),* 20.06.2022, Rn.107.

53 Ramin Mahnad, 'Shielding Prisoners of War from Public Curiosity', (28.06.2022) ICRC Humanitarian Law&Policy Blog.

onur kırıcı ağır bir eylem olarak görerek yasaklamıştır.[54] Aynı yaklaşımın Saddam Hüseyin'in oğulları Udai ve Kusai Hüseyin'in naaşlarının 2003'te ABD askeri üssünde (Anatomie Stunde, Freakshow, Vaudeville Attraction ve Völkerschau'da) medyada sergilenmesi bağlamında hakim olduğu görülmektedir.[55]

2. Karşı Tarafa Mesaj Amaçlı Teşhir

Savaş tutsaklarının fotoğrafları sıkça karşı tarafa mesaj amaçlı olarak yayınlanmaktadır. Bu bağlamdaki aşağılanma, onur kırıcı durum Kant'ın onur yaklaşımı ile açıklanmaktadır.[56] Kurgulanan video çekimlerinde savaş tutsakları suçlarını kabullenmekte, devletlerini lanetleyen yahut karşı tarafı göklere çıkaran sözler söylemektedir. Savaş tutsaklarının propaganda enstrümanı halinde getirilmesi, savaş tutsağını elinde tutan devletin objesi haline getirilmesi savaş tutsaklarını aşağılayan bir durumdur. Amerikan savaş tutsaklarının Irak televizyonunda 1991 Körfez Savaşının bitiminde ve 2003 2.Körfez Savaşı ertesinde yaptıkları açıklamalar,[57] Ukrayna Savaşında (2021) Rus savaş tutsaklarının suç ve pişmanlık beyanları bu çerçevedeki örnekleri vermektedir.[58] Savaş tutsaklarının kendi iradeleri yahut iradeleri dışında araçsallaştırılmaları açık olarak tespit edilemese de bulundukları tutsaklık ortamı itibarı ile bu bağlamda onların rızalarının alındığı varsayılmamaktadır.

Savaş tutsaklarının görüntülerinin yayınlanması sadece III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 13.madde, 2.fıkrasında yer alan yükümlülüğü değil, III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 14.madde, 1.fıkrasında düzenlenen bireye saygı ve III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 17.maddesinde düzenlenen savaş tutsakları üzerinden bilgi edinme yasağı kurallarını da ihlâl etmektedir. Savaş tutsaklarının araçsallaştırılması durumunda savaş suçu için gerekli kabul edilen nefret uyandıran eylem kriterinin açık bir hak ihlâli olarak gerçekleştiği kabul edilmektedir. Meselenin ancak tümüne bakıp bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Korkutulan, yaralı olmaları nedeniyle zor altında beyanat veren savaş tutsakları ile basın konferansında beyanat veren savaş tutsaklarının aynı şekilde değerlendirilmesi doğru değildir. Zor altında beyanat vermeyen savaş tutsaklarına karşı savaş suçu işlendiği iddiası kabul edilmemektedir.

---

54 District Court of Kanta Häme, Urteil v. 22.03.2016, Rs. 16/2014.

55 Linda Hentschel, *Bilderpolitik in Zeiten von Krieg und Terror, Medien, Macht und Geschlechterverhältnisse* (1.bs b-books 2008) 183.

56 Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (Verlag J. F. Hartknoch, 1785), 52; Günter Dürig, 'Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Gehör bei Haftbefehl', (1969) 27 [1-6] BVerfGE.

57 Hans-Jürgen Weiss und Ansgar Koch, 'Wie Kriegsereignisse zu Medienereignissen werden', in Marion G. Müller, Thomas Knieper (eds.), *War Visions* (Herbert von Halem Verlag 2005) 303; Tobias Berndt, *War Visions*, (AbeBooks, Verlag Herbert von Halem 2005), 293.

58 Patrick Gensing und Pascal Siggelkow, 'Verstoss gegen Genfer Abkommen?' (4.3.2022) ARD Tagesschau (Alman Televizyonu Haber Kanalı.

D. Aşağılayıcı ve Zalim Eylemler

Aşağılayıcı muamele savaş tutsaklarının birey olarak kabul edilmediği, sosyal değerinin ve birey olarak saygı görme hakkının reddedildiği durumlarda söz konusu olmakta ve kural olarak ağır bir onur ihlâli olarak kabul edilmektedir.[59] Aynı durum savaş tutsaklarının vahşi bir hayvan gibi muamele görmesi ve o şekilde gösterilmesi, insan olarak kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır.[60] Bu bağlamda tehlikeli olmayan savaş tutsaklarının mahkeme salonlarına metal kafeste getirilmesi bir örnek teşkil etmektedir. AİHM birçok davada bu tür eylemlerin AİHK'nin 3.maddesi muvacehesinde duruşmanın sadece doğrudan ilgili dinleyiciler dışında basına açık olması halinde daha da aşağılayıcı eylemi ağırlaştıracağını kabul etmiştir.[61] Bu çerçevede bireyin insan olmadığından, kendilerinden olmadığından hareket edilerek vahşi hayvan olarak görülmesi, sanığı kontrol edilemeyen bir tehlikeye maruz bırakmaktadır.[62]

SONUÇ

III No'lu Cenevre Sözleşmesi Jean Jacques Rousseaus'un toplumsal anlaşma yaklaşımında yer alan insanların tutsaklık halinde düşman olmalarının sona ereceği ve yaşamları konusunda endişe etmeme felsefesine istinat etmektedir.[63] Savaş tutsaklarının televizyonlarda ve internette teşhir edilmesi onları doğrudan tehlikeye maruz bırakmakta ve onların onurlarını kırmaktadır. Savaş tutsaklarının kişiselleştirilmesi Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından İnsancıl Hukuk ihlâllerini Uluslararası Hukuk dogmatiğinde tolere edilebilen propaganda nitelikli eylemlerden ayıran kriter olarak kabul edilmiştir. İnsancıl Hukuku ihlâl eden teşhirler somut duruma bağlı olarak savaş suçu teşkil edebilmektedir. Savaş suçu bağlamında nefret uyandıran eylemlerle savaş tutsaklarının bilgi edinme aracı yahut zafer kutlama aracı olarak kullanılması, aşağılanması ve insan olarak muamele görmemesi arasında ayrım yapılması önem taşımaktadır.

Zamanımız teknolojik gelişmelerinin Uluslararası Hukuk uygulamasına ve disiplinine yüklediği üstesinden gelinmesi gereken sorunlar arasında III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan "onur" kavramının yorumu da yer almaktadır. Bu sorunun üstesinden gelinmesi "onur" yaklaşımında detaylı bir çalışma yapılması ile mümkün olacaktır. Şimdiye dek halledilmemiş çözüm bekleyen bir diğer hukuki sorun savaş tutsaklarının stratejik dezenformasyon için manipüle edilmesidir. Medya savaş tutsakları kamplarından aldığı görüntüleri mobil telefon ve televizyon üze-

---

59 Reinhardt Koselleck *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten* (Suhrkamp 1988), 211.

60 Erin Steuter and Deborah Wills, *At war with Metaphor* (Lexington Books, 2008), 37.

61 EGMR, Khodorkovskiy v. Russia, Urteil v. 31.05.2011, Nr.5829/04, Rn.125; EGMR, Sarban v. Moldova, Urteil v. 4.10.2005, Nr.3456/05, Rn.89.

62 EGMR, Piruzyan v. Armenia, Urteil v. 26.06.2012, Nr.33326/07, Rn.73.

63 Jeremy Waldron, 'How Law Protects Dignity', (2012), 71 [1] CLJ 200.

rinden zaman ve mekân sınırı olmaksızın ulusal ve uluslararası kamuoyuna hızlıca ulaştırmaktadır. Medya yayınladığı fotoğraflarla kamuoyunu şekillendirmekte ve kamuoyunda etkin olmaktadır. Ancak bu görüntülerin İnsancıl Hukuku ihlâl etme potansiyeli Uluslararası Hukuk ve medya ilişkisinde sorunlara yol açabilmektedir.[64]

Savaş tutsaklarının dijital yayınların yol açtığı onur ihlâllerinden korunmasında Uluslararası Hukukun günümüz uygulamasında etkin olamadığı görülmektedir. Savaşan tarafların propaganda mülâhazaları yanısıra, üçüncü tarafların ve medyanın sorumsuzluğu bunun en önemli nedenini oluşturmaktadır. Uluslararası Hukuk medya ilişkisinde bu bağlamda ortaya çıkan problemin *lega lata* çözülmesinde Cenevre Sözleşmelerinin ortak 1.maddesi ve III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 129.maddesi muvacehesinde sözleşme tarafı devletlerin medyaya savaş tutsakları fotoğraflarının yayınlanmasıyla bağlantılı talimat verme yetkisini kullanması önem taşımaktadır.[65] Uygulamada sözleşme tarafı devletlerin medya üzerinde talimatları ancak etkisiz kalmaktadır (Fransız ulusal yayın organı *"Le Conseil supérieur de l'audiovisuel"* (CSA) 2003 Irak Savaşında savaş tutsaklarının hukuka aykırı görüntülerinin yayınlanmaması çağrısına uymuştur.[66] Medyanın Uluslararası Hukuku dikkate alması istisnai bir durum teşkil etse de İnsancıl Hukukun temel prensibi olarak ifade edilen moral değerlere[67] istinaden medyanın kendi sorumluluğunu idrak etmesinin Uluslararası Hukuk medya ilişkisinde ne denli önem taşıdığı açıktır.[68] Savaş tutsaklarının haklarının korunmasında onların acılarını merakla takip eden kamuoyuna da bu bağlamda önemli sorumluluk düştüğünün gözardı edilmemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Berndt T, *War Visions*, (AbeBooks, Verlag Herbert von Halem 2005)

Binder W, *Abu Ghraikb und die Folgen*, (Transcript Verlag 2013)

Burri N, *Bravery or Bravado?*, (Brill/Nijhoff, 2015)

Crawford E and Pert A, *International Humanitarian Law*, (2.bs Cambridge University Press 2022)

Hentschel L, *Bilderpolitik in Zeiten von Krieg und Terror, Medien, Macht und Geschlechterverhältnisse* (1.bs b-books, 2008)

Kant I, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (Verlag J. F. Hartknoch, 1785)

---

64 Achilles Skordas, 'Mass Media, Influence on International Relations' (2012) MPEPIL 16.

65 Tina Kempin Reuter und Daniel Thürer, 'Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht', (2003) [2] Medialex 103.

66 La Haye und Niebergall-Lackner (n 3) Rn.1631.

67 Larry May, *After War Ends, A Philosophical Perspective*, (Cambridge University Press 2012) 1

68 Saxon (n 35) 419.

Koselleck R, *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, (Suhrkamp 1988)

Luhmann N, *Grundrechte als Institutionen, Schriften zum* öffentlichen *Recht*, (6.bs, C.24 Duncker&Humblot, 2019)

May L, *After War Ends, A Philosophical Perspective*, (Cambridge University Press, 2012)

Östenberg I, *Staging the World*, (Oxford University Press, 2009)

Rodley N and Pollard M, *The Treatment of Prisoners under International Law*, (3. bs. Oxford University Press,2011), s.128).

Sassòli M, *International Humanitarian Law, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, (Edward Elgar Publishing, 2019)

Schmitt, M N, *Tallinn manual 2.0* on the *international law applicable* to *cyber operations,* **(***Cambridge University Press, 1956)*

Steuter E and Wills D, *At war with Metaphor*, (Lexington Books, 2008)

Stuke M, *Der Rechtsstatus der Kriegsgefangenen im bewaffneten Konflikt*, (Mohr-Siebeck, 2017)

Editörlü Kitaplar

Erich Kussbach, 'Die Würde der Griegsgefangenen und der im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt Verstorbenen' in Dieter Fleck, Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegge, Christian Raap (eds), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz, FS für Dieter Fleck* (Berliner Wissenschafts-Verlag 2004)

Eve La Haye and Heike Niebergall-Lackner, 'Art.13, Humane Treatment of Prisoners', in ICRC (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention* (Cambridge University Press, 2020)

Gerhard Paul, 'Living Room War', in Hermann Nöring, Thomas F. Schneider, Rolf Spilker (eds.), *Bilderschlachten. 2000 Jahre Nachrichten aus dem Krieg* (Vandenhoeck & Ruprecht, 2009)

Hans-Jürgen Weiss und Ansgar Koch, 'Wie Kriegsereignisse zu Medienereignissen werden', in Marion G. Müller, Thomas Knieper (eds.), *War Visions* (Herbert von Halem Verlag 2005)

Heike Niebergall-Lackner, 'Art.14', in ICRC (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention* (Cambridge University Press, 2020)

Horst Fischer, 'Protection of Prisoners of War', in Dieter Fleck (ed.), *Handbuch des Humanitarian Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, (C.H.BECK, 1994)

James Crawford, 'Commentary', in Clare Dyer (ed.), *Film of PoWs within Geneva Rules*, (The Guardian 28.03.2003)

Julian Chifu, 'Hybrid Warfare, Lawfar, Informational Warfare' in Gregory Simons and Julian Chifu (eds.), *The Changing Face of Warfare in the 21st Century*, (Routledge, 2017)

Jürgen Wilke, 'Kriege als Medienereignis. Zur Geschichte seiner Vermittlung in der Neuzeit', in Heinz-Peter Preußer (ed.), *Krieg in Medien*, (1.bs C.7 [57], Editions Rodopi, 2005)

Knut Dörmann and Eve La Haye, 'Art.130', in ICRC (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, (Cambridge University Press, 2020)

Robert Frau, '§36, Rn.36', in Knut Ipsen, (ed.), *Völkerrecht* (7.bs C.H.BECK, 2018)

Robin Geiß und Adreas Zimmermann, '§8, VStGB', in Volker Erb und Jürgen Schäfer (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4.bs, C.9, C.H.BECK, München, 2022)

UN Documents, 'Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation', in OHCHR (ed.), *Country Reports (Ukraine)*, (20.06.2022)

Makaleler

Dörmann K and Colassis L, 'International Humanitarian Law in the Iraq Conflict' (2004) [47] GYIL 293

Dürig G, 'Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Gehör bei Haftbefehl' (1969) 27 [1-6] BVerfGE

Fischer H, 'Fernsehaufnahme von Kriegsgefangenen: vom Verstoß zum Kriegsverbrechen' (2003) [244D] Bofaxe

Gensing P und Siggelkow P, 'Verstoss gegen Genfer Abkommen?' (4.3.2022) ARD Tagesschau (Alman Televizyonu Haber Kanalı)

Huguenin-Benjamin R. 'Can Public Communacations Protect Victims?' (2005) 87 [860] ICRC 661

John T, 'The Story of this Shocking Image from a Prison Camp in Bosnia Continues 25 Years Later' (22.11.2017), TIME Magazine

Mahnad R, 'Shielding Prisoners of War from Public Curiosity', (28.06.2022) ICRC Humanitarian Law&Policy Blog

Rayner G, 'We were deceived and used like meat shields' (03.03.2022) The Telegraph.

Reisman WM, 'The View from the New Haven School of International Law' (1992) 86 ASIL Proceedings 118

Reuter TK, and Thürer D, 'Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht' (2003) [2] Medialex 103

Risius G and Meyer MA, 'The Protection of Prisoners of War Against Insults and Public Curiosity' (2010) 33 [295] IRRC 288

Saxon D, 'Covering Syria. Legal and Ethical Obligations of Journalists', (2013) 2 [3] CJICL 411

Skordas A, 'Mass Media, Influence on International Relations' (2012) MPEPIL, 16

Waldron J, 'How Law Protects Dignity', (2012) 71 [1] CLJ 200

Winter M, 'Der völkerrechtliche Schutz Kriegsgefangener von Abbildungen ihrer Person in den Medien' (2004) 42 [4] AVR 425

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683734

ADLİ KOLLUK FAALİYETLERİNDEN DOĞAN ZARARLARDAN DOLAYI DEVLETİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDA GÖREVLİ YARGI YERİ

The Court of Jurisdiction Charged with the Responsibility of Compensation of the State for Damages Arising from Judicial Law Enforcement Activities

Hakan GÜNDÜZ*

Özet

Kural olarak idari kolluğa idare hukuku kurallarının uygulanması ve bundan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi; adli kolluğa ise ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanması ve adli kolluk faaliyetinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların ise adli yargıda çözülmesi gerekir. Bununla birlikte, hukuk sistemimizde, adli kolluğun soruşturma veya kovuşturma sırasında koruma tedbirlerini uygulamasından kaynaklanan zararların tazminine ilişkin hukuki uyuşmazlıkların bir kısmının adli yargıda görüleceği yönünde açık düzenlemeler bulunmasına rağmen, bir kısım koruma tedbirlerinden yahut koruma tedbirleri dışında kalan adli kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmininin hangi hükümler çerçevesinde hangi yargı yerinde çözüme kavuşturulacağına dair açık yasal düzenlemelerin bulunmadığı görülmektedir. Adli kolluğun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen koruma tedbirlerini uygulamasından doğan zararların tazmini için ilgililer ağır ceza mahkemesinde Devlet aleyhine tazminat davası açabileceklerdir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarına göre, bunun dışında kalan adli kolluğun soruşturma ve kovuşturma işlemlerinden doğan zararlara ilişkin tazminat taleplerinin ise adli yargıda ilgililer tarafından açılacak olan tazminat davası sonucunda karara bağlanması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Adli kolluk, İdari kolluk, Koruma tedbiri, Tazminat, Adli yargı

Abstract

As a rule, administrative law rules should be applied to administrative law enforcement and legal disputes arising from that should be resolved in administrative courts; criminal procedure law rules should be applied to judicial law enforcement and legal disputes arising from judicial law enforcement activities should be resolved in judicial courts. However, although there are clear regulations in our legal system that some of the legal disputes arising from the application of protection measures by judicial law enforcement during investigation or prosecution will be heard in judicial courts, it is seen that there are no clear legal regulations regarding the provisions and in which courts the compensation for damages arising from certain protection measures or judicial law enforcement activities outside of protection measures will be resolved. The relevant parties may file a compensation lawsuit against the State in the high criminal court for the compensation

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.01.2025*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Doç. Dr., Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep-Türkiye, hakan.gunduz@hku.edu.tr, http://orcid.org/0000-0002-2437-8329.

of damages arising from the application of protection measures regulated in Article 141, paragraph 1 of the Criminal Procedure Code. According to the decisions of the Court of Jurisdictional Disputes, the Court of Cassation and the Council of State, the compensation claims regarding the damages arising from the investigation and prosecution processes of the judicial law enforcemet other than these will have to be decided as a result of the compensation lawsuit to be filed by the relevant parties in the judicial court.

Keywords: Judicial law enforcement, Administrative law enforcement, Protection measures, Compensation, Judicial court.

GİRİŞ

Toplumsal düzenin sağlanması için devletin yürüttüğü faaliyetler *"kolluk"* kavramı ile ifade edilmektedir[1]. Devletin kolluk teşkilatı; ülke çapında bir iş bölümü esasına göre görev yapan *"genel kolluk"* ve genel kolluğun dışında kalan kendisine özgü kanunlarla kurulan, belirli alanlarda, belirli görevleri yapan *"özel kolluk"* olarak ikiye ayrılır[2]. Genel kolluk; polis, -*polis teşkilatı bulunmayan yerlerde*- jandarma ve kendi görev alanlarında sahil güvenlik personelidir[3]. Çarşı ve mahalle bekçileri, köy korucuları, belediye kolluğu, orman kolluğu, gümrük kolluğu ise özel kolluğa örnek olarak verilebilir[4].

Kolluğun *"kollama"* olarak nitelendirilebilecek iki görevi bulunmaktadır; bunlar suç öncesi ve suç sonrası görevler şeklinde tasnif edilmektedir[5]. Benzeri şekilde yapılan bir başka tasnife göre de kolluğun görevleri; toplumu suça karşı korumak ve suç ile suçluyu araştırmaktır[6]. Bu görevlerin yerine getirilebilmesi için kolluk faaliyeti; adli – idari kolluk şeklinde ikiye ayrılmaktadır[7]. Belirtilen ayrımın, yürütülen kolluk faaliyetine ilişkin olduğunu, maalesef idari kolluk teşkilatı ve personeli ile adli kolluk teşkilatı ve personeli açısından bu şekilde bir ayrımın söz konusu olmadığını ifade etmek gerekir[8]. Nitekim, 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun (ETK) 9. maddesinde polisin; idari, siyasi ve adli olarak üç kısma ayrıldığı ifade edildikten sonra, *"Adli polis; asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum Müdürlüğünce kadrodan ayrılan bir kısımdır. Tam teşekküllü bir kadrodan daha az kuvvette olan polis teşekkülle-*

---

1 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2023) 614.

2 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayınevi İstanbul 2021) 151.

3 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu m. 2/1: *"Bu Kanunda belirtilen görev ve hizmetleri yapmak üzere silahlı bir genel kolluk kuvveti olan Sahil Güvenlik Komutanlığı kurulmuştur."*

4 Centel ve Zafer (n 2) 151.

5 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2023) 176.

6 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2023) 180.

7 Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (C. 2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi Bursa 2019) 483.

8 Gözler (n 7) 483.

rinin tamamı veya bir kısmı adli polis olarak tefrik edilebilir." denilmek suretiyle, bu ayrımın fonksiyonel bir ayrım olduğu, organik bir ayrım olmadığı ortaya konulmuştur. Bununla birlikte, aynı Kanun'un 10/2. maddesinde yer alan *"Adli polis, adli tahkikat vazifeleri haricindeki hizmetlerde, mafevklerinin*[9] *emrindedir."* cümlesi de bu durumu teyit etmektedir.

Ülkemizde idari yapıdan bağımsız, ayrı bir teşkilatı ve personeli olan adli kolluk kurulması yönünde yasa çalışmaları olmuş ise de bu konuda netice alınamamıştır[10]. Bununla birlikte, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK), 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) yer almayan *"Adli kolluk ve görevi"* başlıklı 164. maddeye yer verilmiştir. Ancak, bu maddenin *"Adlî kolluk, adlî görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir."* şeklindeki 3. fıkrası ve söz konusu maddeye dayalı olarak çıkarılan Adli Kolluk Yönetmeliği'nin bazı hükümleri[11] CMK'daki düzenlemeye rağmen idari kolluktan tamamen bağımsız, müstakil bir adli kolluk teşkilatının kurulamadığını göstermektedir.

Bir hukuk devletinde kolluk personelinin adli veya idari görevlerini yerine getirirken yaptıkları işlemlerin yargı denetimine tabi olması ve verdikleri zararların tazmin edilmesi gerektiği açıktır. Nitekim, Anayasanın 19. maddesinde öngörülen esaslar dışında özgürlüğü kısıtlanan kişilerin uğradıkları zararın, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödeneceği düzenlenmiş, benzeri şekilde Anayasa'nın 129. maddesinde; *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları(nın), kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine"* açılabileceği ifade edilmiştir.

Kural olarak idari kolluğa idare hukuku kurallarının uygulanması ve bundan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi; adli kolluğa ise ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanması ve adli kolluk faaliyetinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların ise adli yargıda çözülmesi gerekir[12]. Bununla birlikte hukuk sistemimizi incelediğimizde, adli kolluğun koruma tedbirlerini uygulamasından kaynaklanan zararların tazminine ilişkin hukuki uyuşmazlıkların bir kısmının

---

9 Türk Dil Kurumu Sözlüğünde *"mafevk: üst"* olarak tanımlanmaktadır; https://sozluk.gov.tr, (erişim tarihi: 12.8.2024).

10 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Tahsin Fendoğlu, "Adli Kolluk Üzerine" (1997) 23 Yargıtay Dergisi 229 vd.; H. Tahsin Fendoğlu, "İnsan Hakları ve Adli Kolluk" (1998) 6 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113 vd.

11 Adli Kolluk Yönetmeliği m. 5*: "a) ...Adlî kolluk, bağlı bulunduğu kolluk teşkilâtının bir parçası olup, öncelikli görevi, karşılaştığı suçun işlenmesini önlemektir. ... Adlî kolluk, adlî görevlerin haricindeki hizmetlerde üstlerinin emrindedir. ... Adlî kolluk görevlileri, kadrolarında yer aldıkları birimlere mevzuatla verilmiş ve adlî görev kapsamı dışında kalan diğer görev ve hizmetleri de yerine getirirler. b) Adlî kolluk görevlilerinin özlük hakları, bağlı oldukları teşkilât tarafından yürütülür. ..."*

12 Gözler (n 7) 483-484.

adli yargıda görüleceği yönünde açık düzenlemeler bulunmasına rağmen, bir kısım koruma tedbirlerinden yahut koruma tedbirleri dışında kalan adli kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmininin hangi hükümler çerçevesinde hangi yargı yerinde çözüme kavuşturulacağına dair açık yasal düzenlemelerin bulunmadığını müşahede etmemiz üzerine, konuyu kapsamlı olarak ele almak gerektiği düşüncesiyle çalışmamızı kaleme aldık.

Bu kapsamda, çalışmamızda sırasıyla adli kolluk ve görevleri ile adli kolluğun faaliyetlerinden doğan zararların tazminine ilişkin davaların hangi yargı yerinde görülmesi gerektiği konuları ele alınmıştır.

I. ADLİ KOLLUK VE GÖREVLERİ

A. Adli Kolluk

CMK'nın *"Adli Kolluk ve Görevi"* başlıklı 164. maddesinde; *"Adlî kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8[13], 9[14] ve 12[15] nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7[16] nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8[17] inci maddesi*

---

13 *"Polis: İdari, siyasi ve adli kısımlara ayrılır. ..."*

14 *"... Adli polis; asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum Müdürlüğünce kadrodan ayrılan bir kısımdır./Tam teşekküllü bir kadrodan daha az kuvvette olan polis teşekküllerinin tamamı veya bir kısmı adli polis olarak tefrik edilebilir."*

15 *"Adli işlere mütaallik tahkikat; salahiyetli adli otoritelerin direktifleri altında ve kanunlarına tevfikan yalnız adli zabıtaya yaptırılır. Polis teşkilatı yapılmıyan yerlerde teşkilat yapılıncaya kadar adli polis vazifeleri diğer zabıta tarafından yapılır. İdari zabıta adli zabıtaya icabında veya Cumhuriyet Müddeiumumisinin talebi üzerine yardımla mükelleftir./İdari polis adli zabıta vazifesini tahrik eden herhangi bir hal karşısında kaldığı takdirde bir taraftan adli zabıta vazifesini ifa etmekle beraber, diğer taraftan adli zabıtayı haberdar eder ve adli zabıta gelince işi ona devreder. Adli zabıta vazifesini gerek aslen ve gerek yardım suretile gören zabıta memurları hakkında bu vazifeden mütevellit suçlardan dolayı Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununa göre takibat yapılır."*

16 *"Jandarmanın sorumluluk alanlarında genel olarak görevleri şunlardır. ... b) Adli görevleri; İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek."*

17 *"Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:*

a) Müsteşarlığın sorumluluğunda bulunan yer ve sahalarda münhasıran, diğer yer ve sahalarda da gerektiğinde ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak suretiyle kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek,

b) Kişi, eşya ve taşıtların gümrük işlemleri bitirilmeden gümrüklü yer ve sahalardan çıkmalarını önlemek; gümrüklü yer ve sahaların takip ve muhafazasını sağlamak,

c) Deniz ve hava limanlarıyla, kara hudutlarındaki gümrük kapılarında giriş ve çıkış yapan kişi, eşya ve taşıtların muhafazası ile gümrüğe sevk edilmesini sağlamak; gümrük işlemleri yapılan yer ve sahalar ile gümrük muhafaza hizmetlerini yürütmek,

d) Kuruluşun soruşturma görevine yardımcı olacak araştırma labaratuvarları kurmak ve çalışmalarını düzenlemek,

e) Müsteşarlıkça verilecek benzeri görevleri yapmak."

ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4[18] *üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder."* denilmektedir.

CMK'nın 164. maddesi, adli kolluğun tanımını yapmaktan ziyade adli kolluk görevlilerinin kapsamını belirlemektedir. Bu düzenlemede kendi görev alanlarında işlenen suçlara ilişkin soruşturma işlemlerini yapacak adli kolluk görevlileri; polis, jandarma, gümrük görevlileri[19] ve sahil güvenlik personeli olarak sayılmaktadır. Maddenin 1. fıkrasında kanunlar belirtilmek suretiyle adli kolluğun görev alanının çizilmesinin ve sayılan kanunlar arasında CMK'ya yer verilmemesinin hatalı olduğu belirtilmek suretiyle düzenleme eleştirilmiştir[20]. CMK'nın 1. maddesinde

---

18 *"... B) 1. Deniz yolu ile yapılan her türlü kaçakçılık eylemlerini, / 2. 25/4/1973 tarih ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanununa aykırı eylemleri,/3. 18/12/1981 tarih ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununa aykırı eylemleri,/Önlemek, izlemek, suçluları yakalamak, gerekli işlemleri yapmak, yakalanan kişi ve suç vasıtalarını yetkili makamlara teslim etmek.*

C) Liman sınırları dışında :19/4/1926 tarih ve 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarda Karasuları Dahilinde İcrai Sanat ve Ticaret Hakkında Kanuna, / 2. 9/4/1937 tarih ve 3222 sayılı Telsiz Kanununa, / 3. 10/6/1946 tarih ve 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanuna, / 4. 24/4/1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa, / 5. 3/5/1928 tarih ve 1234 sayılı Hayvanların Sağlık Zabıtası Hakkında Kanuna, / 6. 15/5/1957 tarih ve 6968 sayılı Zirai Mücadele ve Zirai Karantina Kanununa, / 7. 22/3/1971 tarih ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa, / 8. 15/7/1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanununa, / 9. 15/7/1950 tarih ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanuna, / 10. 6/11/1981 tarih ve 2548 sayılı Gemi Sağlık Resmi Kanununa, / 11. 12/3/1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununa, / 12. Seyir güvenliği ile demirleme, bağlama, avlanma, dalgıçlık ve bayrak çekme ile ilgili hükümlere, / 13. Deniz ve hava araçları ile denizlerdeki tesislerden yapılacak her türlü kirletmelerle ilgili hükümlere, / 14. Yukarıda belirtilen konulara ilişkin uluslararası andlaşmalara, / Aykırı eylemleri önlemek, izlemek, suçluları yakalamak, gerekli işlemleri yapmak, yakalanan kişi ve suç vasıtalarını yetkili makamlara teslim etmek. ...

H) Görev alanları içinde genel güvenlik kuvvetlerince takibi gerekli suçlarla, karada başlayıp denizde devam eden yukarıda belirtilen suçlar dışındaki suçların izlenmesinde ve suçluların yakalanmasında güvenlik kuvveti olarak diğer güvenlik kuvvetlerine yardım etmek, gerektiğinde bu suçlara elkoymak ve suçluları yakalayıp yetkili makamlara teslim etmek. ..."

19 CMK'nın 164. maddesinde zikredilen 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 3.6.2011 tarihli ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin adı ise 2.7.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 29 uncu maddesiyle *"Gümrük Personeli ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"* şeklinde değiştirilmiş ve konumuz açısından önem arz eden Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü'nün görevlerinin düzenlendiği 8. maddesi de dahil olmak üzere birçok maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 10.7.2018 tarihli ve 30474 Resmî Gazetede yayımlanan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 451. maddesinde (485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesine karşılık gelecek şekilde) Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğünün görevlerinin düzenlendiğini görmekteyiz. Bununla birlikte, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun *"Arama ve Elkoyma"* başlıklı 9. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile gümrük görevlilerine görev alanlarında arama ve elkoyma yetki ve görevinin verilmesi de gümrük görevlilerinin bu kapsamda adli kolluk görevlerinin bulunduğuna delalet etmektedir.

20 Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (9. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2019) 558.

ifade edildiği gibi *"... ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini ..."* düzenlemesi nedeniyle, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin usul ve esaslarına yer veren temel kanun olan CMK'ya, 164. maddede yer verilmemesinin yerinde olmadığını değerlendiriyoruz. Zira adli kolluk görevlilerinin yakalama, tutuklama, arama vb. bir soruşturma işlemini yaparken kendilerine yetki veren asıl kanun, kendi teşkilat kanunlarından ziyade CMK'dır.

Adli kolluğu idari kolluktan ayırt edici kriterler; adli kolluğun suç şüphesi üzerine harekete geçmesi, olay yeri incelemesinden delillerin toplanıp incelenmesine kadar iz bilimi (kriminalistik) konusunda her türlü teknik bilgi ve teknoloji ile donatılmış olması ve başta sanık hakları olmak üzere ceza muhakemesinin esaslarına vakıf personelden teşekkül etmesi şeklinde ifade edilebilir[21]. Bununla birlikte, idari kolluğun kamu düzeninin bozulmasını *"önlemeyi"*, adli kolluğun ise kamu düzenini bozucu fiilleri *"bastırmayı ve cezalandırmayı"* amaçlamasının da idari-adli kolluk ayrımının kriterlerinden biri olduğu belirtilmektedir[22].

CMK'nın 164. maddesinde soruşturma işlemlerinin öncelikle adlî kolluk tarafından yerine getirileceğinin ifade edilmesinin hemen ardından, 165. maddede; *"Gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adlî kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda, kolluk görevlileri hakkında, adlî görevleri dolayısıyla bu Kanun hükümleri uygulanır."* denilmiştir. Bu durumda, kural olarak adli kolluk görevi kanunlarda verilen yetkiye dayalı olarak, bir iş bölümü çerçevesinde polis, jandarma, gümrük görevlileri ve sahil güvenlik personeli tarafından öncelikle yerine getirilecek olmakla birlikte, soruşturma sırasında ihtiyaç doğması durumunda, adli kolluk dışında kalan genel veya özel tüm kolluk görevlileri adli kolluk görevini yerine getirmekle yükümlü olacaklardır. Ayrıca, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek 4. maddesi ve ETK'nın 12. maddesinde yer alan düzenlemelere göre, idari kolluk görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, şüpheli ve suç delillerini tespit, muhafaza etmekle görevlidir; idari kolluk böyle bir durumda, bir taraftan adli kolluk görevini ifa etmekle beraber, diğer taraftan adli kolluğu durumdan haberdar eder ve adli kolluk gelince işi ona devreder.

B. Adli Kolluğun Görevleri

CMK'nın 164. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; *"Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir."* şeklindeki düzenleme adli kolluk görevinin çerçevesini çizmektedir.

---

[21] Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, F. Yasemin Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2024) 279.

[22] Gözler (n 7) 484-485.

Kanun'un *"soruşturma işlemleri"* ifadesini kullanmasından hareketle, bir suçla ilgili ceza soruşturmasının başlaması ile birlikte adli kolluk görevi, başka bir deyişle kolluğun, adli kolluk fonksiyonu başlayacaktır. CMK'nın *"Tanımlar"* başlıklı 2. maddesinde yer alan "soruşturma evresinin" tanımından[23] ve aynı Kanun'un 160. maddesinden[24] hareketle, adli kolluk görevinin, suç işlendiği izlenimini veren olguların öğrenilmesi ile başladığını söyleyebiliriz. Adli kolluk, soruşturma evresinin hakimi konumundaki Cumhuriyet savcısının en önemli yardımcısı olarak görev yapar ve savcının talimatları doğrultusunda soruşturma işlemlerini yerine getirir.

Kolluk, kural olarak Cumhuriyet savcısının talimatıyla soruşturma işlemlerini yapacağından, böyle bir durumda yani soruşturmaya başlamış olan Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine kolluğun yaptığı işlemin ve yerine getirdiği fonksiyonun adli veya idari görevlerine ilişkin olup olmadığı noktasında bir hukuki ihtilafın ortaya çıkması muhtemel görünmemektedir. Bununla birlikte, bir suç işlendiğine dair ihbar veya şikâyet doğrudan kolluğa da yapılabilir yahut kolluk bu durumların dışında da görevi sırasında bir suçla karşılaşabilir. Bahsedilen bu ikinci durumda kolluğun hareket tarzının ne şekilde olması gerektiğine ilişkin düzenleme PVSK'nın Ek 6. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemede; *"... Polis, bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirir. Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır. Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar."* denilmektedir.

Bu noktada, ceza soruşturmasının hangi andan itibaren başladığının ortaya konulması gerekmektedir. CMK'da soruşturmayı başlatmaya yeterli olacak şüphenin derecesini gösteren bir ifade kullanılmamış; Cumhuriyet savcısının, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerektiği ifade edilmekle yetinilmiştir (m. 160). Kanun'un aradığı *"suç işlendiği izlenimini veren hali"*, olgulara dayanan *"basit şüphe"* olarak anlamak ve suç işlendiğini gösteren iz, eser, emareler mevcutsa soruşturmayı başlatmak gerekir[25].

---

[23] *"Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, ... ifade eder."*

[24] *"Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar."*

[25] Centel ve Zafer (n 2) 98-99.

Bununla birlikte, soruşturmayı başlatma kararını verecek olan kolluk değil, Cumhuriyet savcısıdır. Kolluk, ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden karşılaştığı ve suç olarak değerlendirdiği bir olayı Cumhuriyet savcısına intikal ettirdiğinde, Cumhuriyet savcısı bildirilen fiilin kanunlarda suç olarak düzenlenmediğini yahut basit şüphe düzeyinde dahi delil bulunmadığını değerlendirip soruşturmaya başlamayabilir. Sayılan bu durumlarda yapılan işlemin bir suçla ilgili olmaması nedeniyle, adli kolluk görevinin ve fonksiyonunun başlamadığını, yapılan işlemlerin idari kolluk fonksiyonu kapsamında olduğunu değerlendiriyoruz[26].

Adli kolluk görevinin başlangıcı bu şekilde belirlendikten sonra, bu görevin ne zaman bittiğini de ortaya koymak gerekir. CMK'nın 164. maddesinin lafzından adli kolluğun sadece soruşturma evresinde görev yaptığı kovuşturma evresinde bir fonksiyon icra etmediği düşünülebilir. Ancak, CMK incelendiğinde özellikle koruma tedbirlerinin önemli bir kısmının kovuşturma evresinde de uygulama alanı bulabileceği görülecektir. Örneğin, kovuşturma evresinde mahkemenin vereceği arama, elkoyma, tutuklama, adli kontrol, iletişimin denetlenmesi yahut teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin kararların gereğini yine adli kolluk yerine getirecektir. Bu durumda, adli kolluğun kural olarak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının en önemli yardımcısı olarak savcının talimatlarını yerine getirmesinin yanı sıra kovuşturma evresinde de mahkemenin vereceği kendi görev alanı ile ilgili kararları yerine getirmekle de yükümlü olduğunu ifade etmenin yerinde olacağını değerlendiriyoruz. Bununla birlikte, CMK'nın 36. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"İnfaz edilecek kararlar, Cumhuriyet Başsavcılığına verilir."* düzenlemesi gereğince, kovuşturma evresinde mahkemenin verdiği bu tür ara kararların gereği Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile iletilen adli kolluk tarafından yerine getirilecektir.

Adli kolluğun görev ve yetkilerinin en temel yasal dayanağı, CMK'dır. Bu Kanun'da yer alan başta koruma tedbirlerine ilişkin olmak üzere muhakeme işlemleri Cumhuriyet savcısının talimatıyla adli kolluk tarafından yerine getirilecektir. CMK'nın dışında adli kolluk görevlerinin düzenlendiği diğer temel kanun PVSK'dır. Bu Kanun'un adından hareketle sadece polisin görev ve yetkilerini düzenlediği düşünülebilirse de PVSK'nın 25. maddesinde yer alan *"Polis teşkilatı bulunmıyan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar."* şeklindeki düzenleme gereğince, jandarma kendi görev alanında PVSK'da yer alan görevleri yapmakta ve yetkileri kullanmaktadır.

Polisin genel görevlerinin düzenlendiği PVSK'nın 2. maddesinde; *"İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak"* denildikten sonra aynı Kanun'un *"Adli görev ve yetkiler"* başlıklı Ek 6. maddesinin 1. fıkrasında *"Polis, bu maddede yazılı görevlerinin ya-*

[26] Adli kolluk görevinin başlangıcı açısından yapılan açıklamalar, mevzuatımızdaki düzenlemeler esas alınarak hukukumuz açısından yapılmıştır. Adli-idari kolluk ayrımının kriterlerine ilişkin Fransız Hukuku ve mevzuatımız açısından yapılan ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gözler (n 7) 483 vd.

nında, Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri de yerine getirir." denilmek suretiyle CMK'ya da atıf yaparak adli kolluğun genel görevlerinin çerçevesini çizmiştir. Aynı maddenin devamında, suçun ihbar, şikâyet veya resen öğrenilmesi üzerine adli kolluğun yapacağı ilk işlemlere[27], olay yeri incelemesine[28] ve teşhise[29] ilişkin usul ve esaslar yer almaktadır.

Polisin adli görevlerine ilişkin olarak PVSK'da yer alan düzenlemeler belirtilenlerle sınırlı değildir. Kanun'un *"Durdurma ve kimlik sorma"* başlıklı 4/A maddesine göre, polis önleme veya adli amaçlı olarak kişileri durdurup kimlik sorabilir; adli kolluk görevi kapsamında durdurma ve kimlik sorma ise iki durumda söz konusu olabilir. Bunlar; suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç faillerinin kimliklerini tespit etmek ve hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek için kişilerin durdurulmasıdır. Yine polisin adli görevi de dahil olmak üzere tüm görevlerini yerine getirdiği sırada uygulama alanı bulabilecek olan *"Zor ve silah kullanma yetkisi"* de PVSK'nın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca aynı Kanun'un Ek 4. maddesinde: *"Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmak-*

---

27 *"Polis, bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirir. / Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır. / Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar."*

28 *"Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan polis, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder. / Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir. / Olay yeri dışında kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanır."*

29 *"Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir. / Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz. / İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır. / Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur. / Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir. / Teşhis işlemi en az iki kez tekrarlanır ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceği hatırlatılır. / Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konur. / Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılamaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir. / Teşhis işlemi tutanağa bağlanır."*

sızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir." şeklindeki düzenleme de adli kolluk görevinin yasal dayanaklarından biridir.

II. ADLİ KOLLUK FAALİYETLERDEN DOĞAN ZARARIN TAZMİNİNDE GÖREVLİ YARGI YERİ

Mevzuatımızda ceza muhakemesi işlemleri nedeniyle maddi veya manevi zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine ilişkin genel hüküm mahiyetinde bir düzenleme mevcut değildir. Bu husus, muhakemenin başlangıcından sonuçlanmasına kadar önemli görevler ifa ettiğini yukarıdaki başlık altında açıkladığımız adli kolluğun söz konusu görevleri sırasında verdikleri zararların tazmini açısından da geçerlidir.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın usul ve esasları CMK'nın 141 ilâ 144. maddeleri arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, ceza muhakemesi işlemlerinin koruma tedbirlerinden ibaret olmadığı, ceza muhakemesinde koruma tedbirleri dışında da pek çok muhakeme işleminin yapıldığı açıktır. Kaldı ki - *aşağıdaki başlık altında açıklanacağı üzere* - CMK'da *"Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat"* başlığı altında tüm koruma tedbirlerine de yer verilmemiştir.

Bu çerçevede, öncelikle adli kolluğun CMK'nın 141/1. maddesinde yer alan koruma tedbirlerine ilişkin faaliyetlerinden kaynaklanan zararın tazmininde görevli yargı yeri, ardından bu düzenlemenin dışında kalan adli kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan zararın tazmininde görevli yargı yeri konuları ele alınacaktır.

A. CMK m. 141/1 Kapsamındaki Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarında Görevli Yargı Yeri

CMK'nın *"Genel Hükümler"* başlıklı Birinci Kitabının *"Koruma Tedbirleri"* başlıklı Dördüncü Kısmının "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat"* başlıklı Yedinci Bölümünde yer alan 141. maddede hangi hâllerde tazminat istenebileceği, 142. maddede tazminat talebinin usulü, 143. maddede verilen tazminatın hangi hâllerde geri alınacağı, 144. maddede ise kimlerin tazminat isteyemeyeceği hususları düzenlenmiştir[30].

1. CMK m. 141/1 Kapsamındaki Tazminat Konusu Koruma Tedbirleri

Koruma tedbirleri; soruşturma ya da kovuşturma evrelerinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, bu maksatla delillerin karartılmasının önlenmesi ve muhafazası, muhakemenin yapılabilmesi ya da ileride verilecek hükmün infaz edilebil-

---

[30] 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6. Maddesine göre; *"(1) Ceza Muhakemesi Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümleri, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanır.*

(2) Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise, 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunur."

mesini sağlamaya yönelik, gerektiğinde zor kullanmak suretiyle bir temel hakkı hükmün kesinleşmesinden önce kısıtlayan, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde geçici olarak başvurulan ve kural olarak hâkim kararını gerektiren tedbirler olarak tanımlanabilir[31].

CMK'da *"Koruma Tedbirleri"* başlığı altında yer alan koruma tedbirleri sırasıyla; yakalama ve gözaltı (m. 91-99), tutuklama (m. 100-108), adli kontrol (m. 109-115), arama ve elkoyma (m. 116-134), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (m. 135-138), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m. 139) ve teknik araçlarla izleme (m. 140) tedbirleridir.

CMK'da *"Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat"* bölüm başlığı altında yer alan düzenlemelerden "Tazminat istemi" başlıklı 141. maddesinin 1. fıkrasına göre; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan bazı hallere[32] ilişkin maddi ve manevi zararlar Devletten

---

31 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 21) 437; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024) 281; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 231-232.

32 Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek haller CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde sayılmıştır;

"a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama, adli kontrol veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

l) (Ek:2/3/2024-7499/12 md.) Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene

istenebilecektir. Tazminat istenebilecek olan haller Kanun'da tahdidi olarak sayılmıştır[33]. Bu maddede, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin sayılmamış olması bir eksikliktir[34]. Ayrıca CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan tüm haller için değil bazı hallere ilişkin olarak maddi ve manevi zararların Devletten istenebileceği düzenlenmiştir. Örneğin, 2.3.2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun'la CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (l) bendinde; *"Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen"*-lerin tazminat isteyebileceği düzenlenmiş iken, diğer adli kontrol tedbirleri uygulandığı halde haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenlerin tazminat isteyebileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Hükmün bu şekilde dar kapsamlı düzenlenmiş olması haklı olarak eleştirilmektedir[35].

Kanaatimizce de bölüm başlığı -*tüm koruma tedbirlerini kapsayacak şekilde- "Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat"* olmasına rağmen, madde metninde bazı koruma tedbirlerinin tamamen bazı koruma tedbirlerinin ise kısmen düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmış olması yerinde değildir.

2. CMK m. 141/1 Kapsamındaki Koruma Tedbirlerinin Adli Kolluk Tarafından Uygulanmasından Kaynaklanan Zararların Tazmininde Görevli Yargı Yeri

CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki koruma tedbirlerinden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmini talebinin hangi mercie yapılacağı ve uygulanacak usul CMK'nın 142. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, gerek hâkim veya savcıların bu kapsamdaki koruma tedbirlerine ilişkin kararlarına, gerek adli kolluk yahut diğer kamu görevlilerinin söz konusu koruma tedbirlerini uy-

tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

33 Şahin ve Göktürk (n 31) 391; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 21) 578; Hakan Hakeri, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024) 139; Erçağ Metiner, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Adalet Yayınevi Ankara 2024) 267.

34 Centel ve Zafer (n 2) 549; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2022) 375; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 457; Veysel Candan Canoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)* (Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017) 41; Doğan Gedik, "Güncel Yargı Kararları Işığında Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarında Tazminat İstemi Koşulları, Başvuru Şekli ve Yargılama Usulü" (2022) 96 İstanbul Barosu Dergisi 186.

35 Hakeri (n 33) 266.

gulamalarından kaynaklanan tazminat istemini karara bağlamakla görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, kural olarak*, -zarar doğuran işlemi yapanın kim/hangi makam olduğu önem taşımaksızın-* zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Düzenlemenin gerekçesinde[36], yetkili mahkemenin bu şekilde belirlenmesi ile; *"... kanuna aykırı işlemden zarar gören kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına kavuşabilmesi(nin) amaçlan"*dığı ifade edilmiştir. Kuralın istisnası ise, koruma tedbiri nedeniyle zarara uğradığını ileri süren kişinin oturduğu yer ağır ceza mahkemesinin tazminat konusu işlemle ilişkili olması durumunda, aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi bulunmuyorsa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinin yetkili olmasıdır. Madde gerekçesinde bu istisnai düzenlemenin neden yapıldığına ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte, mahkemenin objektif ve sübjektif tarafsızlığını sağlamak maksadıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Koruma tedbirinden zarara uğrayanın oturduğu yerin bulunmaması/belli olmaması durumunda nasıl bir uygulama yapılması gerektiğine ilişkin olarak Kanun'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle durumlarda, mahkemelerin yer yönünden yetkisine ilişkin özel yetki kuralı *(CMK m. 13)* kıyasen uygulanabilir[37]; ilgilinin Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi, mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olarak kabul edilebilir[38].

Kural, tazminat davasının ağır ceza mahkemesinde görülmesi olmakla birlikte, 2.3.2024 tarihinde kabul edilen ve 1.6.2024 tarihinde yürürlüğe giren 7449 sayılı Kanun'la bazı hallerde *"Tazminat Komisyonu"*[39] görevli kılınmak suretiyle, bu kurala önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (e)[40], (f)[41] ve (l)[42] bentleri kapsamındaki tazminat talepleri, Tazminat Komisyonu

---

36 https://lib.kazanci.com.tr/kho3/mbb/files/genelgerekce5271.htm, erişim tarihi: 19.8.2024.

37 Emrullah Aycı, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2012) 248.

38 Hakeri (n 33) 398.

39 9.1.2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun'da görev ve yetkileri düzenlenen Tazminat Komisyonu, 2.3.2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurulara ilişkin müracaatları inceleyip karara bağlamakla görevli ve yetkili iken, 7449 sayılı Kanun'la görev alanı genişletilmiş ve CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki talepler de Komisyonun görev alanına dahil edilmiştir.

40 *"Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,"*

41 *"Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,"*

42 *"Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen"*

tarafından incelenip karara bağlanacaktır. Yapılan değişiklikle, Tazminat Komisyonunun görev alanına girmesine rağmen ağır ceza mahkemesine yapılan taleplerin, Komisyona gönderilmesi gerekir. Bununla birlikte, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve girmeyen talepler birlikte yapılmış ise ağır ceza mahkemesi görev alanına girmeyen talepleri ayırarak Tazminat Komisyonuna gönderir. Bu durumda ağır ceza mahkemesine yapılan talep tarihi esas alınır. Maddede yapılan bu değişikliğin gerekçesi[43] incelendiğinde; *"Değişiklikle, koruma tedbirleri nedeniyle yapılacak bu tazminat istemlerinin 6384 sayılı Kanunla kurulan Tazminat Komisyonuna yapılması öngörülmekte ve bu istemlerin idari başvuru yoluyla hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Böylelikle, tespiti herhangi bir yargılama yapılmasını gerektirmeyen tazminat istemleri hakkında kısa sürede karar verilmesi sağlanmış olacaktır."* ifadelerinin yer aldığı görülmektedir.

Tazminat Komisyonunun görev alanına dahil edilen üç halin, adli kolluk uygulamaları ile bağlantılı olarak ortaya çıkmasının mümkün görünmediğini, Cumhuriyet savcısının veya mahkemenin kararına istinaden oluşabilecek haller olduğunu değerlendiriyoruz. Bu nedenle, konumuzun kapsamı dışında kalan Tazminat Komisyonu ile ilgili olarak belirttiğimiz hususlara değinmekle yetineceğiz.

B. CMK m. 141/1 Kapsamı Dışında Kalan Koruma Tedbirleri ile Diğer Adli Kolluk Faaliyetlerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli Yargı Yeri

1. Genel olarak

Adli kolluğun, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı dışında kalan koruma tedbirleri ve diğer muhakeme işlemlerini uygulamasından kaynaklanan zararların tazmini için başvurulabilecek yargı merci konusunda açık bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, CMK'nın 141. maddesine 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[44] ile; *"Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir."* şeklindeki 3. fıkra eklenmiştir[45].

---

[43] https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/6e8b6477-2942-49d1-acf1-cfa13bcac252.pdf, erişim tarihi: 20.8.2024.

[44] RG Tarih ve Sayısı: 28.6.2014 – 29044. Bu hüküm, Cumhuriyet savcılarının ve ceza mahkemesi hakimlerinin muhakeme işlemlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olduğundan, söz konusu hükme dayanarak hukuk hakiminin sorumluluğuna gidilemez; Erhan Günay, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2020) 126.

[45] Söz konusu düzenlemenin ihdas edilme süreci ve gerekçelerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar içeren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (YHGK) bir kararının konu ile ilgili bölümü şu şekildedir: *"... İşin esasına geçilmeden önce, 21.02.2014 gün ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesi ile 24/2/1983 gün ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 93/A maddesinin yürürlükten kal-*

Zikredilen düzenlemenin kapsamı konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre[46], 141. maddenin 1. fıkrasında tazminat istenebilecek sebepler

dırılmasının ve 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5271 sayılı CMK 141. maddesine eklenen 3. ve 4. fıkraların görev bakımından eldeki davaya etkileri tartışılmıştır./Görev konusu kamu düzenini ilgilendirdiği için öncelikle görev sorununun aşılması gereklidir. ... 09.02.2011 gün ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14.maddesi ile mülga 1086 sayılı HMUK'nın 573. maddesinde değişiklik yapılmış, hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği düzenleme altına alınmış, 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na 93'üncü maddeden sonra gelmek üzere 93/A maddesi eklenmiş; Cumhuriyet savcıları da Devlet koruması altına alınmış, hakim ve cumhuriyet savcıları aleyhine kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa tazminat davası açılamayacağı düzenlenmişti. ...6100 sayılı HMK'nun 47. maddesine göre, aynı Kanun'un 46. maddesine istinaden Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde açılacak ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülecektir./Bu arada, 21.02.2014 gün ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 93/A maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle 'hukuk hakimleri' dışındaki hakimler ve cumhuriyet savcıları aleyhine açılacak tazminat davalarında görevli mahkemenin neresi olduğu sorunu ortaya çıkmıştır…18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141'inci maddesine; '(3) Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir. (4) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu eder.' şeklinde 3. ve 4.fıkralar eklenmiştir./Ayrıca aynı Kanun ile 'ceza hakimleri' ve 'cumhuriyet savcıları' hakkında açılmış derdest olan davalar hakkında 5320 sayılı Kanun'a geçici madde eklenmiş; bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyaların mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyaların ise esası incelenmeksizin, ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderileceği ve bu davaların ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141'inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanacağı düzenlenmiştir./Somut olayda davacı, ihbar edilen ceza mahkemesi hakimlerinin ve cumhuriyet savcısının yargısal faaliyeti nedeniyle maddi tazminat istemiştir. Karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri ceza hakimleri ve cumhuriyet savcıları aleyhine yargısal faaliyet nedeni ile açılan tazminat davalarında görevli mahkeme konusunda yeni düzenlemeler getirmiştir. Görev sorununun kamu düzenini ilgilendirdiği kabulü karşısında mevcut bu düzenlemeler dikkate alınarak eldeki dava hakkında karar verilmek üzere Daire kararının bozulması gerekmiştir. ... Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın, BOZULMASINA, ..., 15.04.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.", (YHGK, 15.4.2015 T., 2014/1689 Esas ve 2015/1189 Karar, https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2014-1689-k-2015-1189-t-15-04-2015-gorev-sorununun-kamu-duzenini-ilgilendirdigi-kabulu-karsi/1521225, erişim tarihi: 27.5.2024).

[46] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç (n 34) 382; Hakeri (n 33) 300; Canoğlu (n 34) 41-43, 197; Uğur Aşkın, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu" (2018) 9 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27-29; Seda Yağmur Sümer, "Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi" (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 1282-1283; bu konudaki benzer bir görüşe göre, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1. maddesinde belirtilmeyen koruma tedbirlerinin kanuna aykırı olarak uygulanmasından zarar gören kişiler, zararlarının giderilmesi

sınırlı olarak sayılmıştır ve maddenin 3. fıkrasına eklenen bu düzenleme, 1. fıkrada yer alan tazminat nedenlerini genişletmemekte, tazminat davalarının usulünü düzenlemekte ve bu kapsamda koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında sorumluluğun Devlet'e ait olduğu vurgulanmaktadır; aksine bir uygulama kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bu görüş taraftarlarından Hakeri'ye göre[47], her ne kadar, maddenin 1. fıkrasında düzenlenmeyen koruma tedbirleri açısından CMK hükümlerine göre ağır ceza mahkemesinde tazminat istenemeyecekse de HMK hükümlerine göre tazminat istenebilecektir. Aynı yöndeki görüş taraftarlarından Sümer[48] de bu davanın ağır ceza mahkemesinde görülmemesi gerektiğini belirtmekle birlikte, genel hükümlere göre idari yargıda devlet aleyhine tam yargı davası açılabileceğini ifade etmektedir.

Diğer görüşe göre[49] ise, söz konusu düzenleme ile 141. maddenin 1. fıkrasının kapsamı genişletilmiştir; suç soruşturması ve kovuşturması sırasında hâkim ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ağır ceza mahkemesinde açılacaktır ve dolayısı ile 141. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmeyen koruma tedbirleri de ağır ceza mahkemesinde tazminat istenebilecek hallerin kapsamına alınmıştır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarını temyizen inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesinin konu hakkındaki kararlarını incelediğimizde; aksi yönde kararları[50] bulunmakla birlikte genel olarak ve özellikle yakın tarihli kararlarında yu-

için dava açamadıklarından, doğrudan, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilirler.", Nabi Özalp, *"Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)"* (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 91.

47 Hakeri (n 33) 300-301.

48 Sümer (n 46) 1287.

49 Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* (C. 2, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2022) 1329-1330; Gürsel Yalvaç, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" (2015) 3 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 274; Özgün Özyüksel, "Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' Kurumunu Düzenleyen Hükümlerine İlişkin Bazı Tartışmalı Noktalar" (2020) 6 Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 315-317; Gedik (n 34) 145-149, 184; Muzaffer Korkmaz, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayınevi Ankara 2019) 141-146; Neslihan Göktürk, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)* (Seçkin Yayınevi Ankara 2024) 152-162; Metiner (n 33) 269.

50 *"... 5271 sayılı CMK'nın 141 ve devamı maddelerinde 'suç soruşturması ve kovuşturması sırasında' gerçekleşen koruma tedbirlerine ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği belirtilmekle birlikte madde metninde bu aykırılıkların tahdidi şekilde sıralanmış olması ve 5271 sayılı CMK'nın 141. maddesine 6545 sayılı Kanunun 70. maddesi ile 18.06.2014 tarihinde eklenen 3. fıkrasında belirtilen 'Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.' hükmü nazara alındığında; davacı hakkında verilen adli kontrol işleminin madde kapsamında değerlendirilemeyeceği dikkate alındığında, maddi tazminat hesabına dahil edilmemesinde isabetsizlik görülmemiştir..",* (Y. 12. CD, 9.1.2023 T., 2021/6559 Esas ve 2023/16 Karar, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025).

karıda zikredilen ikinci görüşün benimsendiğini görmekteyiz. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin yakın tarihli bir kararında[51]; tazminat talebinde bulunan kişi hakkında CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında sayılmayan koruma tedbirlerinden biri olan iletişimin tespiti, dinlenilmesi, kayda alınması tedbirinin uygulandığı, yapılan soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, uygulanan tedbirlere ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcılığınca imha edilmeyip farklı dosyalara gönderilerek ifşa edildiği belirtilerek, 5271 sayılı CMK'nın 141/3. maddesi gereğince manevi tazminatın söz konusu verilerin imha edilmesi için öngörülen yasal sürenin dolduğu tarihten itibaren işleyecek faizi ile ödenmesine ilişkin talebi üzerine ilk derece mahkemesince (ağır ceza mahkemesince) verilen kararın temyiz incelemesi sonucunda, CMK'nın 141/3. maddesindeki tazminat şartlarının oluştuğunun saptandığı kabul edilerek tazminat ödenmesi yönünde verilen hükmün onanmasına karar verilmiştir[52]. Yine Yargıtay 12. Ceza Dairesinin henüz adli kontrol

---

"... 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. ve devamı maddelerinde ise yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma işleminden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmininin düzenlendiği dikkate alındığında, davacı hakkında uygulanan ve 5271 sayılı CMK›nın 109/3-j. maddesinde düzenlenen konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri nedeniyle tazminat isteminin reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır. / Yapılan incelemeye, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre davacı vekilinin davacının hakkında uygulanan konutunu terk etmemek adli kontrol tedbiri süresince ekonomik hiçbir faaliyette bulunamadığına, eğitim hayatının aksadığına, manevi olarak zarara uğradığına, tazminat miktarına ve sair nedenlere ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün, isteme aykırı olarak ONANMASINA, 29.05.2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.", (Y. 12. CD, 29.5.2017 T., 2016/2333 Esas ve 2017/4473 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025).
Yukarıda zikredilen karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itirazı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 12. CD ile aynı yönde karar vermiş olup bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: *"... Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek hâllerin CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında tahdidi bir şekilde sayılmış olmasına rağmen adli kontrol tedbiri kapsamında bulunan konutunu terk etmemek yükümlülüğü nedeniyle oluşacak zararların tazminat yoluyla giderilmesi hususuna yer verilmemesi, aynı maddenin üçüncü fıkrası ile getirilen düzenlemenin sınırlı olarak sayılan tazminat hâllerini genişletmeye yönelik olmayıp sayılan koruma tedbirlerine ilişkin açılacak olan tazminat davalarında sorumluluğun açıkça devlete ait olduğunun belirtilmesinden ibaret olması ve 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'la CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikte olduğu gibi Kanun koyucunun tazminat kapsamındaki koruma tedbirlerinin kapsamını genişletme yönündeki ifadesini somut ve açık bir biçimde ortaya koyması hususları dikkate alındığında adli kontrol tedbiri kapsamında hakkında konutunu terk etmemek yükümlülüğüne karar verilen davacının, CMK uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteme hakkının bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.",* (YCGK 15.3.2023 T., 2018/81 Esas ve 2023/159 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025.)

51 Y. 12. CD, 15.4.2024 T., 2023/3836 Esas ve 2024/1703 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025.

52 Yargıtay 12. CD'nin CMK'nın 141/3. maddesi kapsamındaki benzeri bir tazminat talebine ilişkin ağır ceza mahkemesince verilen kararın temyiz incelemesi sonucunda verdiği bir başka kararına göre; *"Tazminat talebinin dayanağı olan ... Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosunun 2014/38860 Soruşturma, 2015/77968 Karar sayılı soruşturma dosyası kapsamında, davacı hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan telekomünikasyon yoluyla yapılan ile-*

tedbiri 141. maddenin 1. fıkrasının kapsamına dahil edilmeden önce verdiği yakın tarihli bir başka kararında[53]; *"...5271 sayılı Kanun'un 141/3. fıkrasında, 'Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.' hükmü gereğince, tazminat talebinin dayanağı olan dava dosyasında davacının adli kontrol tedbirinin kaldırılmasına rağmen uygulanmasına 32 ay devam edildiğine ilişkin tazminat talebi ile ilgili olarak asıl davada hüküm verilmesinin veya verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek bulunmadığı, zira bu hususa ilişkin tazminat taleplerinin asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı olmadığından adli kontrol tedbir kararının, adli kontrol tedbirinin uygulanıp uygulanmadığına dair kararların aslının veya aslı gibidir örneklerinin dosya arasına alınarak davacının talebinin 5271 sayılı Kanun'un 141/3. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmadan yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi"* gerekçesiyle ağır ceza mahkemesinin verdiği tazminat talebinin reddine dair hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin bir kararında da[54]; *"... CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkra ile, 141. maddenin 1. fıkrasında yer almayan soruşturma ve kovuşturma işlemleri nedeniyle de Ağır Ceza Mahkemelerine dava açmak*

---

tişimin denetlenmesi, fiziki ve teknik araçlarla izleme tedbiri uygulandığı gerekçesi ile 20.000 TL manevi tazminatın tedbir başlangıç tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile ödenmesi talebine ilişkin söz konusu davada, yerel mahkemece davanın reddine hükmedildiği anlaşılmakla;...Tazminat talebinin esasını oluşturan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşip kesinleşmediği tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit edilip, davacı hakkında uygulanan tedbirlere ilişkin karar ve evraklarının Yargıtay denetimine el verişli aslı veya onaylı örneklerinin dosya arasına alınarak tedbir tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. ve 140. maddelerinde düzenlenen şartları taşıyıp taşımadığı araştırılıp, davacı tarafın 05.02.2016 tarihli dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar 5271 sayılı CMK'nın 141/3. maddesinde düzenlenen hakimler ve Cumhuriyet savcılarının eylemlerinden ötürü tazminat istemine ilişkin olup, tazminata konu edilen eylemlerle ilgili olarak hakimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında adli veya idari soruşturma yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise akıbetinin ne olduğu Hakimler ve Savcılar Kurulundan sorulup, açıklığa kavuşturularak, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi,/Kanuna aykırı olup, mahalli Cumhuriyet savcısının ve davacı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme uygun olarak BOZULMASINA, 21.11.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.", (Y. 12. CD, 22.11.2022 T., 2022/5598 Esas ve 2022/8768 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025).

53 Y. 12. CD, 1.4.2024 T., 2022/684 Esas ve 2024/1564 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025; 2.3.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasına *"adli kontrol"* tedbirinin dahil edilmesi yönündeki düzenleme 1.6.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

54 YHGK 12. CD, 27.5.2021 T., 2018/650 Esas ve 2021/624 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 5.1.2025.

mümkün hâle gelmiştir. Bunun için ön koşul, sorumluluk nedenine bakılmaksızın yapılan işlemin soruşturma veya kovuşturma sırasında yapılması ve işlem veya kararın hâkim veya Cumhuriyet savcısına ait olmasıdır./6545 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici 8. madde ile de, 'Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esası incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır.' hükmüne yer verilmek suretiyle bu sebebe dayalı olarak açılmış bulunan tazminat davalarında uygulanacak yöntem belirlenmiştir./Kural olarak, 6545 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 28.06.2014 tarihinden itibaren gerçekleşmiş işlemler ile verilen kararlara dayalı olarak CMK'nın 141. vd. maddeleri uyarınca Ağır Ceza Mahkemelerinde tazminat isteminde bulunulması mümkün ise de, daha önce verilen karar veya işlemlerden dolayı da CMK'nın 142/1. maddesinde belirtilen dava süreleri henüz dolmamış olan taleplerin de bu kapsamda ileri sürülmesi mümkün hâle gelmiştir." denilmek suretiyle, CMK'nın 141/3. maddesinin aynı maddenin 1. fıkrasının kapsamını genişlettiği, hatta koruma tedbirleri dışında kalan hakim ve savcıların yaptıkları diğer muhakeme işlemlerinden dolayı da tazminat davalarının ağır ceza mahkemelerinde görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kanaatimizi belirtmeden önce, her iki görüşü de destekleyecek kuvvetli dayanakların mevcut olduğunu ifade etmeliyiz. İlk görüş açısından konuyu ele alırsak; kanun koyucu koruma tedbirlerinin tümünün hukuka aykırı uygulanmasından dolayı CMK hükümlerine göre tazminat talep edilebileceğine dair bir düzenlemeye gitmek yerine tazminat istenebilecek halleri tek tek sayma yoluna gitmiş, bu kapsamda bazı koruma tedbirlerini tamamen bazı koruma tedbirlerini ise kısmen düzenlemenin kapsamı dışında bırakmıştır. 2.3.2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun'la CMK'nın 141. maddenin 1. fıkrasında sayılan tedbirlerin arasına adli kontrole ilişkin bazı hallerin dahil edilmesi de kanun koyucunun iradesinin tüm tedbirler yönünden değil, 141. maddenin 1. fıkrasından sayılan koruma tedbirlerinin kapsamına giren bazı haller açısından CMK hükümlerine göre tazminat istenebileceğini düzenlemek yönünde olduğunu göstermektedir.

Diğer görüş açısından konuyu ele aldığımızda, bu görüşü destekleyen en önemli yasal düzenleme 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunla eklenen Geçici 8. maddedir. Söz konusu maddeye göre; *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelerin-*

de açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esası incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır". 141. maddenin 3. ve 4. maddelerini ihdas eden 6545 sayılı Kanun'da yer alan bu madde üzerinde fazla cümle sarf edilmesini gerektirmeyecek derecede açıktır; hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının soruşturma veya kovuşturma sırasındaki – *1. fıkrada sayılmayan koruma tedbirleri de dahil* - tüm işlemlerinden dolayı tazminat davaları ağır ceza mahkemelerinde Devlet aleyhine açılacak ve CMK'nın 141 vd. maddelerinde öngörülen usule göre karara bağlanacaktır.

Her iki görüş açısından dayanak alınacak yasal düzenlemeler mevcut olmakla birlikte, zikrettiğimiz görüşlerden ikincisine iştirak ediyoruz. Zira, 5320 sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesindeki düzenlemenin kanun koyucunun bu yöndeki iradesini açıkça yansıttığını değerlendiriyoruz. Bu durumda, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının 141. maddenin 1. fıkrasında sayılmayan koruma tedbirleri yahut diğer soruşturma ve kovuşturma işlemlerinden dolayı tazminat davaları CMK'da yer alan usul hükümleri çerçevesinde ağır ceza mahkemesinde görülüp karara bağlanacaktır.

Bununla birlikte, CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkranın kapsamı "*hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler*" ile sınırlı tutulduğundan ve hükümde adli kolluğa açıkça yer verilmediğinden, bu hükmün lafzî yorumu ile adli kolluk faaliyetlerinden doğan ve aynı maddenin 1. fıkrası dışında kalan muhakeme işlemlerinden kaynaklanan zararların tazminini kapsamadığı düşünülebilir. Nitekim bir görüşe göre, bu durumda ilgililer genel hükümlere göre idari yargıda tam yargı davası açarak zararlarının tazminini isteyebileceklerdir[55]. Bu konuda Hakeri; kolluğun yetkisini aşıp aşmadığı, yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığı, kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği hususlarının hizmet kusurunun tespiti açısından önem arz ettiğini, bu değerlendirmenin sonucuna göre idarenin sorumluluğu açısından bir karara varılabileceğini, kolluğun faaliyetleri açısından idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurun arandığını, kesin hüküm teşkil etmeyen adli kolluk işlemleri açısından devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir neden bulunmadığını ve uygulamada da bir suçla bağlantılı olsa dahi kolluk işlemleri bakımından idarenin tazminat sorumluluğunun kabul edildiğini ifade etmektedir[56]. Ayrıca Yazar; kolluk kuvvetlerinin herhangi bir yakalama, tutuklama

[55] Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem (Editörler), Bahri Öztürk, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Elif Altınok Çalışkan, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, İdris Güzel, Serkan Seyhan, Nilüfer Köker ve Mehmet Can Tok (Yazarlar), *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2024) 632; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 21) 578; Hakeri (n 33) 202, 318; Göktürk (n 49) 162; Gedik (n 34) 146; Aşkın (n 46) 29; Özyüksel (49) 317; Metiner (n 33) 230, 269.

[56] Hakeri (n 33) 70.

veya gözaltı kararı olmaksızın resen harekete geçerek gerçekleştirdiği yakalama ve gözaltına alma durumlarında yahut kolluk amiri tarafından verilen arama emirlerinde CMK 141/3. maddenin uygulanamayacağı, bu durumda idari yargıda İçişleri Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılması gerektiği kanaatindedir[57].

Konu hakkındaki kanaatimizi ifade etmeden önce yüksek mahkemelerin bu hususlaki görüşlerini de belirtmek gerekir.

2. Adli Kolluk Faaliyetinden Kaynaklanan ve CMK m. 141/1'de sayılmayan Muhakeme İşlemlerinden Doğan Zararın Tazmininde Görevli Yargı Yeri Konusunda Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı

Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarının adli kolluğun muhakeme işlemlerinden kaynaklanan tazminat davalarının adli yargıda görülmesi gerektiği yönünde olduğu görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi emsal nitelikteki bir kararına[58] konu olan olayda; ceza soruşturması sırasında *gözaltı süresinde adli kolluk görevlilerince yapıldığını ileri sürdüğü kötü muamele*[59] nedeniyle manevi tazminat istemiyle idare mahkemesinde açılan davada, idare mahkemesince, kolluk kuvvetlerince tesis edilen gözaltına alma, gözaltı süresinin uzatılması ve salıverme işlemlerinin yargılama faaliyetine bağlı adli kolluk hizmeti kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği, bu süreç nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmininde CMK'nın *"Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat"* başlıklı bölümünde gösterilen esas ve usullerin izleneceği, bu durumda, suç soruşturması ve kovuşturması sırasında uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle CMK'nın 142. maddesi uyarınca zararın tazmini istemiyle açılan davanın adli yargının görev alanında bulunduğu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararı kesinleşmiştir. Ardından ağır ceza mahkemesinde açılan tazminat davasında bu mahkemece, davacının gözaltında yaşadığını beyan ettiği davranışlar ve sözlerden kaynaklanan kötü muamelelerden dolayı idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazminat talebinin CMK'nın 141 ve devamı maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat nedenleri arasında düzenlenmediği, davalı İçişleri Bakanlığı aleyhine idarenin iş ve eylemlerinden doğan ağır hizmet kusurundan kaynaklı davalarda yargılama yapma görevinin idare mahkemelerine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Bu görevsizlik kararının da kesinleşmesinin ardından Uyuşmazlık Mahkemesince; *"... Anayasanın Başlangıç kısmında öngörülen 'Kuvvetler ayrımı' ilkesi ile yargı ile ilgili 9. ve 138.maddeleri dikkate alındığında, bağımsız bir erk olan yargının yargılama faaliyeti ile ilgili işlemlerinin, Anayasanın 125.maddesinde öngörülen 'idari işlemler' kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayıp, bu 'yargısal işlemler' nedeniyle idari yargı*

---

57 Hakeri (n 33) 202, 318; aynı yönde Metiner (n 33) 230, 269.

58 Uyuşmazlık Mahkemesinin 22.10.2018 tarihli, 2018/689 Esas ve 2018/658 Karar sayılı kararı, https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 6.1.2025.

59 Gözaltı tedbirinin uygulandığı sırada kötü muamelede bulunulması, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında sayılan tazminat istenebilecek hallerden biri değildir.

yoluna başvurulabilmesine imkân yoktur. Esasen bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesinin tabii bir sonucudur. Yukarıda işaret edildiği üzere, Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarıyla onlar adına işlem yapan kolluk personelinin yargılamadaki fonksiyonu geniş çerçevede bir kamu hizmeti olarak değerlendirilse de, somut olarak, ifa edilen yargı faaliyetinin bir parçası olduğunda ve yargısal işlem mahiyetini taşıdığında kuşku bulunmamaktadır. Yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler ya da faaliyetler nedeniyle Devletin sorumlu tutulmasında da, bu sorumluluğun denetiminin aynı yargı düzeni içinde yapılması ve yargısal nitelikli bir işlemin idari yargı denetimi dışında tutulması gerekmektedir. Bu durumda Cumhuriyet savcısının talimatıyla yürütülen ceza soruşturması nedeniyle gözaltına alınan ve bu süreçte nezarethanede tutulan davacının işlemlerinin Cumhuriyet savcısı sorumluluğunda sürdürüldüğü, bu sırada uğradığını ileri sürdüğü kötü muamele iddialarıyla açıldığı anlaşılan tazminat davasının görüm ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu açıktır. Mahkememizin emsal nitelikteki 26/03/2018 gün, 2018/154 esas, 2018/182 karar sayılı ilamı da bu yöndedir." demek suretiyle muhakeme işlemlerinden kaynaklanan tazminat davalarında CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında sayılan koruma tedbirleri ile sınırlı olmadan adli yargının görevli olduğunu kabul ettiği görülmektedir[60].

Danıştay'ın konuya bakışını açıkça ortaya koyan yakın tarihli bir kararında[61]; *"...İdarenin hukuki sorumluluğu kendi işlem ve eylemleriyle sınırlı bulunmaktadır. Yargı mercileri ise, idari işlevin dışında yer alan ve yargı yetkisi kullanan bağımsız organlar olup, bu haliyle hakim ve savcıların yargılama faaliyeti kapsamında yaptıkları görev nedeniyle idarenin ajanı sayılmaları hukuken mümkün değildir./ Fonksiyonel bakımdan, yasama ve yürütmeden ayrı olup, bağımsız bir organ olan yargının, yargılama süreci ile ilgili faaliyetleri Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen 'idari eylem ve işlemler' kapsamına girmemektedir. Hakim ve savcıların ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında yaptıkları faaliyetlerin yargılama fonksiyonu içerisinde yer aldığı açık olup; bu bağlamda, hazırlık soruşturması sırasında savcılarca alınan kararlar ile yapılan işlemlerin ve savcıların talimatı üzerine adli kolluk kuvvetlerince tesis edilen ve yargısal faaliyetten ayrılamayan işlemlerin yargılamanın bir parçası olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Buna göre, Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmininde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' başlıklı bölümünde gösterilen esas ve usullerin izleneceği tabiidir...Dava dilekçesinde ileri*

---

60 Aynı yöndeki bazı Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları için bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesinin 26.3.2018 tarihli, 2018/154 Esas ve 2018/182 Karar; 28.9.2020 tarihli, 2019/892 Esas ve 2020/556 Karar; 28.9.2020 tarihli, 2020/41 Esas ve 2020/544 Karar sayılı kararları, https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 6.1.2025.

61 Danıştay 10. D. 13.6.2024, 2020/3022 Esas ve 2024/2598 Karar, https://karararama.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 5.1.2025.

sürülen adli soruşturma ve kovuşturma sürecinin etkin yürütülmediği şeklindeki iddialara konu karar ve işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararların tazmini isteminden kaynaklanan davanın görüm ve çözümü adli yargının görev alanına…girdiği sonucuna ulaşılmıştır." denilmek suretiyle, ceza soruşturması sırasında adli kolluğun yaptığı işlemlerden doğan zararlardan kaynaklanan tazminat davalarının CMK'nın koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümleri çerçevesinde adli yargıda görülmesi gerektiği ifade edilmiştir[62].

Yargıtay'ın benzer bakış açısı ile konuya yaklaştığını görmekteyiz. Adli kolluğun koruma tedbirlerinden kaynaklanmamakla birlikte ceza muhakemesi işlemlerinden kaynaklanan faaliyetlerinden dolayı açılan tazminat davalarının CMK hükümlerine göre ağır ceza mahkemesinde görülmesi gerektiği yönündeki bakış açısını yansıtan yakın tarihli bir Yargıtay kararına konu olan olumsuz görev uyuşmazlığında; ağır ceza mahkemesi tazminat başvurusunun koruma tedbirlerinden kaynaklanmaması nedeniyle görevsizlik kararı vermiş[63], asliye hukuk mahkemesi de tazminat talebi-

---

[62] Aynı yöndeki bazı Danıştay kararlarının ilgili bölümleri şu şekildedir:

"… Yukarıda aktarılan Kanun hükümleriyle, yalnızca, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında yargısal faaliyetten veya yargı kararına istinaden gerçekleştirilen adli kolluk işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmine yönelik davaların adli yargı yerince çözümlenmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla adli kolluk hizmetiyle bağı kesilen, hakim ve savcının yargısal faaliyet veya kararına dayanmayan salt idari kolluk hizmeti sunumundaki hizmet kusurundan doğan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkların, idari faaliyet alanına ilişkin olması ve özel bir Kanun hükmü bulunmaması nedeniyle idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde idari yargı yerlerince çözümlenmesi gerekmektedir. Nitekim, Kanun gerekçesinde ve bölümün madde başlığında da (koruma tedbirleri nedeniyle tazminat) bu hususa vurgu yapılmaktadır…", (Danıştay 10. D. 1.4.2024, 2020/1804 Esas ve 2024/1185 Karar, https://karararama.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 5.1.2025).

"… Dava dilekçesinde ileri sürülen adli soruşturma sürecinin etkin yürütülmediği, olayın birden fazla kişi tarafından işlendiği kanaati oluşmasına rağmen buna yönelik delillerin elde edilemediği, mevcut delillerin imha edilerek ya da toplanmayarak karartıldığı, sadece sanık …'nin yargılanmasıyla yetinildiği, sonuç itibarıyla olayın aydınlatılmaması suretiyle adalet ve kolluk hizmetinin kötü işletildiği şeklindeki iddialara konu karar ve işlemlerin Cumhuriyet savcılarınca alınan kararlar ve buna istinaden adli kolluk dahil olmak üzere görevli makamlarca yapılan işlemler olduğu görüldüğünden, bu kararlar ve işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararların tazmini isteminden kaynaklanan davanın görüm ve çözümü adli yargının görevinde bulunmaktadır. Öte yandan; dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; davacıların yakını olan …›ın öldürülmesinden sonraki süreçte davalı İçişleri Bakanlığı personelinin adli kolluk sıfatıyla gereken çalışmaları yaptığı, dava dilekçesinde ağır kusurlu oldukları iddia edilen kolluk kuvvetlerince hazırlık soruşturması kapsamında savcının talimatı üzerine yapılan uygulamaların yargılama fonksiyonu içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle delillerin toplanması gibi yargılama faaliyetinden ayrılamayan uygulamaların da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 3. fıkrası kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, adli yargının görevinde bulunan uyuşmazlıkla ilgili davanın, 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, bu husus dikkate alınmadan, davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır…", (Danıştay 10. D. 25.11.2021, 2016/3377 Esas ve 2021/5823 Karar, https://karararama.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 5.1.2025).

[63] *"… 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20.12.2022 Tarihli ve 2022/366 Esas, 2022/334 Karar Sayılı Kararı;*

ne konu kolluk faaliyetinin soruşturma işlemleri kapsamında adli kolluk sıfatıyla Cumhuriyet savcısının talimatları doğrultusunda gerçekleştirdiği faaliyetler olduğu, davanın da Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyeti nedeniyle tazminat istemine ilişkin olduğu gerekçesiyle görevsiz kararı vermiştir[64]. Bu olumsuz görev uyuşmazlığını çözen Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin kararında[65]; *"...5271 sayılı Kanun'un 141 inci maddesinin 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile eklenen ek 3 üncü fıkrasında 'Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.' hükmü yer almakta olup, aynı Kanunun tazminat isteminin koşulları başlıklı 142 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ise 'İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.' düzenlemesine dikkate alınarak uyuşmazlığın ... Ağır Ceza Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. "* denilmek suretiyle, koruma tedbirlerinden kaynaklanmasa dahi, adli kolluğun Cumhuriyet savcısının talimatlarına istinaden yaptığı ceza muhakemesi işlemlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin tazminat davalarının CMK'nın 141/3 ve diğer hükümleri uyarınca ağır ceza mahkemesinde görülmesi gerektiği kabul edilmiştir[66].

Somut olayda koruma tedbirlerinin davacılara veya vefat eden kişilere uygulanmasının ya da uygulanmamasının söz konusu olmadığı, burada koruma tedbirlerinin uygulanması ya da uygulanmaması nedeniyle eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen dava dışı...olup, davacılar veya vefat edenler hakkında alınmış bir koruma tedbiri kararı da bulunmadığı, davacıların hizmet kusuruna dayalı davalarına bakma görevinin ise Asliye Hukuk Mahkemelerine ait olduğu, davacılardan bir kısmının ... ilçesinde ikamet ediyor olması ve hizmet kusuruna dayalı eylemin de ... adli yargı sınırları içinde işlenmiş olması nedeniyle hizmet kusuruna dayalı açılan maddi ve manevi tazminat davasında görevli ve yetkili mahkemenin ... Asliye Hukuk Mahkemesi olması nedeniyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.", (Y. 5. HD 20.5.2024 T., 2024/1972 Esas ve 2024/6104 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025).

64 *"... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 26.04.2023 Tarihli ve 2023/9 Esas, 2023/151 Karar Sayılı Kararı;*
Davada kolluk görevlilerinin iddia olunan kusurunun esasen kolluk görevlilerinin idari kolluk sıfatıyla suç işlenmesini önleme ve kamu düzenini koruma amacıyla gerçekleştirdikleri eylemlerinden dolayı idarenin hizmet kusuru niteliğinde olmayıp ... Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/358 Soruşturma sayılı dosyasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (5271 sayılı Kanun) 160 ve devamı maddelerinde düzenlenen soruşturma işlemleri kapsamında adli kolluk sıfatıyla Cumhuriyet Savcısının talimatları doğrultusunda ve bu talimatlara uygun olarak gerçekleştirdiği eylemler olup eldeki davanın da hukuken nitelendirilmesinde Cumhuriyet Savcısının yargısal faaliyeti nedeniyle tazminat istemine ilişkin olduğu anlaşılmakla belirtilen yasal düzenlemeler uyarınca görevli mahkemenin davacıların oturduğu yer ağır ceza mahkemesi olması nedeniyle mahkemenin karşı görevsizliğine karar verilmiştir.", (Y. 5. HD 20.5.2024 T., 2024/1972 Esas ve 2024/6104 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025).

65 Y. 5. HD 20.5.2024 T., 2024/1972 Esas ve 2024/6104 Karar, https://karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 4.1.2025.

66 CMK'nın 141. maddesine 6545 sayılı Kanun ile eklenen 3. fıkra yürürlüğe girmeden önceki dönemde Yargıtay'ın konuya farklı yaklaştığına, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında tahdidi olarak

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

CMK'da *"Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat"* bölüm başlığı altında yer alan düzenlemelerden *"Tazminat istemi"* başlıklı 141. maddeye göre; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan bazı hallere ilişkin maddi ve manevi zararlar Devletten istenebilecektir. Tazminat istenebilecek olan haller Kanun'da tahdidi olarak sayılmıştır. Bu maddede, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin sayılmamış olması bir eksikliktir. Ayrıca CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan tüm haller için değil bazı hallere ilişkin olarak maddi ve manevi zararların Devletten istenebileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce de bölüm başlığı -tüm koruma tedbirlerini kapsayacak şekilde- *"Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat"* olmasına rağmen, madde metninde bazı koruma tedbirlerinin tamamen bazı koruma tedbirlerinin ise kısmen düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmış olması yerinde değildir.

Bununla birlikte, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen koruma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan tazminat davalarının ağır ceza mahkemesinde görülmesinin isabetli olduğu yönündeki kanaatimizi ifade etmek isteriz. Zira, bu davada koruma tedbirlerinin ceza muhakemesi hukuku kurallarına göre uygulanıp uygulanmadığının, bundan bir zarar doğup doğmadığının, doğmuşsa bunun miktarının takdiri ceza muhakemesi hukuku alanında uzmanlaşma gerektiren bir konudur[67].

Ayrıca, CMK'nın 141. maddesine 6545 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkranın kapsamı *"hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler"* ile sınırlı tutulduğundan, bu hükmün lafzi yorumundan adli kolluk faaliyetlerinden doğan tüm zararların tazminini de kapsadığı sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu ne-

---

sayılan koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davalarının ağır ceza mahkemesinde, bunların dışında kalan adli faaliyetlerden kaynaklanan tazminat davalarının ise genel yetkili mahkemeler olan asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönünde yaklaşım gösterdiğine ilişkin bir Yargıtay kararının ilgili bölümü şu şekildedir; *"CMK'nun 141 ve 142. maddelerinde düzenlenen suç soruşturması veya kovuşturması sırasında tahdidi olarak sayılan sebeplere dayalı olarak açılacak tazminat davalarında görevli yargı yeri Ağır Ceza Mahkemesi olarak belirlenmiştir. / Davacıların istemi, davalı Bakanlık görevlilerinin ihmali ile kimlik göstermeyen kişinin işlediği suç nedeni ile davacı Nihat S.'nın isim ve kimlik bilgilerini kullanması nedenine dayalı olarak verilen mahkumiyet kararının infazı sırasında davacı Nihat S.'nın haksız yere 27 gün hapis yatmak zorunda kalmasına dayalı olup, bu husus CMK'nun 141. maddesinde sayılan nedenler arasında yer almamaktadır. / Şu durumda iddianın ileri sürülüş biçimi itibari ile tazminat istemi hakkında genel hükümlere göre yargılama yapılarak karar verilmesi gerektiğinden eldeki uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri HUMK'nun 1 ve devam eden maddeleri uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesidir. Yerel mahkemece yanılgıya düşülerek verilen görevsizlik kararı doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir…",* (Y. 4. HD 14.7.2011 T., 2011/5970 Esas ve 2011/8324 Karar, https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2011-5970-k-2011-8324-t-14-07-2011-mahkemelerin-gorevinin-belirlenmesi/890716, erişim tarihi: 9.1.2025).

[67] Canoğlu (n 34) 154; Hakeri (n 33) 390; Uğur Yargun, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Adalet Yayınevi Ankara 2023) 92; Ragıp Şahin, *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Seçkin Yayınevi Ankara 2020) 316-317.

denle, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında açıkça sayılan koruma tedbirleri olan yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasından doğan zararlar - *adli kolluk görevlileri de dahil olmak üzere* – kimin fiilinden kaynaklanıyor olursa olsun CMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde Devletten istenebilecektir. Sayılanlar dışındaki koruma tedbirleri ve diğer muhakeme işlemlerinin uygulanmasından kaynaklanan zararlardan kaynaklanan tazminat davalarına bakmakla adli yargının görevli olduğuna dair Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarına iştirak ediyoruz. Ancak, CMK'nın 141. maddesinin 3. fıkrasının yorumundan, adli kolluğun ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında hâkim veya Cumhuriyet savcılarının kararlarını uygulamasından kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarının CMK hükümlerine göre ağır ceza mahkemesinde görülmesi gerektiği sonucuna varmak mümkün olmakla birlikte, hakim veya Cumhuriyet savcısının bir kararı veya talimatı olmaksızın doğrudan adli kolluğun yaptığı muhakeme işlemlerinden *(örneğin; adli kolluk amirine CMK'nın 119/1. maddesinde verilen arama yetkisi veya 127/1. maddesinde verilen elkoyma yetkisinin kullanılmasından yahut CMK'nın 90/2. maddesine göre kolluk tarafından yakalama emri olmaksızın yapılan yakalamadan)* kaynaklanan zararlardan olayı CMK'nın 141 maddesinin 3. fıkrasının uygulanma olanağının bulunmadığını değerlendiriyoruz.

Ancak, koruma tedbirlerinin bir kısmından kaynaklanan tazminat davaları ağır ceza mahkemesinde görülürken, CMK m. 141/1'de sayılmayan koruma tedbirlerinden veya diğer muhakeme işlemlerinden kaynaklanan tazminat davalarının idari yargıda görülmesi gerektiğinin ileri sürülmesinin de herhangi bir hukuki gerekçesinin bulunmadığını değerlendiriyoruz. Çünkü, CMK m. 141/1'de yer alan koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davalarının ağır ceza mahkemesinde görülmesine ilişkin gerekçeler, bunların dışında kalan muhakeme işlemlerinden kaynaklanan tazminat davaları için de geçerlidir. Zira, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) *"İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı"* başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında *"İdari yargı yetkisi(nin), idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı"* olduğu ifade edilmiştir. İdari işlem; idare tarafından (veya yasama yahut yargı organınca yasama ve yargı fonksiyonu dışında) idari fonksiyona ilişkin ve kamu gücü kullanılarak yapılan kamusal nitelikte, tek taraflı irade beyanı olarak, idari eylem ise; "*idarenin, kendine bağlanabilen ve hukuki durumlarda ya da dış dünyada hukuki sonuçları olan değişiklikler meydana getiren olumlu ya da olumsuz hareket tarzı"* şeklinde tanımlanmaktadır[68]. Burada tazminat davası idarenin bir işlem veya eyleminden kaynaklanmamaktadır; ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında adli görev yapan kolluk görevlilerinin fiilinden kaynaklanan zararın tazmini söz konusudur. Bununla birlikte, bir soruşturma veya kovuşturmada Cumhuriyet savcısının veya hâkimin emrini uygulayan kolluk görevlisinin fiilinden kaynaklanan tazminat davasının idari yargıda görülmesi, aynı olayda emri veren Cumhuriyet savcısının ve hâkimin fiilinden kaynaklanan tazminat davasının ise ağır ceza mahkemesinde görülmesi söz konusu olabilecek, bu durum da aynı olayda farklı kararların ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

[68] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 364.

Bu nedenle, Anayasa'nın 142. ve CMK'nın 3. maddelerinde yer alan *"mahkemelerin görevlerinin kanunla belirleneceği"* yönündeki hükümler göz önünde bulundurularak, yapılacak bir kanun değişikliği ile CMK'nın 141. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin kapsamına adli kolluk görevlilerinin de dahil edilmesi ve böylece adli kolluk görevlilerinin soruşturma ve kovuşturma sırasında yaptıkları tüm işlemlerden kaynaklanan tazminat davalarının CMK hükümleri uygulanmak suretiyle ağır ceza mahkemesinde görülmesinin yasal dayanağının oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, koruma tedbirleri de dahil muhakeme işlemlerinden kaynaklanan tazminat davalarında, koruma tedbirlerinin ve diğer muhakeme işlemlerinin ceza muhakemesi hukuku kurallarına göre uygulanıp uygulanmadığının, bundan bir zarar doğup doğmadığının, doğmuşsa bunun miktarının takdirinin ceza muhakemesi hukuku alanında uzmanlaşma gerektiren bir durum olması nedeniyle, ağır ceza mahkemesinde görülmesinin isabetli olacağını değerlendiriyoruz.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2023)

Aşkın U, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu" (2018) 9 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23-48

Aycı E, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2012)

Canoğlu V C, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)* (Seçkin Yayınevi Ankara, 2017)

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayınevi İstanbul 2021)

Fendoğlu H T, "Adli Kolluk Üzerine" (1997) 23 Yargıtay Dergisi 229-242

Fendoğlu H T, "İnsan Hakları ve Adli Kolluk" (1998) 6 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 113-123

Gedik D, "Güncel Yargı Kararları Işığında Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarında Tazminat İstemi Koşulları, Başvuru Şekli ve Yargılama Usulü" (2022) 96 İstanbul Barosu Dergisi 135-187

Göktürk N, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)* (Seçkin Yayınevi Ankara 2024)

Gözler K, *İdare Hukuku* (C. 2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi Bursa 2019)

Günay E, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2020)

Hakeri H, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024)

Korkmaz M, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayınevi Ankara 2019)

Metiner E, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Adalet Yayınevi Ankara 2024)

Özalp N, *"Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)"* (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81-158

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024)

Öztürk B, Eker Kazancı B ve Sesim Soyer G, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2022)

Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Alan E, Sırma Gezer Ö, Saygılar F Y, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E ve Tok M C, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024)

Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R (Editörler), Tezcan D, Sırma Gezer Ö, Saygılar F Y, Altınok Çalışkan E, Alan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Güzel İ, Seyhan S, Köker N ve Tok M C (Yazarlar), *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024)

Özyüksel Ö, "Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' Kurumunu Düzenleyen Hükümlerine İlişkin Bazı Tartışmalı Noktalar" (2020) 6 Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 301-326

Sümer S Y, "Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi" (2019) 2 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 1267-1291

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024)

Şahin R, *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Seçkin Yayınevi Ankara 2020)

Yalvaç G, *"Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" (2015) 3 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 267-306

Yargun U, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Adalet Yayınevi Ankara 2023)

Yaşar O ve Otacı C, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* (C. 2, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2022)

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2023)

Yurtcan E, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (9. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2019)

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683739

ULUSLARARASI HUKUK UYARINCA ABLUKANIN HUKUKİ ÇERÇEVESİNİN BELİRLENMESİ

Determining the Legal Framework of the Blockade under International Law

Hilal CECANPINAR*

Özet

Devletler arası çatışmalarda uygulanan yöntemlerden biri de ablukadır. Devlet abluka uygulayarak, devletin bir bölgesini veya tamamına ulaşımı engelleyerek düşman devleti zayıf düşürmek ister. Tarih boyunca uygulanan abluka, zorlama yöntemi veya savaş aracı olarak nitelendirilmiştir. Ancak BM sisteminin kurulması ile ablukanın bir kuvvet kullanma aracı olduğu açıkça tespit edilmiş olup kuvvet kullanma ise yasaklanmıştır. Kuvvet kullanımı hukuka uygun olarak başlasın ya da başlamasın belirli kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerektiği de insancıl hukuk normları ile hüküm altına alınmıştır. Bütün bunlar göz önünde bulundurularak ablukanın bir zorlama yöntemi olarak kullanılması veya savaş aracı olarak nitelendirilmesi değerlendirilmeli, sonrasında abluka uygulamasının hangi hallerde hukuka uygun bir araç olduğu hangi hallerde hukuka uygun olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Akabinde ise abluka uygulamasının da sınırlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu çalışmada söz konusu tespit ve saptamalar uluslararası hukuk çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Abluka, kuvvet kullanma, saldırı, insancıl hukuk, sivillerin korunması

Abstract

The blockade is one of the methods used in international armed conflicts. By imposing a blockade, the state wants to weaken the enemy state by preventing access to a region or the entire state. Throughout history, blockade has been characterised as a method of coercion or an instrument of war. However, with the establishment of the UN system, it has been established that the blockade is a means of force and the use of force is prohibited. It is also stipulated by international humanitarian law norms that the use of force must be carried out within the framework of certain rules, whether legally initiated or not. Taking all into consideration, the use of blockades as a method of coercion and their characterisation as an instrument of war should be evaluated, and then it should be determined in which cases the blockade is a legal instrument and in which cases it is not. Subsequently, the limits of the blockade practice should also be revealed. In this study, these findings and determinations have been tried to be explained within the framework of international law.

Key Words: Blockade, use of force, aggression, international humanitarian law, protection of civilians

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.08.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Antalya-Türkiye, hilal.cecanpinar@antalya.edu.tr, https://orcid.org/0000-0001-8730-4434.

GİRİŞ

Devlet, kara, hava ve deniz mekânsal sınırlara sahip siyasi bir yapıdır. Söz konusu mekânsal sınırlar, devletin egemenliğini kullanabildiği ve diğer devletlerin müdahalesinin dışlandığı sınırları belirler[1]. Devletler kara, hava ve deniz ülkesi üzerinde ülkesel egemenlik hakkına dayanarak bu alanlara giriş çıkışları belirlemede münhasıran yetkilidir. Bu alanların dışında kalan uluslararası hava sahasında ve uluslararası deniz alanlarında ise seyrüsefer serbestliği bulunmaktadır. Devletin ülkesine dış devletlerin müdahalesi ise uluslararası hukuk tarafından yasaklanmış olup bütün devletler diğer devletlerin ülke bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına saygı gösterme yükümlülüğü altındadır. Bu sebeple Birleşmiş Milletler (BM) Şartı ile devletlerin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına yönelik kuvvet kullanmak veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak yasaklanmıştır.

Abluka ise devletin egemenliği altında bulunan bu mekânsal sınırlara giriş- çıkışı engelleyen bir uygulamadır. Hatta devletin egemenliğinin ötesinde bulunan, tüm devletlerin seyrüsefer hakkının bulunduğu uluslararası deniz alanına ve uluslararası hava sahasına kadar uzanan ve seyrüsefer hakkının kullanılmasını engelleyen bir uygulamadır. BM sistemi öncesinde zorlama yöntemi olarak telakki ediliyor olsa da günümüzde ablukanın bu hukuki bir zemine dayandırılması mümkün değildir. Devletin egemenliğine müdahale içerdiği için açıkça kuvvet kullanma biçimi olarak nitelendirilmektedir. Ancak BM sistemi ile korunan bu egemenlik alanlarına müdahale yasağının, kuvvet kullanma yasağının, istisnaları mevcuttur. Bu istisnalar husule geldiğinde ablukanın uygulanması da meşru bir kuvvet kullanma aracı olacaktır. Metinde ablukanın hangi durumlarda hukuka uygun olacağı ortaya konulduktan sonra hukuki zeminde uygulanmaya başlanan abluka uygulanırken uyulması gereken sınırlar belirlenmeye ve bu sınırlar aşıldığında uluslararası hukuktaki karşılığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Son olarak ise güncel bir örnek olarak İsrail'in Filistin'e uygulamakta olduğu abluka mercek altına alınacaktır.

I. TANIMI VE TÜRLERİ

Uluslararası hukukta bir devletin belirli bir limanını, bölgesini veya ülkesinin tamamını düşman ya da tarafsız tüm devletlerin gemi ve/veya uçaklarına kapatma veya kısıtlama eylemi abluka olarak ifade edilmektedir[2]. Abluka genellikle savaş durumlarında veya uluslararası krizlerde uygulanmaktadır. Ablukanın uygulandığı zaman dilimine göre barış zamanında ve savaş zamanında abluka ayrımına gidildiği görülmektedir[3]. Uygulama zamanı ne olursa olsun ablukanın amacı devleti yalnızlaştırmak ve yaşamsal faaliyetlerini zorlaştırarak devleti bir eylemde bulunmaya veya

---

1 Andrew Clapham, Brierly's Law of Nation (Oxford University Press 2014), 168.

2 Wolff Heintschel von Heinegg, 'Naval Blockade' (2000) 75 International Law Studies 203, 203.

3 Süleyman Dost and Zehra Korkmaz, 'Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar' (2015) 5(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111, 139.

belirli bir eylemde bulunmamaya zorlamaktır[4]. Tarihi süreçte bir zorlama yöntemi olarak hukuka uygun kabul edildiği dönemler mevcut olsa da günümüzde istisnalar dışında hukuka uygun olmadığını söylemek mümkündür. Geleneksel olarak abluka deniz yoluyla gerçekleştirilmekte olup, düşman devletin dış dünya ile bağlantısını kesme niyetiyle liman ve sahillerinin kuşatılmasını, uyruklarına bakılmaksızın bütün deniz ve hava araçlarının abluka hattına giriş ve çıkışlarının kontrol altında tutulmasını içeren bir savaş yöntemi olarak tanımlanabilir[5]. Ancak bunun yanı sıra bir devletin diğer bir devletin tamamına veyahut bir bölümünü kara yoluyla izole ederek dış dünya ile bağlatısını keserek mal, insan veya bilgi akışını kesmesi şeklinde de uygulanması mümkündür. Günümüz dünyasında iaeşe, ilaç gibi mallar kadar internet erişimi ve bilgi akışı da hayati önemi haizdir. Bu bağlamda internet erişimi, iletişim ağları, sosyal medya platformları gibi dijital iletişim araçlarına erişim kısıtlanarak veya engellenerek "dijital abluka" olarak ifade edilen yeni bir konseptin varlığı gündemde tartışılmaktadır.

A. Türleri

Abluka bir bölgeyi dış dünyadan ayırarak ihtiyaçlarının teminin ve savunma güçlerinin destek sağlamasının önüne geçerek devleti zor duruma düşürmek veya zorlamak olarak nitelendirilebilir[6]. Abluka gerçekleştirildiği alana göre kara ablukası, hava ablukası ve deniz ablukası olarak tasniflendirilmektedir.

Uluslararası hukuk belgelerinde abluka ifadesi ile atıf yapılan eylem, deniz ablukası[7] olup deniz ablukasına ilişkin düzenlemelerden yola çıkarak, dış dünya ile bağlantı kesme eylemleri uygulandığı mekana göre kara ve hava ablukası olarak da isimlendirilmektedir. Deniz ablukası ise devletin dış dünya ile bağlantısının kesilmesinin, devletin limanlarına veya kıyılarına erişimin engellenmesi yoluyla gerçekleştirilmesidir. ABD, 1962 yılında yaşanan Küba Krizi'nde hem hava sahasında hem de denizde abluka uygulamıştır[8], aynı şekilde Pakistan ile savaşmakta olan Hindistan'ın 1971 yılında Bangladeş'te, ABD'nin 1972 yılında Kuzey Vietnam'da, İngiltere'nin 1983 yılında ise Arjantin'in Falkland Adaları'nda uyguladığı ablukalar örnek olarak verilebilir[9].

---

4 Magne Frostad, 'Naval Blockade' (2018) 9 Arctic Review on Law and Politics195, 195.

5 Andrew Sanger, 'The Contemporary Law of Blockade and the Gaza Freedom Flotilla' (2010) 13 Yearbook of International Humanitarian Law 397, 409.

6 A. Füsun Arsava, 'Abluka ve Sivil Halkın Açlığa Mahkûmiyeti' (2021) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 3.

7 Deniz dışlama bölgesi (Maritime Exclusion Zone- MEZ), askeri alan, yasaklı alan gibi de adlandırmalarla sillahlı çatışmanın taraflarından kontrolü elinde bulundurduğunun iddia ederek gemi ve uçakların izinsiz geçişinin engellenmesi faaliyetleri de abluka olarak değerlendirilebilir. Bkz: Howard Levie, 'Means and Methods of Combat at Sea' (1998) 70 (1)International Law Studies 227, 233.

8 Alexander Orakhelashvili, 'The Cuban Missile Crisis' in T. Ruys and O. Corten (ed.) The Use of Force in International Law (1st edn, Oxford University Press 2018) 99.

9 Söz konusu örnekler için bkz. James Kraska, 'Rule Selection in the Case of Israel's Naval Blo-

Kara ablukası, bir devlete ait toprakları veya belirli bir bölgesi kara yoluyla izole ederek ekonomik, ticari veya insani bağlantılarını kesmek için kara yollarının, demiryollarının veya diğer kara ulaşım yollarının kapatılması hali için kullanılan bir terimdir. Kara ablukası (land blockade) ile kuşatma (seige) birbirine benzeyen uygulamalar olsa da aslında farklı kavramlardır. Kuşatma genellikle bir askeri operasyon olup devletin belirli bir bölgesini ele geçirmek veya teslim olmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirilen bir dış dünya ile bağlantı kesme eylemidir. Kara ablukasında da dış dünya ile bağlantı kesilir ancak amaç, devleti veya belirli bir toprağını ele geçirmek değil, devleti ekonomik ve ticari açıdan zorlayarak siyasi baskı yaratmak ve devleti belirli bir davranışta bulunmaya zorlamaktır.

Hava ablukası ise kara ablukasına benzer amaçlarla devletin hava sahasının tamamının ya da bir bölümünün, dış dünya ile olan hava trafiğini askeri veya sivil uçuşlara kapatma eylemidir.

Dijital abluka kavramı oldukça yeni bir kavramdır ve uluslararası hukuk açısından abluka olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Geleneksel ablukaya benzer olarak devletin yalnızlaştırılması amacı güderken fiziksel bir kısıtlama içermeyip dijital altyapıya yönelik uygulanarak bilgi ve iletişim akışının kesilmesi yoluyla uygulanmaktadır. Ancak geleneksel ablukada, abluka uygulayan devlet iken dijital ablukada bulun devlet eliyle gerçekleştirilmesi mümkün olmayıp şirketler tarafından gerçekleştirilen boykot gibi değerlendirilebilir[10].

---

ckade of Gaza: Law of Naval Warfare or Law of the Sea?' (2010) 13 Yearbook of International Humanitarian Law 367, 374.

[10] Dijital abluka devletin tamamına veyahut belirli bir bölgesine yönelik olarak siyasi amaçla uygulanan dijital iletişim altyapısının kısıtlanması şeklinde uygulanmaktadır. Bu uygulama internet erişiminin tamamen veya kısmen durdurulması, sosyal medya platformlarına erişimin kısıtlanması, e-posta gibi dijital hizmetlerin veya diğer iletişim hizmetlerinin kesilmesi şeklinde uygulanabilmektedir. Dijital abluka herhangi bir uluslararası hukuk belgesinde düzenlenmemektedir. Geleneksel ablukaya ilişkin tanım, hüküm ve tartışmaların ise dijital abluka için kıyasen uygulanabilir olduğunun ifade edilmesi ise güçtür. 24 Şubat 2022 yılında Rusya- Ukrayna arasında başlamış olan silahlı çatışmaların öncesinde 14 Ocak 2022 başlamış olan siber saldırılar mevcuttu. Rusya Ukrayna'ya ait birçok hükümet sitesini hedef alan siber saldırılar gerçekleştirmiştir. Bunun akabinde ise Ukrayna gönüllü hackerlardan teşekkül eden "IT Ordusu" oluşturmuş ve bunun yanı sıra Apple, Google, Neflix, Paypal gibi birçok teknoloji şirketini Rusya'ya karşı harekete geçmeye çağırmıştır. Yaşanan silahlı çatışmalar nedeniyle Apple, Netflix, H&M, Airbnb, Ikea ve Adidas gibi farklı alanlardan büyük markalar Rusya'dan çekilme kararı vermiştir. Rusya'da Ukrayna'nın internet bağlantılarına zarar vererek erişimin yavaşlamasına sebep olmuştur. Tüm bu yaşananlar medyada dijital abluka olarak adlandırılıyor olsa da söz konusu durum geleneksel abluka kavramı ile tam olarak örtüşmemektedir. Öncelikle ablukanın varlığından söz edebilmek için bir kısıtlamanın gerçekleştirilmesi gerekmektedir ve dijital abluka uygulamalarında henüz dijital iletişim ağlarının tam olarak kısıtlanması mümkün olmamıştır. Bunun temel sebebi ise bu dijital iletişim ağları sağlayıcılarının devletler değil çok uluslu şirketler olmasıdır. Bu durum da dijital ablukayı geleneksel ablukadan ayıran bir noktadır. Geleneksel abluka devlet eliyle gerçekleştirilirken dijital ablukada bu mümkün değildir ancak kısıtlama faaliyetini şirketler gerçekleştirmektedir. Devletin kendi ülkesindeki şirket faaliyetlerine müdahale yetkisi olsa da bir başka devlette faaliyet gösteren devletlere müdahale imkânı bulunmamaktadır. Sadece ikili ilişkiler çerçevesinde etki imkânı bulunmaktadır. Fakat karar yine şirketlerin elinde olacaktır. Bütün bu sebeplerle dijital abluka olarak

Bunlara ek olarak ambargonun ablukadan farklı bir uygulama olduğu da ifade edilmelidir. İki yöntem de devletleri belirli bir davranışa yönlendirmek için kullanılan baskı yöntemleridir. Ancak abluka mekânsal bir kısıtlama, belirli bir mal veya kişiye odaklanmayan giriş çıkışı engelleme hali olup ve genellikle askeri güç kullanımı söz konusu iken ambargo ise belirli hizmet ve ürünlerin ticareti durdurularak ekonomik ve ticari kısıtlama uygulanmasıdır[11].

II. ABLUKANIN NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

Abluka tarih boyunca uygulanan bir yöntemdir[12]. Ablukaya ilişkin hukuk metinlere bakıldığında uzun yıllar boyunca ablukanın savaşa varmayan bir zorlama yöntemi olarak da telakki edildiği ve barış zamanında uygulanabilecek bir yöntem olarak kabul edildiği göze çarpmaktadır[13]. Söz konusu kabul sebebiyle abluka uygulama zamanına göre barış zamanında abluka ve savaş zamanında abluka şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Ancak günümüz hukuki düzenlemeleri ile barış zamanında ablukanın mümkün olduğu söylenemez. Doktrinde tanımlanan barış zamanında ablukanın koşulları incelenerek neden bu kavramın artık geçerliliğini yitirdiği ve ablukanın artık sadece bir savaş aracı olarak kabul edilebileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Zorlama Yöntemi Olarak Abluka (Barış İçinde Abluka)

Doktrinde kabul edilmiş biçimi ve tarih boyunca pratikte görülen haliyle, barış içide abluka uygulamasındaki temel husus uygulanan ablukanın savaş durumunda olmayan devletler arasında uygulanmasıdır. Kısacası uygulama zamanındaki koşullar temel ayrımı oluşturmaktadır. Pek tabi ki ablukanın uygulama amacı herhalukarda aynıdır ve silahlı çatışma olmasa dahi iki devlet arasındaki gerilimden dolayı ortaya çıkmaktadır. Taraflardan birinin uluslararası hukuk ihlallerine karşı zorlama yöntemi olarak kullanılmakta olup temel ayrım ilgili devletler arasında bir savaş haline geçiş niyetinin olmamasıdır[14]. Bu durumda ablukanın amacı ise hukuka aykırı olduğu iddia edilen eylemin sonlandırılmasıdır[15].

---

ifade edilen bu eylemlerin geleneksel abluka ile örtüştüğünü ifade etmek tam anlamıyla mümkün olmayacaktır. Russell'ın makalesinde ifade ettiği üzere dijital ablukanın günümüzdeki haliyle daha çok dijital boykot olarak ifade edilmesi daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bkz. Alison Lawlor Russell, 'Digital Blockade or Corporate Boycott?' (2023) 2(1) A Journal of Strategy & Airpower 16, 16-30.

11 Martin Fink, Maritime Interception and the Law of Naval Operations (Asser Press, 2018), 98.

12 Ablukaya ilişkin gelişim ve dönüşüm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: James F. McNulty, 'Blockade: Evolution and Exception The Use of Force' (1980) 62 Human Rights and General International Legal Issues 172,172-196.

13 Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri (IV. Kitap, Turkan Kitabevi 1999), 137-141.

14 Frostad (n 4), 196.

15 İlhan Lütem, Devletler Hukuku Dersleri (Cilt 2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1958), 668.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından 1887 yılında gerçekleştirilen toplantıda "Savaş Durumu Olmadığı Durumlarda Ablukaya İlişkin Bildiri" kabul edilmiş ve barış zamanında ablukanın şartları ortaya konulmuştur[16]. Söz konusu bildiri bağlamında barış içinde abluka uyarınca, öncelikle abluka resmen ilan edilmeli ve bildirilmelidir; yeterli kuvvet ile uygulanmalıdır; sadece abluka uygulanan devlet gemilerine ilişkin uygulanmalı ve yabancı bayraklı gemilerin girişi ve çıkışına izin verilmelidir. Bunların yanı sıra abluka altındaki devletin gemilerinin ablukaya uygun davranmaması halinde bu gemilere el konulması mümkün olup, abluka sona erdiğinde gemiler yükleriyle birlikte tazminat ödenmeksizin sahiplerine iade edilecektir. Söz konusu şartlar yerine getirilmediği takdirde barış içinde abluka hukuka aykırı olarak kabul edilecektir.

Kısacası barış içinde abluka, uluslararası hukuk metinlerindeki düzenlemeler uyarınca sadece deniz ablukasını içermekte ve sadece abluka altına alınan devlet gemilerinin giriş çıkışlarına uygulanmakta, yabancı bayraklı gemiler için herhangi bir kısıtlama uygulanmamaktadır[17]. Söz konusu düzenlemelerde ablukanın barış zamanında, kuvvet kullanımı olarak nitelendirilmeden uygulanabilecek olsa da günümüzde barış içinde abluka kavramının varlığından ise söz edilemez. İkinci Dünya Savaşının sona ermesinden sonraki dönemde, ablukanın hukuki bir araç olduğu hususunda doktrinde fikir ayrılıkları ortaya çıkmaya başlamıştır[18]. İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan yeni uluslararası hukuk sistemi ile kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunma yasaklanmış olsa da ablukanın hukuka uygunluğuna ilişkin uzun yıllar münhasıran bir hukuki düzenleme yapılmamıştır. Günümüz düzenlemeleri uyarınca ise abluka yalnızca bir savaş aracı olarak kullanılabilir.

B. Kuvvet Kullanımı Olarak Abluka

Tarih boyunca zorlama yöntemi olarak kullanılmış olan abluka kavramının, BM Şartı m. 2/4 ile getirilmiş olan kuvvet kullanma yasağı ile görünüm değiştirdiği ifade edilebilir. BM Şartında, kuvvet kullanma kavramının içeriği tam olarak belirlenmemiş olsa da metin kül halinde okunduğu takdirde ablukanın bir kuvvet kullanma yöntemi olarak kabul edilmiş olduğu söylenebilir. Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Önlemler Başlıklı VII. Bölümde, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin ihlal edildiği durumlarda alabileceği önlemler ve

---

16 Institut de Droit International, 'Blockade in the Absence of a State of War' (1887) <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/ 06/Annexe-1bis-Compilation-Resolutions-EN.pdf> Erişim Tarihi 26 April 2024.

17 Albert E. Hogan, Pacific Blockade (Clarendon 1908), 11-16; Thomas Baty, 'The Institute of International Law on Pacific Blockade' (1896) 21 (4) Law Magazine and Law Review 285, 285-300.

18 Michael G. Fraunces, 'The International Law of Blockade: New Guiding Principles in Contemporary State Practice' (1992) 101 The Yale Law Journal 893, 906. Bkz. Robert W. Tucker, 'The Law of War and Neutralıty at Sea', (United States Government Printing Office 1957), 298. Birleşmiş Milletler üyesi devletlere yüklenen yükümlülükler göz önüne alındığında, "pasifik ablukalarının" hukukiliği bugün çok şüphelidir."

yaptırımlar düzenlemiştir. Söz konusu önlemler/yaptırımlar silahlı kuvvet kullanımını içermeyen veya silahlı kuvvet kullanımını içeren önlemler/yaptırımlar da olabilir. Silahlı kuvvet kullanımını içeren önlemler, BM Şartı m. 42'de tespit edilmiş olup abluka da sayılan yöntemlerden biridir[19]. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere abluka uygulaması BM sistemi uyarınca kuvvet kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Nitekim 1974 tarihli 3314 sayılı BM Genel Kurul kararı ile ortaya konulan saldırı tanımındaki[20] eylemlerden biri de "Savaş ilan edilmiş olsun olmasın … bir devletin liman veya kıyılarının diğer bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması[21]" olarak düzenlenmiştir[22]. Aynı doğrultuda Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü uyarınca belirlenmiş olan suçlardan biri olan Saldırı Suçu'nu oluşturan eylemlerden biri, m. 8bis/2 (c) bendinde[23] "Bir Devletin limanlarının veya kıyılarının başka bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu bütün bu düzenlemeler ışığında ablukanın artık bir zorlama yöntemi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bir kuvvet kullanma biçimi olduğu ifade edilmelidir.

III. ABLUKANIN HUKUKİLİĞİNİN İNCELENMESİ

Abluka tarih boyunca bir zorlama ya da savaş yöntemi olarak kullanılmış olsa da yukarıda değinildiği gibi BM sistemi ile kuvvet kullanımı/saldırı olarak tanımlanmıştır. Bu durumda da istisnai haller dışında, kuvvet kullanma biçimi olarak ablukanın yasaklanmış olduğu ifade edilebilir. Ancak ablukanın yasaklamış olması hiçbir koşulda hukuki bir zeminde uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. *Jus*

---

19 UN, 'UN Charter' <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text> Erişim Tarihi: 15 May 2024.

20 Çalışmada saldırı ifadesi uluslararası hukuk metinlerinde kullanılan "aggression" kelimesine karşılık olarak kullanılmaktadır. Saldırı belirli yoğunluğa ulaşmış şiddet eylemlerinin (attack) karşılığı olarak açıklanabilir. Attack kelimesi şiddet eylemi olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I'de tanımlanmıştır. (Attacks are acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence). Muhammet Celal Kul "Uluslararası Ceza Mahkemesi' nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi" adlı makalesinin girişinde yaptığı açıklama da "attack" kelimesinin saldırıya karşılık, "aggression" kelimesinin ise tecavüze karşılık kullanılması gerektiğini ifade etmiş olsa da Türkçe literatürde genel kullanım olarak aggression kelimesi saldırı olarak kullanıldığı için metinde de saldırı kelimesi kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Celal Kul 'Uluslararası Ceza Mahkemesi' nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi' (2023) (1) İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 86-89, 81-114.

21 UN General Assembly, 'Definition of Aggression' A/RES/3314(XXIX) <https://documents.un.org/doc/resolution/ gen/nr0/ 739/16/pdf/nr073916.pdf> Erişim Tarihi 13 May 2024.

22 Nisan 1982'de Falkland/Malvinas Adaları'nda çatışmaların ortaya çıkması sonrasında, Arjantin'in Güvenlik Konseyinin 502 sayılı kararına uymayarak Falkland adalarından çekilmeyi reddetmesi sonrasında Birleşik Krallık, 7 Nisan 1982 Adalar çevresinde bir deniz dışlama bölgesi (MEZ) kurmuştur. Arjantin ise bu uygulamanın abluka olduğunu ve saldırganlığa ilişkin 3314 sayılı Genel Kurul kararını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bkz. Levie, (n 7), 236.

23 International Criminal Court, 'Rome Statute of the International Criminal Court' <https://www.icc-cpi.int/sites/default/ files/RS-Eng.pdf> Erişim Tarihi 15 May 2024.

cogens normuna dönüşmüş olan kuvvete başvurma yasağının istisnaları mevcuttur, bu durumlar altında devlet kuvvet kullanma hakkını haizdir. Bu istisna hallerinde kuvvet kullanımı uluslararası insancıl hukuk normlarına uygun biçimde silah kullanımını içerdiği gibi ablukaya da başvurulması mümkündür[24]. Ancak bu durumda ya BM Güvenlik Konseyi kararı (BM Şartı m. 42) gerekmektedir ya da devletin meşru müdafaa hakkının (BM Şartı m. 51) doğmuş olması lazım gelmektedir.

BM sistemi ile kolektif güvenlik sistemi kurulmuştur ve uluslararası barış ve güvenliği koruma görevi Güvenlik Konseyine devredilmiştir[25]. Uluslararası bir uyuşmazlık meydana geldiğinde Güvenlik Konseyi, bu uyuşmazlığın m. 39 bağlamında uluslararası barış ve güvenliği tehdit edici nitelikte olup olmadığına karar verme hususunda yetkilidir. Uluslararası barış ve güvenliğin bozulduğu kanaatinde olan Güvenlik Konseyi kolektif güvenlik sistemi bağlamında belirli yaptırımlara başvurma konusunda yetkilidir[26]. Bu bağlamda askeri yaptırım içermeyecek şekilde *".. ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesi*" yaptırımları içerebileceği BM Şartı m. 41'de düzenlenmiştir. Bunların yanı sıra Güvenlik Konseyi BM Şartı m. 42 kapsamında "*hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları*" içeren yaptırımlara karar verebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda uluslararası barış ve güvenliğin bozulduğu hallerde, Güvenlik Konseyinin bir yaptırım kararı olarak abluka uygulanmasına dair karar alması mümkündür. Bu da uygulanacak olan ablukayı meşru zemine taşıyacaktır. Irak'ın, 2 Ağustos 1990 tarihinde, Kuveyt'i işgal etmesi üzerine Güvenlik Konseyi devreye girerek BM Şartı m. 39 bağlamında öncelikle uluslararası barış ve güvenliğin ihlal edildiğine ilişkin karar almıştır[27]. Akabinde ise Irak'a uygulanacak ekonomik yaptırımların yanı sıra açıkça abluka olarak ifade edilmese de ablukanın uygulanmasına ilişkin karar çıkmıştır[28]. Bu kararlar sonrasında Irak'a ve Irak'tan ithalat ve ihracatı engelleyen deniz operasyonları, abluka, ABD, Birleşik Krallık ve Kuveyt ile işbirliği yapan diğer deniz kuvvetleri tarafından hak temelinde yürütülmüştür[29].

---

24 Pazarcı (n 13) 280.

25 Erdem Denk, Birleşmiş Milletler Sistemi (Siyasal Kitabevi 2015), 254.

26 Jale Civelek, 'Birleşmiş Milletler Teşkilatı Tarafından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunmasında Zorlama Tedbirlerinin Alınması, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kurulması ve Bu Kuvvetlerin Hukuki Dayanağı' (1990) 10(1-2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 13, 22-23.

27 UN Security Council, 'Resolution 660' (2 August 1990) <https://digitallibrary.un.org/record/16415?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024.

28 UN Security Council, 'Resolution 661' (6 August 1990) <https://digitallibrary.un.org/record/94220?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024; UN Security Council, 'Resolution 665', (25 August 1990), <https://digitallibrary. un.org/record/95664?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024.

29 Yoram Dinstein, War Aggression and Self-Defence (Cambridge University Press 2011), 320.

Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın ablukanın hukuka uygun olarak uygulanabilmesinin diğer ihtimali ise meşru müdafaa hakkıdır. Bir devlete karşı yapılan saldırı karşısında devletin BM m. 51 hükmü uyarınca meşru müdafaa hakkı gündeme gelecektir.

Egemen devletin en doğal haklarından olan kendini koruma hakkı, meşru müdafaa hakkı ile güvence altına alınmaktadır. BM Şartı uyarınca kuvvet kullanma konusunda yetkiyi elinde bulunduran Güvenlik Konseyi devreye girinceye dek devletler kendilerine yönelmiş olan silahlı saldırıya karşı meşru müdafaa hakkına her zaman sahiptir (BM Şartı m. 51). Devlet meşru müdafaa hakkı ortaya çıktığında (meşru müdafaanın şartları ve içeriği inceleme kapsamında olmadığından detaylandırılmamıştır) doğrudan ya da dolaylı silahlı saldırgan olarak nitelendirilen devletlere karşı kuvvet kullanma hakkına sahip olacaktır. Bu bağlamda meşru müdafaa temelinde devletin saldırana karşı abluka uygulaması da hukuka uygun olacaktır. Kısacası abluka uygulaması söz konusu iki istisnanın yokluğunda uluslararası hukuk açısından meşruiyetini kaybetmiştir. Bu haller dışında saldırı olarak nitelendirilecektir. Ancak Güvenlik Konseyi kararı veya meşru müdafaa hakkı mevcut olduğunda abluka, hukuka uygun olarak başvurulabilecek bir kuvvet kullanma aracıdır.

IV. ABLUKANIN SINIRLARININ BELİRLENMESİ

Abluka uygulanmasının meşruiyet zemini, Güvenlik Konseyi kararına veyahut meşru müdafaa hakkının kullanımına bağlıdır. Ancak hukuka uygun şekilde başlayan ablukanın da uygulaması sınırsız ve kuralsız değildir. Abluka ister hukuka uygun ister hukuka aykırı biçimde uygulanmaya başlasın, belirli sınırlar dâhilinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu sınırlar uluslararası hukuk antlaşmaları, teamül normları, soft-law kurallar ve diğer uluslararası hukuk belgeleri ile belirlenmiştir.

A. Ablukaya İlişkin Mekânsal Sınırların Tespiti

Ablukanın hukuka uygunluğu tespit edilirken ortaya konulması gereken hususlardan biri abluka uygulamasının hangi alanları kapsayabileceğidir. 1909 tarihli Deniz Savaşlarına İlişkin Londra Deklarasyonu[30] m. 1 ablukanın düşmana ait veya düşman tarafından işgal edilen limanların ve kıyıların ötesine uzanmamalıdır şeklindedir[31]. Ancak sonraki tarihli belgelerde buna ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Ancak uygulamada ablukanın karasularının dışında açık denize kadar uzandığı görülmektedir. Deniz savaşlarına ilişkin San Remo Kurallarının 99. kuralında ablukanın tarafsız devletlerin limanlarına ve kıyılarına erişimi engellemeyecek şekilde uygulanacağı öngörülmüş olsa da açık denizde uygulamaya ilişkin bir kural getirilmemiştir. Açık

[30] Deklarasyonu imzalayan devletler; Avustusya- Macaristan, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda, Rusya Federasyonu, İspanya, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'dir.

[31] Declaration Concerning the Laws of Naval War (26 February 1909) <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/london-decl-1909> Erişim Tarihi 1 June 2024.

bir kuralın bulunmaması halinin, bu uygulamanın (açık denizlere kadar uzanan bir abluka) bir opinio juris mi oluşturduğu yoksa bunun aslında hukuk ihlali mi olduğu belirlenmeye çalışılacaktır. İlk bakışta belki ablukanın mesafesine ilişkin bir yasağın bulunmadığı ve yasak yoksa bunun hukuki olduğu ifade edilebilir. Ancak doğrudan ablukaya ilişkin olmasa da deniz hukukuna ilişkin kurallardan kıyasen bir hukuki çerçeve çizilebilir. Öncelikle 1982 BMDHS m. 87 uyarınca "Açık denizler, sahili bulunsun veya bulunmasın bütün devletlere açıktır.", bunun yanı sıra 88. maddede ise açık denizin barışçıl amaçlarla kullanılacağını düzenlemektedir. 89. madde ise bu alanların egemenlik tahsisinden müreffeh olduğunu ortaya koyar.

Ablukanın aslında bir kuvvet kullanma biçimi olup sadece meşru müdafaa veya BM Güvenlik Konseyi kararı ile uygulanabilmektedir. Söz konusu iki durum da devletin egemenliğine yöneltilen sınırlamalardır. Bu sınırlamalar meşruiyetini BM Şartından almaktadır. Bu sebepledir ki iki halde de abluka uygulaması hukuka uygun hale gelecektir. Bu uygulamanın devletin ülkesini oluşturan kara, hava veya deniz ülkesinde gerçekleşmesinde bir tereddüt mevcut değildir. Ancak devletin deniz ülkesinin dışında kalan açık deniz için yukarıda değinilen ilkelere göz atmak lazımdır. Bu ilkeler doğrultusunda öncelikle açık deniz, her devletin kullanımına tahsis edilmiş durumdadır. Bu durumda söz konusu alanda abluka uygulanması, sadece meşru müdafaanın ya da Güvenlik Konseyi kararının yöneldiği devletin egemenlik hakkını askıya almaz, diğer tüm devletlerin de denizden faydalanma hakkını kullanmasını engeller. Nitekim ablukanın amacı abluka uygulanan devletin yalnızlaştırılması, devleti zayıf düşürmek ve yardımın engellenmesi olduğuna göre uygulamanın açık denize uzatılması amaca hizmet eder mahiyette değildir. Söz konusu amaç için karasularına girişin engellenmesi yeterli olacaktır.

BMDHS m. 88 uyarınca söz konusu alanın barışçıl amaçlarla kullanılacağı belirtilmiştir. Abluka ise barışçıl bir yöntem değil, kuvvet kullanımı niteliğindeki bir yöntemdir. Bu sebeple ablukanın söz konusu alanda uygulanması yine deniz hukuku ilkelerine uyumlu olmayacaktır[32]. Yine aynı sözleşme içerisinde açık denizde gemilere müdahale yetkisi tahdidi olarak sayılarak sınırlanmıştır. Bu haller içerisinde abluka yer almamaktadır. Ancak deniz savaşlarına ilişkin kuralları tespit eden San Remo Kuralları 98 ve 146. kuralda, ablukayı ihlal eden ya da etmeye çalışan gemilere müdahale edilebileceği düzenlenmiştir. Bu durum aslında BMDHS'nin açık denizde müdahaleyi mümkün kılan halleri genişleten bir durumdur[33]. Ancak bu kural BMDHS m. 111'de düzenlenen kesintisiz izleme hakkıyla uyumlu şekilde uygulanırsa hukuki çerçeve içinde kalmış olur[34]. Söz konusu hüküm kesintisiz

---

[32] Sondre Torp Helmersen, 'The Use of Force Against Neutral Ships Outside Territorial Waters' (2022) 35 Leiden Journal of International Law 315, 315-335. Aksi görüş için bkz. Douglas Guilfoyle, 'The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict' (2011) 81(1) British Yearbook of International Law 171, 171–223.

[33] Ian Brownlie, Principles of Public International Law (Oxford Press 1999), 242.

[34] Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta Yayınevi 2006), 121.

izleme hakkını, kıyı devleti yetkisine vermiştir. Çünkü söz konusu devletin deniz ülkesinde gerçekleşen bir ihlal mevcuttur ve devlet egemenlik yetkisini kullanarak m. 111'deki şartlara uygun biçimde egemenliğini açık deniz alanlarına uzatmaktadır. Abluka uygulaması ile söz konusu deniz alanında geçici süreli egemenliği kullanma yetkisinin el değiştirdiği düşünülürse, bu alanda gerçekleşen abluka ihlaline ilişkin geçici biçimde egemenliği elinde bulunduran abluka uygulayan devletin açık denizde ihlalci gemileri kesintisiz takip etmesi ve müdahalesi hukuki zemine oturtulabilir.

Açık denizden faydalanma hakkının tüm devletlere ait olması sebebiyle ablukanın bu alana uzatılamayacağı ifade edildikten sonra yine BMDHS m. 17 ile düzenlenmiş ve tüm devletin faydalanma hakkı olan başka bir devletin karasularından zararsız geçiş hakkının da incelenmesi gerekmektedir. Devletin egemenliği altında olan karasularında devletin egemenliği ile seyrüsefer serbestisi dengelenmeye çalışılarak devletlere zararsız geçiş hakkı tanınmıştır[35]. Ancak burada devletin egemenliği de korunarak BMDHS m. 25/3 uyarınca devletin güvenliği için gerekli hallerde zararsız geçişi askıya alabileceği düzenlemiştir[36]. Abluka ile devletlerin sahip olduğu zararsız geçiş hakkını kullanmaları engellenmektedir. Bu durumda yine söz konusu alanda egemen yetkilerin geçici biçimde ve amaca hizmet edecek şekilde el değiştirdiği kabulüne bağlı olarak, abluka uygulayan devletin zararsız geçişi askıya alma hakkından ve bu hakka bağlı olarak karasularına geçişi engelleyecek biçimde abluka uygulayabileceği söylenebilir.

BMDHS ile San Remo kuralları birlikte okunduğunda, abluka uygulamasının açık denize taşmayacak şekilde uygulanması gerekmektedir. Ancak abluka uygulayan devlet ablukanın ihlali halinde söz konusu gemilere kesintisiz izleme hakkı çerçevesinde açık denizde de müdahale de bulunabilir. Aynı mantık ile abluka uygulayan devlet, karasularından geçiş hakkını askıya alarak abluka uyguladığı alana giriş çıkışları yasaklayabilir.

B. Ablukanın Uygulanmasına İlişkin Düzenlemelerde Belirlenen Sınırlar

Ablukanın hukuki niteliğinin tespitinden sonra abluka uygulamasının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin de bazı düzenlemeler mevcuttur. Ablukanın uygulanmasına ilişkin kurallar tarih boyunca benzerlik gösterse de farklı düzenlemeler de içermektedir. Öncelikle abluka uygulanacak devletin egemenliğini kullandığı alana ilişkin bir sınırlama getirdiği ve devletlerin belirli bir bölgeye giriş çıkışının engellenmesi olduğu için bu yasaklamanın uygulanacak devlete ve diğer devletlere bildirilmesi gerekmektedir. Ablukayı bildirme bütün düzenlemelerde yer alan bir kuraldır. Düzenlemelerdeki diğer kurallar ise çeşitli şekildedir.

---

35 Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş (Cilt 1, Ankara Üniversitesi Basımevi 1968), 414.

36 Yoshifumi Tanaka, The International Law of the Sea (3rd edn, Cambridge University Press 2019), 114.

Abluka ilişkin ilk düzenleme 1887 tarihli Uluslararası Hukuk Enstitüsünce kabul edilen "Savaş Durumu Olmadığı Durumlarda Ablukaya İlişkin Bildiri"dir[37]. Söz konusu bildiri uyarınca öncelikle uygulanacak ablukanın resmen ilanı gerekmektedir. Söz konusu abluka hangi devlete karşı uygulanıyorsa o devlet bayraklı gemilere uygulanabileceği, yabancı bayraklı gemilerin ise giriş çıkışına izin verilmesi gerekliliği ortaya konulmuştur. Böylelikle ablukanın sadece ablukanın uygulandığı devlet gemilerine yöneltilmesiyle, devletin zorlama yöntemine başvurması ile denizlerde seyrüsefer serbestliği ilkesi dengelenmeye çalışılmıştır.

İnsancıl hukuk normlarını bir araya getirme çabası içinde hazırlanmış olan 1907 tarihli Kara Savaşı Kuralları'nın 23. maddesinde de mallara el koymanın ancak askeri gereklilik çerçevesinde yapılacağı düzenlenmiştir. Abluka uygulanması halinde de aynı norm işletilerek el konulabilecek mallar ancak askeri gereklilik ihtiva ediyorsa mümkün olacaktır.

Sonrasında ise insancıl hukuka ilişkin bazı teamül hukuku normlarını bünyesinde barındıran 1909 tarihli Deniz Savaşlarına ilişkin Londra Deklarasyonu'nda, deniz ablukasının meşruiyeti açıkça kabul edilmiştir[38]. Metin uyarınca da ablukanın ilanı gerekliliği belirtilirken, ilanın içeriğine ilişkin daha detaylı bir düzenleme getirilmiştir. Düzenlemeler uyarınca, abluka uygulayacak devlet, ablukanın başlayacağı tarihi, uygulanacağı kıyı şeridinin coğrafi sınırlarını devletlere bildirmekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra abluka sırasında tarafsız gemilerin çıkış yapılabileceği süreler yine devletlere deklare edilmelidir[39]. Söz konusu ilanlar devletin yetkili makamlarınca yerine getirilmelidir. Bu yetkili makam devletin hükûmeti olabileceği gibi onun namına hareket eden komutanlar da olabilir[40]. 1887 tarihli bildiri ile paralel şekilde düzenlenmiş olan deklarasyon ile abluka ile tarafsız limanlara veya kıyılara erişimin engellememesi gerekliliği ortaya konulmuştur.

Silahlı çatışmalarda uygulanacak olan insancıl hukuk normlarını kodifiye etmiş olan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde yer alan hükümlerle ablukanın sınırlarının belirlenmesi de mümkündür. Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi m. 23 uyarınca silahlı çatışmanın tarafları sivil halkın kullanımında olan ilaç, sıhhi malzeme ve dini eşyaların geçişine müsaade etme yükümlülüğü altındadır. Bunun yanı sıra taraflar 15 yaşından küçük çocuklara, gebe ve lohusa kadınlara gerekli olan yiyecek, giyecek ve kuvvet verici maddelerin geçişine de izin verme mükellefiyetindedir. Bu madde ilaç yiyecek temini daha sınırlı bir gruba atfedilmiş gibi görünse de sözleşmenin devamı maddelerinde bütün halkı

---

37 Institut de Droit International, 'Blockade in the Absence of a State of War' (1887) <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Annexe-1bis-Compilation-Resolutions-EN.pdf> Erişim Tarihi 5 June 2024.

38 Wolff Heintschel von Heinegg, 'The Law of Armed Conflict at Sea' in D. Fleck (ed.), The Handbook of International Humanitarian Law (2nd edn, Oxford University Press 2008), 586.

39 Declaration Concerning the Laws of Naval War (n 31).

40 Tütüncü (n 34) 119.

kapsayıcı şekilde genişletilmiştir. Aynı sözleşme m. 55 uyarınca ise silahlı çatışmalarda taraflar halka lüzumlu iaşeyi (yemek, barınma gibi ihtiyaçları) karşılamakla mükelleftir. Söz konusu ihtiyaçlar devlet tarafından karşılanamıyorsa devletin, insani yardım kuruluşları gibi üçüncü tarafların bu ihtiyaçları karşılamasına izin vermekle yükümlü olduğu da sözleşmede düzenlenmiştir[41]. Bu durumda abluka uygulaması sonucunda halkın iaşeye ulaşımı engellenmemeli ve yaşam koşulları sağlanmalıdır, insani yardım ulaştırma amacıyla hareket eden kuruluşlara ve devletlere uygulanmamalıdır[42]. Söz konusu yardımlar düşmanca bir amaç taşımamalı, tarafsız olmalı ve insani amaçlı yerine getirilmelidir. Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I m.70 uyarınca yardımların ulaştırılması her ne kadar savaşan tarafların onayına bağlı olsa da sivil halkın gereksinimlerinin tam sağlanamaması halinde, onaydan kaçınılmaması gerekmektedir[43]. Ancak söz konusu maddenin abluka için uygulanmasına ilişkin itirazların varlığı da bir gerçektir[44]. 2001 yılında Fransa[45], 2002 yılında ise Birleşik Krallık[46], söz konusu 70. maddenin deniz ablukasına uygulanacak şekilde anlamadığını deklare etmiştir.

Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I m. 54/1 uyarınca da sivillerin aç bırakılması yasaklanmıştır. Bu sebeple abluka uygulanırken sivil halkın aç bırakılmasını hedefleyecek biçimde uygulanamayacağı da açıktır[47]. Ancak yine Protokol'ün 49. Maddesindeki ifadeden yola çıkarak 54. maddenin de içinde yer aldığı IV. Bölümdeki kurallarının deniz savaş hukuku kurallarını etkilemeyeceğini bu sebeple de söz konusu maddelerin deniz ablukası için ileri sürülemeyeceği de iddialar arasındadır. Ancak buna karşılık aç bırakma yasağının istisnasız uygulanması gerektiği de ileri sürülen bir diğer argümandır[48].

---

41 Arsava (n 6) 6.

42 Güvenlik Konseyi Karar ile uygulanan Irak Ambargosuna ilişkin 666 sayılı Güvenlik Konseyi Kararında oluşturulan Komitenin acil insani ihtiyacın varlığını değerlendirerek Konseye bildireceğine ve bu doğrultuda gıda maddelerinin Birleşmiş Milletler aracılığıyla, Uluslararası Kızılhaç Komitesi veya diğer uygun insani yardım kuruluşlarıyla işbirliği içinde sağlanacağını emretmiştir. Bkz. UN Security Council, 'Resolution 666' (13 September 1990) <https://digitallibrary.un.org/record/96569?v=pdf> Erişim Tarihi 10 June 2024.

43 Michael Cottier and Emilia Richard, 'War Crimes' in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), Commentary on the Rome Statute of the ICC (3rd edn, Oxford/Baden-Baden/München 2016), 514.

44 Phillip J. Drew, 'Can We Starve the Civilians? Exploring the Dichotomy between the Traditional Law of Maritime Blockade and Humanitarian Initiatives'(2019) (95) International Law Studies 302, 318.

45 Declaration of France, 11.04.2001, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties/FR> Erişim Tarihi 10 November 2024.

46 Declaration of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 28.01.1998, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties/gb?activeTab=> Erişim Tarihi 10 November 2024.

47 Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Kluwer Academic Publishers 1987), 654.

48 Detaylı bilgi için bkz. Drew (44) 314-317.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar içinse 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri Ortak m. 3 ve Ek Protokol II hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Ortak m. 3 açıkça aç bırakılmaya ilişkin bir düzenleme yapmasa da sivil olanların herhangi bir ayrım gözetilmeksizin insani muamele görecekleri düzenlenmiştir. İnsani muamele olarak bu kişilerin hayatlarını idame ettireceği mal ve yiyeceğe ulaşımının sağlanmasını kapsayacağı ifade edilebilir. Nitekim Ek Protokol II m.14 ile de diğer Cenevre Sözleşmelerindeki düzenlemelere paralel olarak, sivilleri aç bırakmanın çatışma yöntemi olarak kullanılması yasaklanmıştır.

Ablukaya ilişkin en güncel düzenleme ise 1995 tarihli Denizde Silahlı Çatışmalara Uygulanacak Uluslararası Hukuka İlişkin San Remo El Kitabı'nda yer almaktadır. Adı geçen el kitabında, ortaya konulan kurallar önceki düzenlemeler ile uyum içindedir. Söz konusu metin Cenevre Sözleşmelerinde yer alan sivilleri açlıktan koruyan hükümler bağlamında ablukanın dışlanması talebini karşılamamış ve sivilleri koruyan hükümleri teyit etmek ve geliştirme amacına uygun olarak 102. ve 103. kuralları düzenlemiştir. El kitabı uyarınca da abluka öncelikli olarak ilan edilecek ve devletlere bildirilecektir. Bu bildiri, ablukanın başlangıç tarihini, süresini, konumunu ve kapsamını ve tarafsız devletlerin gemilerinin abluka altına alınacak bölgeden ayrılabilecekleri süreyi içermesi gerekmektedir. Abluka yerine getirilirken tarafsız devletlerin kıyılarına erişim ise engellenmemeli ve tüm devletlerin gemilerine tarafsız şekilde uygulanmalıdır[49]. Böylelikle el kitabında ablukanın bir savaş yöntemi olarak kullanabileceği ortaya koyulmuştur. El kitabı bu düzenlemelerin yanı sıra insancıl hukuk paralelinde de ablukaya ilişkin sınırları düzenlemiştir. Bu bağlanmada, sivil halkın aç bırakılması veyahut hayati ihtiyaçları için gerekli nesnelerden mahrum bırakılması amacıyla ablukanın ilan edilmesi Kurallar 102/a uyarınca yasaklanmıştır. Bunun yanı sıra, aynı Kuralın (b) bendinde abluka uygulaması ile ulaşılacak olan askeri fayda ile sivil halka verilen zarar arasında orantı olması gerektiği, verilen zararın aşırı olmaması gerektiği düzenlenmiştir. Abluka ile temel amacı sivillerin aç bırakılması olmamalıdır ve bunun yanı sıra abluka uygulamasıyla orantılılık ilkesine uygun olarak sivillerin uğrayacağı zarar ile öngörülen askeri avantaj orantılı olmalıdır[50]. Kurallar 103'te ise sivil halkın yiyeceğe ve hayati önemi haiz malzemelere ulaşımı yetersiz olduğu takdirde, abluka uygulayan devlet arama ve geçiş güzergâhını belirleme veyahut malzeme dağıtımının bir koyucu güç veya Kızılhaç komitesi gibi tarafsızlığı garanti eden insani kuruluş tarafından gerçekleştirilmesi şartına bağlı olarak sivil halka yiyecek ve hayati malzemelerin serbest geçişine izin verme yükümlülüğü getirilmiştir.

---

[49] San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea (1995) <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/san-remo-manual-1994/article-93-108> Erişim Tarihi 5 June 2024.

[50] Yoram Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict (Cambridge University Press 2004), 138.

Kısacası 1995 tarihli düzenleme ile ablukanın savaş yöntemi olarak kullanımı kabul edilmiş olsa da bunun sadece askeri gereklilik ile orantı çerçevesinde uygulanabileceği ve sivil halkın açlığa mahkûm edilemeyeceği, temel ihtiyaçlarından mahrum edilemeyeceği de belirtilmiştir. Metin her ne kadar bağlayıcı niteliği haiz olmasa da teamülün unsuru olan *opinio jurisi* tespitte önemli bir araç teşkil etmektedir.

Kızılhaç Komitesi tarafından insancıl hukuka ilişkin teamül normlarının düzenlendiği çalışmada, sivillerin aç bırakılması 53. maddede, insani yardıma erişim ise 55. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler uyarınca, uluslararası insancıl hukuk uluslararası nitelikte olsun olmasın her türlü çatışma halinde, savaşın tarafı olmayan sivillerin aç bırakılması ve insani yardıma erişimin izin verilmemesi yasaklanmıştır[51].

Abluka uygulamasının amacı silahlı çatışmalar esnasında düşman devletin hareket kabiliyetini kısıtlamak ve yardım ulaşmasını engellemektedir. Bu sebeple abluka yürütülürken bu amaçlara hizmet edecek şekilde uygulanmalıdır. İnsancıl hukuk normları bağlamında silahlı çatışmaların tarafı olanlar bu çatışmalar esnasında kullanacakları araç ve yöntemler açısından sınırsız bir hakka sahip değildir[52]. Gerçekleştirilen bütün silahlı çatışmaların gereksiz acılara sebep vermeden ve askeri hedefe yönelik olarak yürütülmesi esas unsurdur.

Silahlı çatışmalar esnasında uygulanacak hem teamül normları hem sözleşme hükümleri abluka için de aynı doğrultuda geçerlidir. İster hukuka uygun bir zeminde ister hukuka aykırı bir zeminde uygulanan abluka esnasında, insancıl normlar çevresinde hareket edilmesi uluslararası hukukun gereğidir. Bu bağlamda ablukanın meşruiyeti dışında (saldırı olarak mı, Güvenlik Konseyi kararı temelinde mi yoksa meşru müdafaa temelinde mi olduğunun önemi olmaksızın) her hâlükârda öncelikle ilan edilmeli, tarafsız gemilerin giriş ve çıkışı kısıtlanabilir olsa da tam olarak engellenmemeli, insani yardımın ulaşmasına izin verilmemeli ve hiçbir şartta sivil halkın aç bırakılmasına yönelik olmamalıdır.

V. ABLUKADA SINIRIN AŞILMASI

Öncelikle ablukanın Güvenlik Konseyi kararına dayanmaması veya meşru müdafaa kapsamında uygulanmaması halinde saldırı olarak nitelendirileceği ifade edilmişti. Bu durumda saldırı karşında alınabilecek önlemler abluka içinde geçerli olacaktır. Meşru biçimde abluka uygulamayan devlete karşı kolektif güvenlik sistemi devreye girerek önlem alınabileceği gibi, abluka uygulanan devletin meşru müdafaa hakkı da doğacaktır. Ancak bütün bunların orantılı şekilde kullanılması gerekliliği de gözden kaçmamalıdır.

---

51 ICRC, 'Rules of Customary International Humanitarian Law Rule 53' <https://ihl-databases.icrc.org/en/ customary-ihl/v1/rule53> Erişim Tarihi 15 June 2024; ICRC, 'Rules of Customary International Humanitarian Law Rule 55' <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule55> Erişim Tarihi 15 June 2024.

52 Arsava (n 6) 5.

Bunun yanı sıra Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünde düzenlenen 4 suç kategorisinden biri de saldırı suçudur. 2010 yılında Kampala Gözden Geçirme Konferansı'nda kabul edilen ve 17 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren Saldırı suçuna ilişkin m. 8bis uyarınca "Bir devletin liman veya kıyılarının diğer bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması" saldırı suçu teşkil edecektir. Abluka uygulaması için diğer sınırlar olan ilan edilme hali, belirlenen coğrafi sınırlara riayet etme veya gemiler arasında ayrım yapmama durumları ihlal edildiğinde ise bu bir uluslararası hukuk ihlali olarak değerlendirilebilecek ve devletlerin haksız fiilden doğan sorumluluğuna gidilebilecektir.

Abluka uygulaması bir savaş aracı olduğu için silahlı çatışmalar esnasında uygulanan insancıl hukuk normları bu durumda da uyulması gereken normlardır. Uluslararası insancıl hukuk normları uyarınca hem Cenevre Sözleşmeleri hem de teamül normları açısından sivil halkın aç bırakılması ve temel ihtiyaçlarına erişimin imkânsız kılınması yasaklanmıştır. Bu sebeple abluka uygulamalarının da bu çerçevede gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aç bırakma hali sadece yiyecek ve içeceğe erişimin kısıtlanması değil, bunun yanı sıra insani yaşamı sürdürebilmek için elzem olan tıbbi ihtiyaç, ısınma gibi temel ihtiyaçları da kapsamaktadır[53].

Silahlı çatışmalar esnasında insancıl hukuk normlarının ihlali öncelikli olarak savaş suçu olarak telakki edilebilecektir. Nitekim bu durum Roma Statüsü m. 8/II (b)'de düzenlenmiştir ve uluslararası silahlı çatışmalarda sivil halkın aç bırakılması ve Cenevre Sözleşmeleri ile güvence altına alınan yardım malzemelerinin ulaşmasının bilerek engellenmesi savaş suçu olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte geniş yorumlanarak sivil halkın açlığa mahkûmiyeti sebebiyle yer değiştirmek zorunda kalması sivil nüfusun dolaylı olarak ülke sınırları içinde veya dışında sürülmesi olarak değerlendirilerek savaş suçu olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bütün bu düzenlemeler ancak uluslararası silahlı çatışmalar için düzenlenmiştir.

Roma Statüsü m. 8/II'de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar da savaş suçunu oluşturan eylemler düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler içinde sivil halkın aç bırakılması veyahut bu minvalde bir düzenleme bulunmamaktadır[54]. Ancak sivil halkın yaşam hakkının ihlali ve kişiye karşı şiddet, zalimane muamele ve işkence yasaklanmıştır. Sivil halkın aç bırakılması bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Kişinin yaşam hakkına müdahale sadece icrai bir faaliyetle değil ihmali suretle de gerçekleştirilebilir. Kişilerin aç bırakılarak ölümüne sebep olmak yaşam hakkının ihlali doğuracaktır. Ölümle sonuçlanmayan aç bırakılma hali ise işkence veyahut zalimane muamele kapsamında değerlendirilebilir.

---

53 Cottier and Richard (n 43) 511.

54 Junteng Zheng, 'Unlawful Blockades as Crimes Against Humanity' (2018) 22(5) American Society of International Law <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/5/unlawful-blockades-crimes-against-humanity> Erişim Tarihi 25 June 2024.

Savaş suçu kategorisinin yanı sıra sivil halkın aç bırakılması insanlığa karşı suç kapsamında da ele alınabilir. Uluslararası niteliğe haiz olsun olmasın silahlı çatışmalar esnasında herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik işlenen belirli fiiller insanlığa karşı suç olarak nitelendirilmektedir[55]. Söz konusu fiillerden biri de Roma Statüsü m. 7/1 (b)'de düzenlemiş olan toplu yok etmedir. Toplu yok etme ise m. 7/2 (b) nüfusun bir bölümünü yok etme amacıyla yapılan yiyecek ve ilaca erişimden mahrum bırakma ve yaşam koşullarının kasten kötüleştirilmesi olarak açıklanmıştır. Bu bağlamda ablukanın yaygın ve sistematik biçimde nüfusun yok edilmesi amacıyla halkın açlığa mahkûm edilmesi veya ilaca erişimin kesilmesini içerecek şekilde uygulaması halinde insanlığa karşı suç olarak nitelendirilebilir. Söz konusu suçun oluşumu için kasıt aranmaktadır, uygulanan abluka sivil halkın aç bırakılması niyetiyle yapılıyorsa veyahut yardımların ulaşması sivil halkın aç kalması için engelleniyorsa bu takdirde suç oluşacaktır.

Aç bırakma kastının ötesinde eğer uygulama bir ulusal, etnik, ırkın ya da dini grubun tamamen veyahut kısmen yok edilmesi amacına özgülenmişse bu durumda Roma Statüsü m. 6/b bendi uyarınca soykırım olarak da nitelendirilebilecektir. Burada aç bırakma eylemini savaş suçundan soykırıma evrilmesine sebep olacak unsur kastın yöneldiği amaçtır. Kasıt herhangi bir sivil grubun aç kalmasına yönelmişse savaş suçu olacakken belirli özel bir grubun yok edilmesine yönelikse soykırım olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ YERİNE

Yakın tarihli bir abluka uygulaması olarak, İsrail'in Gazze Şeridinde uygulamış olduğu ablukanın sonuç niyetine incelenmesi yerinde olacağı kanaatindeyiz. 2006 yılında gerçekleşen seçimlerde Hamas'ın mecliste çoğunluğu elde etmesiyle İsrail Filistin'e yönelik baskılarını arttırmış, belirli yaptırımlara başvurmuştur. Bu yaptırımlardan biri olarak bölgeye iaşe tıbbi malzeme ve yakıt girişinin engellenmesidir. Süreç boyunca imzalanmış olan ateşkes ile uygulama kesintiye uğrasa da 3 Ocak 2009 tarihinde İsrail, Gazze'ye ait deniz sahasının tamamen seyrüsefere kapatılarak, silah ve mühimmat girişini engellemek amacıyla Gazze Şeridinde abluka uygulayacağını bildirmiş ve uygulamıştır[56]. Bunun akabinde Güvenlik Konseyi 1860 sayılı kararı ile Gazze'de derinleşen insani krize ilişkin endişelerini belirerek, Gazze'deki geçişlerde insan ve mal geçişinin düzenli ve sürekli akışının sağlanmamasının yanı sıra insani yardım, gıda, yakıt, tıbbi yardım gibi iaşelerin Gazze'ye tedarik ve dağıtımının engelsiz biçimde sağlanması gerekliliğini vurgulamıştır[57]. BM Güvenlik Konseyi'nin 1860 sayılı kararına rağmen, İsrail'in uygulamaları devam etmiştir.

---

55 Zheng (n 54).

56 State of Israel Ministry of Transport and Road Safety, 'Blockade of Gaza Strip' <https://www.gov.il/en/pages/mariners-1-2009> Erişim Tarihi 1 July 2024.

57 UN Security Council, 'Resolution 1860' (8 January 2009) <https://digitallibrary.un.org/record/645525?v=pdf> Erişim Tarihi 5 July 2024.

İsrail›in Gazze›de uyguladığı abluka, uluslararası hukuk perspektifinden oldukça tartışmalı bir konudur.

2009 yılında başlayan abluka sonrasında durumun değerlendirilmesi için önemli bir olay olan Mavi Marmara olayı ve olay üzerine BM'nin iki farklı komisyonu tarafından hazırlanan raporlar tartışma için önemli elementlerdir.

31 Mayıs 2010 tarihinde Gazze'ye insani yardım götürmekte olan konvoya karşı İsrail abluka sebebiyle müdahale etmiş ve kuvvet kullanması sonucu ölüm ve yaralanmalar yaşanmıştır[58]. Yaşanan olay üstüne BM İnsan Hakları Konseyi Araştırma Komisyonu ve BM Genel Sekterince oluşturulan Soruşturma Komisyonu rapor hazırlamıştır. Ancak ne yazık ki iki rapor birbiriyle taban tabana zıt ifadeler içermektedir[59]. Soruşturma Komisyonu raporu (Palmer Raporu)[60] İsrail'in uyguladığı ablukanın bir hukuki güvenlik önlemi olup uluslararası hukuka uygun olduğunu ve bunun yanı sıra Mavi Marmara gemisine müdahalenin de meşru müdafaa kapsamında olup yine uluslararası hukuka uygun bir eylem olduğunu içermektedir. Söz konusu rapor uluslararası hukuk alanında eleştirilmiştir. Aynı konuya ilişkin Araştırma Komisyonu raporu ise hukuki temelden yoksun olması sebebiyle ablukanın uluslararası hukuka uygun olmadığını ve bu kapsamda müdahalenin de meşru müdafaa olarak değerlendirilemeyeceğini söylemiştir. Her iki raporun temelde çatışma noktası ablukanın hukuka uygun biçimde olarak uygulanmaya başlamasına ilişkindir. Metinde değinildiği üzere abluka bir kuvvet kullanım aracı olarak telakki edilmektedir. Bu sebeple hukuki çerçevede uygulanmasının ön koşulu ya BM Güvenlik Konsey kararının varlığı ya da meşru müdafaa şartlarının yerine gelmiş olmasıdır. İsrail meşru müdafaa kapsamında abluka uyguladığını iddia etse de[61]

---

58 Olayın incelenmesi için bkz. Derya Aydın Okur and Meltem Sarıbeyoğlu Skalar and Hakkı Hakan Erkiner, 'Mavi Marmara Faillerinin Yargılanması Talebi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi' (2010) Güncel Hukuk 32, 32-37; Guilfoyle (n 32) 171–223.

59 Yusuf Aksar, 'Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk' (2012) 9(33) Uluslararası İlişkiler 23, 23-40.

60 UN, Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, Eylül 2011. 2 Ağustos 2010 tarihinde BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon'un kararı ile ikisi tarafsız olmak üzere dört üyeden oluşan Soruşturma Komisyonunda eski Kolombiya Devlet Başkanı Alvaro Uribe ve eski Yeni Zelanda Başbakanı Geoffrey Palmer bağımsız üye olarak görev yapmıştır. İsrail tarafından Joseph Ciechanover, Türkiye tarafından ise Süleyman Özdem Sanberk görevlendirilmiştir. Söz konusu rapor Eylül 2011'de yayınlanmıştır. Geoffrey Palmer heyete başkanlık ettiği çin rapor kısaca Palmer raporu olarak isimlendirilmektedir. Raporun bir bağlayıcılığı olmasa da İsrail'in iddialarını desteklediği, Gazze ablukasını meşru olarak nitelendirdiği için dikkat çekicidir. Raporun metni için Bkz. the Secretary General's Panel, 'Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Gaza Flotilla Incident' (September 2011) < https://digitallibrary.un.org/record/720841?v=pdf> Erişim Tarihi 1 August 2024; Rapora yönelik eleştirel bir çalışma için bkz. Norman G. Finkelstein, 'Torpedoing the Law: How the Palmer Report Justified Israel's Naval Blockade of Gaza' (2011) 13(4) Insight Turkey 11, 11-29.

61 Meşru müdafaanın doktrinde tartışmalı iki türü mevcuttur. İlki önleyici meşru müdafaa olup gerçekleşmesi muhakkak olan saldırıya karşı yapılan meşru müdafaa halidir ve uluslararası hukuk doktrinin de genellikle hukuka uygun olduğu kabul edilir. Bir diğeri ise ön alıcı meşru müdafaa olup bunda

meşru müdafaa orantılı olmalı ve cezalandırma amacı içermemelidir. Ancak İsrail 2009'dan bugüne dek Gazze'de abluka uygulamaktadır. Bütün bu uygulama meşru müdafaa olarak addedilmekten çok uzaktadır.

İsrail'in iddia ettiği gibi meşru müdafaa bağlamında ablukaya başladığı kabul edilse dahi, insancıl hukuk normlarını belirleyen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokollerde ve yine Denizde Silahlı Çatışmalara Uygulanacak Hukuka İlişkin Kuralların tespit ettiği San Remo Kurallarında, ablukanın uygulanmasını düzenleyici kurallar bulunmaktadır. San Remo Kuralları uyarınca ablukanın ilan edilmesi gerekli olup İsrail 3 Ocak 2009 tarihinde bu bildirimi yerine getirmiştir. Ancak aynı metindeki diğer kurallar sivil halkın aç kalmasına ve temel ihtiyaçlarına erişimin engellenmesine sebep olmamalıdır. Aynı paraleldeki düzenlemeler 4. nolu Cenevre Sözleşmesi m. 55 uyarınca ise silahlı çatışmalarda taraflar halka lüzumlu iaşeyi (yemek, barınma gibi ihtiyaçları) karşılamakla mükelleftir. Aynı doğrultuda Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I m. 54/1 uyarınca da sivillerin aç bırakılması yasaklanmıştır. Bu durumda abluka hukuka uygun olarak uygulanıyor ise sivillerin temel ihtiyaçlarına erişiminin engellenmemesi gerekmekte iken Gazze'ye yönelik uygulanan abluka siviller üzerinde insani krize yol açan boyutta olduğu[62] ve bu

saldırının gerçekleşme riskine karşı yapılan bir müdafaa biçimidir, bu konsept ise ağırlıklı olarak hukuka uygun olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdâfaa (Seçkin Yayıncılık 2020), 206. İsrail ön alıcı meşru müdafaa kapsamında 1981'de Irak'ın nükleer programının kendisi için tehdit oluşturduğundan bahisle Osirak nükleer reaktörüne saldırmıştır. Bkz. Alexander Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction to International Law (9th edn, Routledge 2022), 490. İsrail bunun meşru müdafaa hakkına dayandığını iddia etse de Güvenlik Konseyi İsrail'in saldırısının BM Şartını ve uluslararası hukuku ihlal ettiği ve bu saldırıyı kınadığı yönünde karar almıştır. Bkz. UN Security Council, 'Resolution 487' (19 June 1981) <https://digitallibrary.un.org/record/22225?v=pdf> Erişim Tarihi 5 August 2024. Bu açıdan İsrail'in politika olarak kabul ettiği meşru müdafaa konsepti uluslararası hukuk tarafından hukuka uygun kabul edilen meşru müdafaa kapsamına girmemektedir.

62 Güney Afrika tarafından İsrail'e karşı UAD önünde başlatılan dava sürecinde 28 Mart 2024 tarihli kararında Mahkeme Filistin'de açlığın ve kıtlığın varlığını ortaya koyacak biçimde; "Gazze›deki Filistinlilerin karşı karşıya kaldığı kötüleşen yaşam koşulları, özellikle de kıtlık ve açlığın yayılması göz önünde bulundurulduğunda, İsrail, Birleşmiş Milletler ile tam işbirliği içinde, gecikmeksizin, kara geçiş noktalarının kapasitesini ve sayısını artırarak ve gerektiği kadar uzun süre açık tutarak, ilgili tüm taraflara, gıda, su, elektrik, yakıt, barınak, giyim, hijyen ve sanitasyon gereksinimleri ile tıbbi malzeme ve tıbbi bakım dahil olmak üzere acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımının sağlanması için gerekli ve etkili tüm önlemleri almasına" hükmetmiş. Bkz. ICJ, Order (28 March 2024) <https://www.icj-cij.org/node/203847≥ Erişim Tarihi 1 August 2024; Dünya Gıda ve Tarım Organizasyonu tarafından 2024 yılı için hazırlanan gıda güvenliğine ilişin rapor uyarınca "Filistin'de, Gazze Şeridi nüfusunun yarısı olan 1 milyondan fazla insanın Temmuz ortasına kadar ölüm ve açlıkla karşı karşıya kalması beklendiği" ifade edilmiştir. Bkz. FAO/WFP, 'Hunger Hotspots' (2024) <https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/1d300342-ba4e-4e1a-9b71-86578b70eae5/content> Erişim Tarihi 1 August 2024; Aynı doğrultuda BM Genel Sekreteri Antonio Guterres konuşmasında "Nüfusun dörtte birini oluşturan yarım milyondan fazla insanın, uzmanların felaket düzeyinde açlık olarak tanımladığı durumla karşı karşıya olduğunun ve dünyandaki açlıkla mücadele eden insanlarının beşte dördünün Gazze'de bulunduğunu" ifade etmiştir. Bkz. UN General Secretary, 'Secretary-General's Opening Remarks on the Situation in Gaza' (22 December 2023) <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2023-12-22/secretary-generals-opening-remarks-the-media-the-situation-gaza> Erişim Tarihi 1 August 2024.

uygulama hem süresi ve uygulanma yoğunluğu açısından insancıl hukuk normlarına aykırı olduğu ifade edilebilir. Hukuki veya siyasi zeminde ablukanın hukuka uygun biçimde başlamış olduğu iddia edilse dahi bu hukuka uygunluğun sınırlarının aşıldığı, ablukanın hukuka uygun görünümünün ortadan kalktığı aşikârdır. Bu durumda İsrail'in hem uluslararası hukuk sorumluluğu hem de uluslararası ceza sorumluluğu mevcuttur. Roma Statüsü m. 8 uyarınca sivillerin aç bırakılması savaş suçu olarak nitelenmektedir. Bu sebeple İsrail›in Gazze›deki abluka uygulaması, sivillerin yiyecek, su ve tıbbi malzemelere erişimini ciddi şekilde[63] kısıtladığı için savaş suçu olarak değerlendirilebilecek durumdadır. Söz konusu eylemlerin eğer Filistin halkının tamamen veyahut kısmen yok edilmesi amacına özgülenmiş biçimde[64] sivil halkı aç bırakılmasının ispatı halinde ise Roma Statüsü m. 6/b bendi uyarınca soykırım olarak da nitelendirilebilmesi mümkündür.

İsrail-Filistin çatışmasında abluka özelinde birçok uluslararası hukuk ihlali yaşanmakta olduğu açıktır. Uluslararası toplum bu ihlaller için belirli adımlar atmış olsa da yine BM veya uluslararası yargı mercileri tarafından ihlale ilişkin verilmiş kararlar mevcutsa da ne yazık ki abluka durumu devam etmekte ve topraklarda yaşayan siviller kıtlık içinde yaşamaya devam etmektedir. Uluslararası hukukun düzenlemeleri birçok durumu açıkça düzenlemiş/yasaklamış olsa da maalesef reel dünyada bazen karşılık bulamamaktadır.

KAYNAKÇA

Amnesty International, 'Israel/OPT: Israel Must Lift Illegal and Inhumane Blockade on Gaza as Power Plant Runs Out of Fuel' (12 October 2023) <https://www.amnesty.org/en/ latest/news/2023/10/israel-opt-israel-must-lift-illegal-and-inhumane-blockade-on-gaza-as-power-plant-runs-out-of-fuel/> Erişim Tarihi 1 August 2024.

Arsava A F, 'Abluka ve Sivil Halkın Açlığa Mahkûmiyeti' (2021) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1-14.

[63] Uluslararası Af Örgütü 2023 tarihli yazısında 2009'dan bu yana deniz, hava ve karadan uygulanan ablukanın tüm nüfusu toplu cezalandırma olduğunu, ciddi insan hakları ihlallerinin yaşandığını ifade etmiştir. Bkz. Amnesty International, 'Israel/OPT: Israel Must Lift Illegal and Inhumane Blockade on Gaza as Power Plant Runs Out of Fuel' (12 October 2023) <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/10/israel-opt-israel-must-lift-illegal-and-inhumane-blockade-on-gaza-as-power-plant-runs-out-of-fuel/> Erişim Tarihi 1 August 2024.

[64] UAD'den talep edilen İşgal Altındaki Filistin Topraklarındaki İsrail'in Politikalarından Ve Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuki Sonuçlara ilişkin danışma görüşü uyarınca 19 Temmuz 2024te açıklanan kararda "İsrail ayrıca, İşgal Altındaki Filistin Toprakları'ndaki Filistin halkına karşı ayrımcılık yapanlar da dâhil olmak üzere, hukuka aykırı durumu yaratan veya sürdüren tüm mevzuat ve tedbirleri ve ayrıca bölgenin herhangi bir bölümünün demografik yapısını değiştirmeyi amaçlayan tüm tedbirleri yürürlükten kaldırma yükümlülüğüne sahiptir" şeklinde hüküm kurarak İsrail'in eylemlerinin Filistin halkına yönelmiş olan eylemlerin varlığına ilişkin nüvelerin bulunduğunu ifade ettiği ifade edilebilir. Bkz. ICJ, 'Advisory Opinion, on Legal Consequences Arising From the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory Including East Jerusalem' (19 July 2024) <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf> Erişim Tarihi 3 August 2024.

Baty T, 'The Institute of International Law on Pacific Blockade' (1896) 21 (4) Law Magazine and Law Review 285-300.

Brownlie I, Principles of Public International Law (Oxford Press 1999).

Clapham A, Brierly's Law of Nation (Oxford University Press 2014).

Civelek J, 'Birleşmiş Milletler Teşkilatı Tarafından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunmasında Zorlama Tedbirlerinin Alınması, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kurulması ve Bu Kuvvetlerin Hukuki Dayanağı' (1990) 10(1-2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 13-47.

Cottier M ve Richard E, 'War Crimes' in Triffterer O and Ambos K (eds), Commentary on the Rome Statute of the ICC (3rd edn, Oxford/Baden-Baden/München 2016).

Declaration Concerning the Laws of Naval War (26 February 1909) <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/london-decl-1909> Erişim Tarihi 1 June 2024.

Denk E, Birleşmiş Milletler Sistemi (Siyasal Kitabevi 2015).

Dost S ve Korkmaz Z, 'Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar' (2015) 5(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111-157.

Erkiner H H, Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdâfaa (Seçkin Yayıncılık 2020).

FAO/ WFP, 'Hunger Hotspots' (2024) <https://openknowledge.fao.org/server/api/core/ bitstreams/1d300342-ba4e-4e1a-9b71-86578b70eae5/content> Erişim Tarihi 1 August 2024.

Fink M, Maritime Interception and the Law of Naval Operations (Asser Press, 2018).

Finkelstein N G, 'Torpedoing the Law: How the Palmer Report Justified Israel's Naval Blockade of Gaza' (2011) 13(4) Insight Turkey 11-29.

Fraunces M G, 'The International Law of Blockade: New Guiding Principles in Contemporary State Practice' (1992) 101 The Yale Law Journal 893-918.

Frostad M, 'Naval Blockade' (2018) 9 Arctic Review on Law and Politics 195-225.

Guilfoyle D, 'The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict' (2011) 81(1) British Yearbook of International Law 171-223.

Helmersen S T, 'The Use of Force Against Neutral Ships Outside Territorial Waters' (2022) 35 Leiden Journal of International Law 315-335.

Hogan A E, Pacific Blockade (Clarendon Press 1908) 11-16.

ICJ Advisory Opinion, 'Legal Consequences Arising From the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory Including East Jerusalem' (19 July 2024) <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf> Erişim Tarihi 3 August 2024.

ICRC, 'Rules of Customary International Humanitarian Law Rule 53' <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule53> Erişim Tarihi 15 June 2024.

ICRC, 'Rules of Customary International Humanitarian Law Rule 55' <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule55> Erişim Tarihi 15 June 2024.

Institut de Droit International, 'Blockade in the Absence of a State of War' (1887) <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Annexe-1bis-Compilation-Resolutions-EN.pdf> Erişim Tarihi 26 April 2024.

International Criminal Court, 'Rome Statute of the International Criminal Court' <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> Erişim Tarihi 15 May 2024.

Kraska J, 'Rule Selection in the Case of Israel's Naval Blockade of Gaza: Law of Naval Warfare or Law of the Sea?' (2010) 13 Yearbook of International Humanitarian Law 367-395.

Kul M C, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi' nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi' (2023) (1) İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-114.

Levie H, 'Means and Methods of Combat at Sea' (1998) 70(1) International Law Studies 227-237.

Lütem İ, Devletler Hukuku Dersleri (Cilt 2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1958).

McNulty J F, 'Blockade: Evolution and Exception The Use of Force' (1980) Human Rights and General International Legal Issues 172-196.

Meray S L, Devletler Hukukuna Giriş (Cilt 1, Ankara Üniversitesi Basımevi 1968).

Okur D A, Skalar M S, Erkiner H H, 'Mavi Marmara Faillerinin Yargılanması Talebi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi' (2010) Güncel Hukuk 32-37.

Orakhelashvili A, Akehurst's Modern Introduction to International Law (9th edn, Routledge 2022).

Orakhelashvili A,'The Cuban Missile Crisis' in T. Ruys and O. Corten (ed.) The Use of Force in International Law (1st edn, Oxford University Press 2018).

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk Dersler (IV. Kitap, Turhan Kitabevi 1999).

Russell A L, 'Digital Blockade or Corporate Boycott?' (2023) 2(1) A Journal of Strategy & Airpower 16-30.

San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea (1995) <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/san-remo-manual-1994/article-93-108> Erişim Tarihi 5 June 2024.

Sanger A, 'The Contemporary Law of Blockade and the Gaza Freedom Flotilla' (2010) 13 Yearbook of International Humanitarian Law 397-446.

State of Israel Ministry of Transport and Road Safety, 'Blockade of Gaza Strip' <http://en.mot.gov.il/index.php?option=com_content&view=article&id=124:-no12009&catid=17:noticetomariners&Itemid=12> Erişim Tarihi 1 July 2024.

Tanaka Y, The International Law of the Sea (3rd edn, Cambridge University Press 2019).

Tucker R W, The Law of War and Neutrality at Sea (United States Government Printing Office 1957).

Tütüncü A N, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta Yayınevi 2006).

UN Charter, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text> Erişim Tarihi: 15 May 2024.

UN General Assembly, 'Definition of Aggression A/RES/3314(XXIX)' <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/739/16/pdf/nr073916.pdf> Erişim Tarihi 13 May 2024.

UN General Secretary, 'Secretary-General's Opening Remarks on the Situation in Gaza' (22 December 2023) <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2023-12-22/secretary-generals-opening-remarks-the-media-the-situation-gaza> Erişim Tarihi 1 August 2024.

UN Security Council, 'Resolution 1860' (8 January 2009) <https://digitallibrary.un.org/ record/645525?v=pdf> Erişim Tarihi 5 July 2024.

UN Security Council, 'Resolution 487' (19 June 1981) <https://digitallibrary.un.org/record/22225?v=pdf> Erişim Tarihi 5 August 2024.

UN Security Council, 'Resolution 660' (2 August 1990) <https://digitallibrary.un.org/ record/94221?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024.

UN Security Council, 'Resolution 661' (6 August 1990) <https://digitallibrary.un.org/ record/94220?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024.

UN Security Council, 'Resolution 665' (25 August 1990) <https://digitallibrary.un.org/ record/95664?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024.

UN Security Council, 'Resolution 666' (13 September 1990) <https://digitallibrary.un.org /record/96569?v=pdf> Erişim Tarihi 18 May 2024.

UN, 'Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident' (September 2011) <https://digitallibrary.un.org/record/720841?v=pdf> Erişim Tarihi 1 August 2024.

Wolff Heintschel von Heinegg, 'Naval Blockade' (2000) 75 *International Law Studies* 203-230.

Wolff Heintschel von Heinegg, 'The Law of Armed Conflict at Sea' in D Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2nd edn, Oxford University Press 2008).

Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge University Press 2004).

Yoram Dinstein, *War Aggression and Self-Defence* (Cambridge University Press 2011).

Yusuf Aksar, 'Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk' (2012) 9(33) *Uluslararası İlişkiler* 23-40.

Yves Sandoz, Christophe Swinarski ve Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Kluwer Academic Publishers 1987).

Zheng J, 'Unlawful Blockades as Crimes Against Humanity' (2018) 22(5) American Society of International Law <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/5/unlawful-blockades-crimes-against-humanity> Erişim Tarihi 25 June 2024.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683754

ULUSLARARASI HUKUKTA BATIK DEVLET GEMİLERİNİN BAĞIŞIKLIĞI ÜZERİNE BİR İNCELEME

A Study on the Immunity of Sunken State Vessels in International Law

Şahin Eray KIRDIM*

Özet

Bu çalışmada batık savaş gemileri ile kaybolmaları anında savaşta veya diğer kamu hizmetlerinde görevli olan devlete ait ya da devlet tarafından işletilen diğer gemilerin uluslararası hukukta devlet bağışıklığı olarak bilinen kuralın uygulama alanına girip girmediği incelenmektedir. Doktrinde meselenin batmadan sonra gemi statüsünü sürdürüp sürdürmediği veya bayrak devletinin gemi üzerindeki mülkiyetinin devam edip etmediği tartışmaları üzerinden ele alındığı görülmektedir. Diğer taraftan gemi statüsünün sürüp sürmemesi ilkenin uygulama alanını değiştirmeyeceğinden, çalışmada teorik tartışmalardan ziyade uluslararası teamül hukuku pratiğine odaklanılmaktadır. Dolayısıyla, bu çalışmanın amacı uluslararası hukukta artık yerleşmiş olan devlet mallarına yönelik bağışıklık kuralının batık gemiler bakımından da geçerli olup olmadığı sorusunun cevaplanmasıdır. Bu amaçla çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. İlk olarak batık devlet gemilerinin bağışıklığı, uluslararası antlaşmalar çerçevesinde incelenmektedir. İki ve çok taraflı uluslararası antlaşmaların yetersizliği nedeniyle ikinci bölümde batık devlet gemilerinin bağışıklığı meselesi *opinio juris* ve devlet uygulaması incelenerek uluslararası teamül hukuku yoluyla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Üçüncü bölümde ise bu konudaki yabancı mahkeme kararları ele alınmaktadır. Çalışmada uluslararası teamül hukukunda devlet gemilerinin batmalarının ardından ne kadar bir süre geçtiğine ve hangi deniz bölgesinde bulunduklarına bakılmaksızın devlet bağışıklığından yararlanacakları yönünde yerleşmiş – veya en azından uzunca bir süredir yerleşmekte olan – bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığı gösterilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Devlet bağışıklığı, devlet gemisi, egemenlik, uluslararası teamül hukuku, sualtı kültürel mirası

Abstract

This study examines whether sunken warships and other state-owned or state-operated vessels that were engaged in warfare or other public services at the time of their loss fall within the scope of the rule known as state immunity in international law. The doctrine addresses the issue through discussions on whether the vessel retains its status after the sinking or whether the flag state's ownership over the vessel continues. On the other hand, since the continuation of the vessel's

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.08.2024*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Ankara-Türkiye, sahineraykirdim@aybu.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-4207-6559.

status does not alter the scope of the principle's application, the study focuses on the practice of customary international law rather than theoretical discussions. Therefore, this study aims to answer the question of whether the rule of state immunity, which is now well-established in international law, also applies to sunken vessels. For this purpose, the study is divided into three main sections. First, the immunity of sunken state vessels is examined within the framework of international agreements. Due to the inadequacy of bilateral and multilateral international treaties, the second section attempts to resolve the issue through customary international law by examining *opinio juris* and state practice. The third section examines foreign court decisions on this issue. The study demonstrates the existence of an established — or at least long-developing — rule of customary international law that the state vessels benefit from state immunity regardless of how much time has passed since their sinking or in which maritime zone they are located.

Key Words: State immunity, state vessel, sovereignty, customary international law, underwater cultural heritage

GİRİŞ

1950'li yıllara kadar sualtı kültürel mirası, insan müdahalesinin neredeyse tamamen dışında kalmıştır.[1] Ancak denizcilik teknolojisinde yaşanan gelişmeler sonucunda denizin ve deniz kaynaklarının kullanımının artması, sualtı kültürel mirasını[2] insan faaliyetlerinden kaynaklanan tehditlere fazlasıyla açık bir hale getirmiştir.[3] Bu anlamda örneğin Dromgoole, son yirmi yılda yaklaşık 350 büyük gemi enkazının yok olmasından ve diğer binlerce başka sualtı kültürel miras alanının ağır hasar görmesinden ticari faaliyetlerin sorumlu olduğu tahminini aktarmaktadır.[4] Sualtı kültürel mirasının büyük bir kısmı ise batık savaş gemileri[5] ile kaybolmaları anında savaşta veya diğer kamu hizmetlerinde görevli olan devlete ait ya da devlet tara-

1 Eden Sarid, 'International Underwater Cultural Heritage Governance: Past Doubts and Current Challenges' (2017) 35(2) Berkeley Journal of International Law 219, 221; Hayley Roberts, 'The British Ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects' (2018) 67(4) International and Comparative Law Quarterly 833, 833.

2 Sualtı kültürel mirasının üzerinde mutabakata varılan bir tanımı olmamakla birlikte, aşağıda ele alınan 2001 UNECO Sualtı Kültür Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin 1'inci maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır:
"'Sualtı kültürel mirası', en az 100 yıl boyunca, periyodik veya sürekli olarak kısmen veya tamamen su altında bulunan, kültürel, tarihi veya arkeolojik nitelikteki insan varlığına ait tüm izler anlamına gelir…"

3 Lowell B. Bautista, 'Gaps, Issues, and Prospects: International Law and the Protection of Underwater Cultural Heritage' (2005) 14 Dalhousie Journal of Legal Studies, 57; Feasibility Study for the Drafting of a New Instrument for the Protection of the Underwater Cultural Heritage, UNESCO Doc. 146 EX127, ss. 1-2, para. 7-10 (Mart 23, 1995) <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000101285> Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2024.

4 Sarah Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage And International Law* (Cambridge University Press, 2013) 5.

5 1982 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin 29'uncu maddesinde savaş gemisi, "Bir devletin silahlı kuvvetlerine ait olan ve kendi tabiyetindeki askeri gemilerin açık dış işaretlerini taşıyan, bu devletin hizmetinde ve adı subaylar listesinde veya eşit bir belgede kayıtlı bulunan bir deniz subayının kumandası altında bulunan ve mürettebatı askeri disiplin kurallarına tabi olan gemi" olarak tanımlanmaktadır.

fından işletilen diğer gemilerden[6] oluşmaktadır. Bu çalışmada devlet gemilerinin hukuki durumları devlet bağışıklığı ilkesi kapsamında incelenmektedir.

Devlet bağışıklığı[7], egemen eşitlik[8] ilkesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmış bir uluslararası hukuk ilkesidir.[9] Bu ilkeye göre, bir devlet yabancı bir devletin mahkemelerince yargılanamaz ve bu mahkemelerin vermiş olduğu kararlar bakımından cebri icraya tabi tutulamaz.[10] Bu birincil uygulama alanının yanında ayrıca devletin organları, resmi sıfatla yaptıkları işlemler bakımından görevlileri ve temsilcileri ile kamusal hizmete özgülenmiş malları her türlü yabancı yargı faaliyetinden ve bu yargı faaliyetinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın her türlü fiili müdahaleden de bağışıktır.[11]

Devletler bir zamanlar mutlak bağışıklığa sahip olsalar da günümüzde devletlerin yalnızca kamusal nitelikli eylem veya işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı bir devlet bağışıklığından yararlanabildiği, buna karşın ticari amaç taşıyan eylem veya işlemler açısından ise bağışıklığın söz konusu olmadığı genellikle kabul edilmektedir.[12] Sur'un da ifade ettiği üzere, günümüzde sınırlı bağışıklık anlayışı kuvvet kazanmıştır; bu nedenledir ki devletlerin her türlü işlemleri değil, yalnızca

---

6 Buradan sonra her iki grubu da kapsar şekilde ve aksi belirtilmedikçe "devlet gemisi" ifadesi kullanılacaktır.

7 Türkçe uluslararası hukuk doktrininde devlet bağışıklığı terimi yerine "devletin yargı bağışıklığı" teriminin de kullanıldığı bir vakıadır (örneğin bkz. Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (3. Baskı Beta 2008) 115). Ancak biz burada Pazarcı'nın da yaptığı gibi devlet bağışıklığı terimini kullanmayı tercih ediyoruz (Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (16. Baskı Turhan Kitabevi 2017) 146)). Bunun temel nedeni ise "yargı bağışıklığı" teriminin bir devletin yalnızca üçüncü devlet mahkemelerindeki yargılama ve hükümlerden muaf olduğu anlamını içermesi tehlikesidir. Ancak açıklandığı üzere, devlet bağışıklığı yabancı mahkemelerdeki yargılama ve hükümlerden muafiyetin yanında diğer başka muafiyetleri de (devlet görevlileri ve malları gibi) içermektedir. Ayrıca bkz. Yıldıray Sak, *Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2015).

8 Birleşmiş Millet Şartı (1 UNTS XVI), madde 2/1 ("Örgüt, tüm üyelerin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur").

9 Sur (n 7) 115; Katherine Reece Thomas, 'Enforcing against State Assests: The Case for Redistricting Private Creditor Enforcement and How Judges in England Have Used Context When Applying the Commercial Purposes Test' (2015) 2(1) Journal of International and Comparative Law 115, 119 ("Devlet bağışıklığı ilkesi, devletlerin egemen eşitliği ve bağımsızlığı temelinde açıklanmaktadır").

10 Deniz Kızılsümer Özer, 'Devletin Yargısal Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya- İtalya: Yunanistan Müdahil Davasında Verdiği Karar ve Düşündürdükleri' (2015) 5(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195; Joy Henri Mangapul Idris and Chloryne Trie Isana Dewi, 'Sovereign Immunity of Non-Commercial Government Vessels and Due Regard: China Coast Guard in the Natunas' (2021) 18(2) Indonesian Journal of International Law 229, 229-230.

11 Sur (n 7) 115; Kızılsümer Özer (n 10); Thomas (n 9) 120.

12 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7. Baskı Oxford University Press 2008); Yasir Gökçe, 'Mutlak Yargı Bağışıklığından Sınırlı Yargı Bağışıklığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağışıklığı ve Ülkemizdeki Durum' (2014) 18(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91; Joshua Berzak, 'The Palestinian Bid for Statehood: It's Repercussions for Business and International Law' (2013) 12(1) Journal of International Business and Law 89, 111-112.

kamusal "egemenlik işlemleri" bağışıklık kapsamındadır.[13] Bu kapsamda, *acta jure imperii* ve *acta jure gestionis* ayrımına gidilerek, devletlerin ticari ve özel hukuk alanındaki işlemleri devlet bağışıklığı dışında tutulmaktadır. Bununla birlikte, insan hakları ihlalleri, soykırım gibi uluslararası suçlar, istihdam sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklar ve haksız fiilden kaynaklanan talepler gibi konularda devlet bağışıklığının sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağına dair tartışmalar hâlâ devam etmektedir.[14]

Devlet bağışıklığı ilkesi devletin ülke dışında bulunan mallarını da korumakta ve özellikle cebri icra işlemleri konusunda üçüncü devlet müdahalelerinden bağışıklık sağlamaktadır. Pazarcı'nın da aktardığı üzere, devletin büyükelçilik binaları ile her türlü araç ve gemilerine yabancı bir devlet tarafından el konulamayacağı hususunda uluslararası hukukta görüş birliğine varılmıştır.[15] Henüz yürürlüğe girmemiş olmakla beraber 2004 yılında kabul edilen Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde[16] de devlet bağışıklığı ilkesinin devletin ülkesi dışında bulunan mallarını kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Mezkûr sözleşmenin 16/1'inci maddesine göre, aksi kararlaştırılmadıkça, bir gemiye sahip olan veya işleten bir devlet, dava konusu uyuşmazlığın ortaya çıktığı sırada gemi devletin ticari olmayan amaçları dışında kullanılıyorsa, başka bir devletin yetkili mahkemesi önünde yargı bağışıklığını ileri süremeyecektir. Ancak takip eden fıkra uyarınca birinci fıkra hükmü, savaş gemilerine veya donanma yardımcı gemilerine uygulanmayacağı gibi devletin sahip olduğu veya devlet tarafından işletilen ve yalnızca devletin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılan diğer gemilere de uygulanmayacaktır. Yine aynı sözleşmenin 3/3'üncü maddesinde, sözleşmenin devlet tarafından sahip olunan veya işletilen uçaklar veya uzay nesneleri ile ilgili olarak devletin uluslararası hukuk çerçevesinde sahip olduğu bağışıklıklara halel getirmeyeceği ifade edilmektedir.[17]

Devlet bağışıklığı ilkesinin uluslararası hukukta artık bir teamül hukuku kuralı olduğu konusunda (kuralın uygulama alanı ve biçimi hakkında akademik tartışmalar devam ediyor olsa da) genel bir kabul bulunmaktadır.[18] Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihadı da bu durumu doğrulamaktadır.[19] Bu konudaki tartışmalı bir mesele ise devlet bağışıklığı ilkesinin devlet gemisi battıktan sonra ve artık seyir

---

13 Sur (n 7) 117. Ayrıca bkz. Thomas (n 9) 115.

14 Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Malcolm N. Shaw, *International Law* (8. Baskı Cambridge University Press 2017) 523-588.

15 Pazarcı (n 7) 147.

16 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fiftyninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf> Erişim Tarihi: 10 Haziran 2024.

17 ibid.

18 İbrahim Kaya, 'Uluslararası Hukukta Devlet Bağışıklığı ve Jasta' (2017) 2(2) *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9; Xiaodong Yang, State Immunity in International Law (Cambridge University Pres 2012) 34, 35

19 International Court of Justice, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy), ICJ Reports (2012) 99, para. 118-119.

kabiliyetini yitirmesinin ardından da uygulanmaya devam edip etmeyeceğidir. Bir diğer ifadeyle, batık bir devlet gemisinin hâlâ bir gemi olup olmadığı veya mülkiyetin batma hadisesi ile sona erip ermediği ön sorunları aşılmalıdır ki söz konusu aracın bayrak devletinin sahip olduğu devlet bağışıklığından faydalanıp faydalanmayacağı belirlenebilsin.

Doktrinde devlet gemisinin bir defa battıktan sonra bayrak devletinin sahip olduğu bağışıklığın devam etmeyeceği görüşünde olan yazarlar bulunmaktadır. Bu görüş, geminin işlevsellik kabiliyetini yitirmiş olması üzerine temellendirilmektedir. Bir defa Forrest, tarihi veya arkeolojik nitelikli batık gemiler artık kamu görevi icra etmediklerinden devlet bağışıklığının bunlar için geçerli olduğuna şüpheyle yaklaşmaktadır.[20] Caflisch'e göre de "bir gemi, kazaya uğrayıp battığında, ister devlet mülkiyetinde veya devlet tarafından işletiliyor olsun, isterse sadece devletin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılıyor olsun, gemi olmaktan çıkar [...] ve dolayısıyla artık bayrak devletinin yargı yetkisine tabi olmaz; bu nedenledir ki devlet bağışıklığını da kaybetmiş olur."[21] Benzer şekilde Migliorino'ya göre de savaş gemileri, yalnızca sorumlu subayın komutası altındaki mürettebat tarafından yönetildiklerinde ve devlet hizmetinde olduklarında devlet aracı olabilirler; mürettebatı tarafından terk edilen veya mürettebatı ile birlikte batan batık savaş gemisi artık bir devlet aracı olarak kabul edilmeyecektir.[22] Riphagen da gemi statüsünün süresiz devam etmeyeceğini vurgulamaktadır.[23]

Gerçekten de 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 29'uncu maddesi lafzında deniz subayının "kumandası altında bulunan" bir gemiden bahsedilmektedir ki bu durum yalnızca seyir kabiliyeti söz konusu iken mümkün olabilecek operasyonel bir gerekliliktir. Diğer taraftan Strati ise doktrinde batık gemilerin hâlâ gemi niteliğini haiz olduğu görüşünü benimseyen başka yazarların varlığına işaret etmektedir.[24] Yine Forrest, Türk kruvazörü Mecidiye ile C12, UC12, UB26 ve Curie denizaltıları da dâhil olmak üzere batan pek çok geminin tekrar hizmete girebildiğine, geçici bir komuta eksikliğinin gemi statüsünün kaybedilmesi için temel olamayacağına ve bir geminin enkaz haline geldiğinde bile gemi olarak kaldığı sonucuna varan yorumcuların varlığına işaret etmektedir.[25]

---

20 Craig Forrest, 'An International Perspective on Sunken State Vessels as Underwater Cultural Heritage' (2003) 34(1) Ocean Development & International Law 41, 45

21 Lucius Caflisch, 'Submarine Antiquities and the International Law of the Sea' (1982) 13 Netherlands Yearbook of International Law 3, 22.

22 Luigi Migliorino, 'The Recovery of Sunken Warships in International Law', in Budislav Vakas (ed) *Essays on the New Law of the Sea* (Sveucilisna Naklada Liver 1985) 251.

23 W. Riphagen, 'Some Reflections on 'Functional Sovereignty'' (1975) 6 Netherlands Yearbook of International Law 121, 128

24 Anastasia Strati, *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers 1995) 216, 220.

25 Craig Forrest, *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks* (Edward Elgar Publishing 2019) 143.

Bu tartışmada Dromgoole ilk görüşün daha ikna edici olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre ikinci görüşün zayıflığı, ticari olmayan hizmetlerde olsun veya olmasın, tüm batık gemilerin açık denizlerde bayrak devletinin yargı yetkisini koruyacağı sonucuna yol açmasıdır. Bunun sonucu olarak da devlet (bayrak devleti sıfatıyla) açık denizlerdeki seyir kabiliyetini yitirmiş herhangi bir batığın, devlet gemisi olsun veya olmasın, kurtarılmasını ("salvage") engelleyebilecektir ki bu kesinlikle genel olarak kabul edilen bir görüş değildir.[26]

Ancak kanaatimizce, batık gemilerin devlet bağışıklığından yararlanmaya devam edip etmediği meselesinde batığın gemi statüsünün korunup korunmadığı tartışması – akademik değeri şüphesiz olsa da – yersizdir. Zira gemilere bağışıklık atfeden uluslararası hukuk ilkesi, bu atfı herhangi bir statüden bağımsız olarak ve yalnızca devletle ilişkili oldukları için yapmaktadır. Bir diğer ifadeyle, devlet bağışıklığı atfedilecek olan nesnenin (herhangi bir "şey" olabilir), bu bağışıklıktan faydalanması için devlet ile arasındaki rabıta yeterlidir. Dolayısıyla, tartışmanın geminin statüsünün batma hadisesi gerçekleştikten sonra devam edip etmeyeceğinden çıkarılıp, gemi ile devlet arasındaki ilişkinin batma hadisesi ile son bulup bulmadığı üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir.

Gerçekten de bazı müellifler bu tartışmayı eşya ve mülkiyet bahisleri etrafında şekillendirmişlerdir. Örneğin Strati'ye göre, savaş gemileri ile diğer devlet gemileri batık bile olsalar devlet mülkü statülerini korurlar; bu nedenledir ki devlet, enkazın deniz dibinde kalmasına karar verebileceği gibi bu mülke herhangi bir yabancı fiziksel müdahaleyi de engelleyebilecektir.[27] Aznar-Gomez için de devlet gemileri enkazlarının bulunduğu yer veya geçen süre fark etmeksizin, bayrak devleti mülkiyet iddiasından açık ve resmi bir şekilde feragat etmedikçe, devletin mülkiyetinde kalacaktır.[28] Diğer taraftan bazı yazarlar bu argümana ilişkin birkaç problemin varlığına işaret etmektedir. Örneğin Dromgoole'a göre, devlet bağışıklığına yönelik ortaya konulan bu gerekçe, neden bazı devletlerin batma anında devlet mülkiyetinde olmayan ancak kamu hizmeti ifa eden gemiler için devlet bağışıklığı kuralını ileri sürdüklerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.[29]

Bu tartışmaya katkıda bulunmak amacıyla, çalışmanın birinci bölümünde, batık devlet gemilerinin bağışıklığı uluslararası antlaşmalar çerçevesinde incelenmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki çok taraflı uluslararası antlaşmaların yetersizliği nedeniyle antlaşmalar hukuku bu konudaki tartışmalara oldukça sınırlı bir katkı sağlamaktadır. Hâl böyle olunca, ikinci bölümde batık devlet gemilerinin bağışıklığı meselesi uluslararası teamül hukuku yoluyla çözümlenmeye çalışılmış, bu kap-

---

26 Dromgoole (n 4) 137-138.

27 Strati (n 23) 222.

28 Mariano J. Aznar-Gomez, 'Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage' (2010) 25(3) The International Journal of Marine and Coastal Law 209, 219.

29 Dromgoole (n 4) 138.

samda *opinio juris* ve devlet uygulaması incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise olası bir teamül hukukunu destekler mahiyetteki çok sayıda yargı kararı ele alınmıştır. Bulguya göre, devlet gemileri batmalarının ardından ne kadar bir süre geçtiğine ve hangi deniz bölgesinde bulunduklarına bakılmaksızın devlet bağışıklığından yararlanacaklardır, zira bu gemiler (veya eşyalar) üzerinde bayrak devletinin mülkiyet hakkı devam etmektedir.

I. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR ÇERÇEVESİNDE BATIK DEVLET GEMİLERİNİN BAĞIŞIKLIĞI

A. Genel Olarak Uluslararası Hukukta Devlet Gemilerinin Bağışıklığı

Devlet gemilerinin (batık olmayan) devlet bağışıklığına sahip olduğu mahkemeler ve uluslararası hukuk doktrini tarafından tarihsel olarak kabul edilmiştir.[30] Örneğin 1812 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanan ünlü Schooner Exchange v. McFaddon davasında da bu ilke onaylanmıştır.[31] Diğer taraftan Moore henüz 1906 yılında yayınlanan kitabında devlet gemilerinin (batık olmayan) bağışıklığa sahip olduğunu kabul eden onlarca uluslararası hukukçudan alıntılar yapmaktadır.[32]

Bu durum çok taraflı uluslararası antlaşmalarla da teyit edilmiştir. 1926 tarihli Devlet Mülkiyetindeki Gemilerin Bağışıklığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesine İlişkin Brüksel Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde, 1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde, 1982 tarihli BMDHS'nin 32, 95 ve 236'ncı maddelerinde, 1972 tarihli Devletin Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi'nin 30'uncu maddesinde ve nihayet 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 16'ncı maddesinde, bir devletin sahip olduğu veya işlettiği ticari olmayan kamusal hizmetlerde kullanılan gemilerin bağışıklıktan yararlandığı açıkça yer almaktadır. Bu bağışıklık BMDHS'nin 58/2'nci maddesi gereğince üçüncü devletlerin münhasır ekonomik bölgelerinde ve yine aynı sözleşmenin 32'nci maddesi gereğince zararsız geçişe ilişkin kurallara uyulması kaydıyla üçüncü devletlerin karasularında da aynı şekilde geçerli olacaktır.[33]

B. Batık Devlet Gemilerinin Bağışıklığına İlişkin Düzenlemelerin Yetersizliği

Batık devlet gemilerine ilişkin olarak ise tam tersi bir durum söz konusudur. 1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'nde ve 1982 tarihli BMDHS'de

---

30 Frederic A. Eustis II, 'The Glomar Explorer Incident: Implications for the Law of Salvage' (1975) 16(1) Virginia Journal of International Law 177, 178-179.

31 The Exchange v. McFaddon 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

32 John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, c. Volume 2 (Governmet Printing Office 1906) 571-582 <https://hdl.handle.net/2027/hvd.32044089230650?urlappend=%3Bseq=5> Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2024.

33 Ayrıca bkz. Selami Kuran, 'Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı' (2011) 25(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 229; Idris and Dewi (n 10) 230.

batık devlet gemilerinin hukuki statüsüne ilişkin spesifik bir düzenleme bulunmamaktadır. Dahası ne genel uluslararası hukukta ne de su altı kültürel mirasına ilişkin özel düzenlemelerde bu konuya ilişkin genel bir kural bulmak mümkündür. Hemen yukarıda bahsedilen uluslararası antlaşmaların hiçbirinde konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.[34] Her ne kadar BMDHS'nin 149'uncu ve 303'üncü maddeleri konuyla alakalı gibi görünse de Blake'in de haklı şekilde ortaya koyduğu üzere, bu maddelerin yorumlanması son derece sorunludur ve oldukça "derme çatma" bir koruma sağlamaktadır.[35] BMDHS müzakereleri sırasında Yeşil Burun Adaları, Yunanistan, İtalya, Malta, Portekiz, Tunus ve Yugoslavya tarafından bu konuya ilişkin bir öneri[36] sunulsa da bu öneri sözleşmede yer almamıştır.[37]

Bu konuda değerlendirilmesi gereken bir husus da kurtarma hukuku ("law of salvage") ve buluntu hukuku ("law of finds") olarak isimlendirilen kuralların batık devlet gemileri açısından uygulanabilir olup olmadığıdır. Denizde kurtarma faaliyetlerine ilişkin tarihsel olarak ilk uluslararası düzenleme, 1910 tarihli Denizde Kurtarma ve Yardım İşlerine Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Sözleşmedir.[38] Sözleşmenin 2/1'inci maddesine göre, "faydalı bir sonuç doğuran her yardım veya kurtarma eylemi, adil bir ücret talep etme hakkı doğurur." Ancak Sözleşmenin bu ilk haliyle batık devlet gemilerine uygulanması mümkün görünmemektedir, zira aynı sözleşmenin 14'üncü maddesinde "Bu sözleşme, savaş gemilerine veya tamamen kamu hizmetine tahsis edilmiş devlet gemilerine uygulanmaz" hükmü bulunmaktadır. Diğer taraftan mezkûr sözleşme 27 Mayıs 1967 tarihinde Brüksel'de yapılan ek protokol ile güncellenerek, "bir savaş gemisi veya bir devlet ya da kamu otoritesi tarafından sahip olunan, işletilen veya kiralanan herhangi bir gemi tarafından veya bunlara yapılan yardım veya kurtarma hizmetleri" de dâhil olmak üzere, ikinci paragrafında şu hüküm eklenmiştir: "Bir savaş gemisine veya olaya konu olduğunda ya da talep yapıldığında tamamen ticari olmayan kamu hizmetine tahsis edilmiş başka bir gemiye yapılan yardım veya kurtarma hizmetleri için bir devlete karşı yapılan bir talep, yalnızca o devletin mahkemelerinde yapılacaktır."[39] Dolayısıyla

---

34 Jerry E. Walker, 'A Contemporary Standard for Determining Title to Sunken Warships: A Tale of Two Vessels and Two Nations' (2000) 12(2) University of San Francisco Maritime Law Journal 311, 322.

35 Janet Blake, 'The Protection of the Underwater Cultural Heritage' (1996) 45(4) International and Comparative Law Quarterly 819, 824; David Curfman, 'Thar Be Treasure Here: Rights to Ancient Shipwrecks in International Waters - A New Policy Regime' (2008) 86(1) Washington University Law Review 181, 181-182

36 UN Doc. A/CONF.62/C.2/Informal Meeting/43/Rev.3

37 Ayrıca not edilmelidir ki Aznar-Gomez'e göre bu önerinin kabul edilmemiş olması, devlet gemilerinin batmaları ile bağışıklıklarını kaybedecekleri şeklinde bir *opinio juris* olduğu anlamına gelmemelidir. Bkz. Mariano J. Aznar-Gomez, 'Legal Status of Sunken Warships 'Revisited'' (2003) 9(1) Spanish Yearbook of International Law Online 61, 63.

38 Convention for the Unification of Certain Rules with Respect to Assistance and Salvage at Sea, of 23 September 1910, 37 Stat. 1658.

39 Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Assis-

kurtarma hizmetlerine ilişkin tazminat talepleri bayrak devletinin mahkemelerinde yapılabilecektir. Diğer taraftan belirtilmelidir ki 1910 Sözleşmesini savaş gemilerinin kurtarılmasını kapsayacak şekilde genişleten 1967 Protokolü devlet desteğinden mahrum kalmış, yalnızca birkaç devlet tarafından kabul edilmiştir.[40]

Kaldı ki 1910 Sözleşmesinin yerini alan 1989 Kurtarma Sözleşmesi'nin[41] 4/1'inci maddesi ile devlet gemilerinin üçüncü tarafların kurtarma faaliyetlerinden muafiyeti açıkça teyit edilmiştir. Buna göre, "bu sözleşme, savaş gemilerine veya bir devletin maliki olduğu veya işlettiği ve kurtarma faaliyetleri esnasında, söz konusu devlet aksi yönde karar vermedikçe, uluslararası hukukun genel prensipleri uyarınca devlet bağışıklığına sahip olan diğer ticari olmayan araçlara uygulanmaz."

1989 Sözleşmesi'nin lafzi yorumu da bu sonucu doğrulamaktadır. Mezkûr sözleşmenin 1/a maddesinde kurtarma faaliyeti, "*seyrüsefere elverişli sularda veya her türlü diğer sularda tehlikede bulunan* bir aracı ya da diğer bir eşyayı kurtarmak amacıyla yapılan herhangi bir eylem veya hareketi" ifade etmektedir. Yine aynı maddeye göre ise araç "her türlü gemi veya taşıt veya *seyrüsefere elverişli* yapıyı" ifade etmektedir. İlk olarak batık bir gemi herhangi bir tehlikede bulunmamaktadır, zira hâlihazırda batık durumdadır. İkinci olarak batık bir geminin seyrüsefere elverişli bir yapı olduğu da ileri sürülemeyecektir.

Diğer taraftan Bederman bu konuda kayda değer bir itirazda bulunmaktadır. 1989 Sözleşmesinin 30/1/d madde hükmüne[42] dikkat çeken Bederman'a göre, "bir akit devletin çekince koymaması durumunda, 1989 Sözleşmesi tarihi gemi enkazlarının kurtarılmasına uygulanacaktır."[43] Ancak Aznar-Gomez bu iddianın Uluslararası Denizcilik Örgütü[44] tarafından benimsenmediğini ileri sürmektedir. Aznar-Gomez'in dikkat çektiği üzere, Uluslararası Denizcilik Örgütü 2001 tarihli UNESCO Sözleşmesi'nin taslak çalışmaları sırasında 1989 Sözleşmesi'nin özel hukuk niteliği ve zorunlu olmaması nedeniyle, devletlerin "açık bir çekince olma-

---

tance and Salvage at Sea (Brussels 1967) <http://www.admiraltylawguide.com/conven/protosalvage1967.html> Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2024.

40 Nicholas J. J. Gaskell, 'The 1989 Salvage Convention and the Lloyd's Open Form (LOF) Salvage Agreement 1990' (1991) 16(1) Tulane Maritime Law Journal 1, 5.

41 International Convention on Salvage, 28 April 1989, 1953 UNTS 165 <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201953/v1953.pdf> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2024.

42 "Herhangi bir Devlet imza, onay, kabul, uygun bulma ya da katılım esnasında bu Sözleşme'nin hükümlerini uygulamama hakkını, aşağıdaki durumlarda saklı tutabilir:
...
(d) İlgili eşyanın tarih öncesi, arkeolojik ya da tarihi öneme sahip deniz kültürü varlığı olduğu ve deniz yatağında yer aldığı durumlarda."

43 David J. Bederman, 'Historic Salvage and the Law of the Sea' (1998) 30(1) University of Miami Inter-American Law Review 99, 111.

44 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi, denizcilik faaliyetlerinin düzenlenmesi ile görevli ve bir Birleşmiş Milletler uzmanlık kuruluşu olan Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından hazırlanmıştır. Bkz. Bederman (n 42) 110.

dan bile kurtarma hukukunun uygulanmasını hariç tutma hakkı bulunmaktadır" görüşünü ortaya koymuştur.[45]

1989 Sözleşmesi'nin devlet gemilerini sözleşme kapsamı dışında tutan hükmü Gemi Enkazlarının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Nairobi Sözleşmesi'nde de benzer şekilde yer almıştır. 2007 yılında imzaya açılıp 2015 yılında yürürlüğe giren Nairobi Sözleşmesi, giriş bölümünde amaçlarından birini "gemi enkazlarının hızlı ve etkili bir şekilde kaldırılmasını ve bu süreçte oluşan maliyetlerin tazmin edilmesini sağlamak amacıyla, uluslararası düzeyde birbiriyle uyumlu kuralların ve prosedürlerin benimsenmesi ihtiyacını" karşılamak olarak ifade etmektedir.[46] Sözleşmenin 4/2'nci maddesine göre, "sözleşme, herhangi bir savaş gemisine veya bir devlet tarafından sahip olunan ya da işletilen ve geçici olarak yalnızca ticari olmayan kamu hizmetinde kullanılan diğer gemilere, o devlet aksini kararlaştırmadıkça, uygulanmayacaktır."

2001 UNESCO Sualtı Kültür Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme ("2001 UNESCO Sözleşmesi") konuyla doğrudan alakalı olduğundan, bu sözleşmenin batık devlet gemilerine uygulanabilir olup olmadığı tartışılmalıdır. 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin birkaç maddesi – 1982 BMDHS ile birlikte – ele alındığında sözleşme ile batık devlet gemileri arasındaki rabıta kurulacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki sualtında bulunan herhangi bir nesnenin "sualtı kültürel mirası" olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmesi için "kültürel, tarihi veya arkeolojik bir özelliğe sahip olması" gerekir ki bunun için de "en az 100 yıldır, periyodik veya sürekli olarak kısmen veya tamamen su altında kalmış olma" şartı bulunmaktadır (madde 1/a). Mezkûr sözleşmenin 1/a/ii maddesine göre de "arkeolojik ve doğal çevreleri ile birlikte deniz araçları, hava araçları, diğer araçlar ya da bunların yüklerinin veya diğer muhteviyatının herhangi bir kısmı" 100 yıldır sualtında bulunmak kaydıyla sözleşmenin kapsamına girecektir.

Diğer taraftan 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin sistematik yorumu sözleşmedeki hükümlerin devlet bağışıklığı kuralına herhangi bir şekilde etki etmediğini göstermektedir. Sözleşmenin 2/8'inci maddesine göre, "devlet uygulamaları ve Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi de dâhil olmak üzere uluslararası hukuka uygun olarak, bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, devlet bağışıklıklarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarını ve devlet uygulamalarını veya herhangi bir devletin kendi gemileri ve uçakları ile ilgili haklarını değiştirecek şekilde yorumlanmayacaktır." Önceki bölümlerde gösterildiği üzere, bayrak devletinin devlet gemileri üzerinde sahip olduğu hakların bu gemiler battıktan sonra da devam edeceğine (gemiler hangi deniz bölgesinde bulunursa bulunsun) ve bu hakların ancak açık feragat (terk, bağışlama veya satış gibi) ile sona ereceğine yönelik kuralın uluslararası hukukta yerleştiği sonucuna hem devlet uygulaması hem de *opinio juris* yoluyla

---

45 Aznar-Gomez, 'Legal Status of Sunken Warships 'Revisited'' (n 36) 72.

46 Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks (adopted 18 May 2007, entered into force 14 April 2015) 46 ILM 694", <https://imli.org/wp-content/uploads/2021/03/Riesco-Carolina-Drafting.pdf> Erişim Tarihi: 01 Ağustos 2024.

ulaşmak mümkündür. Bu nedenle, 2/8'inci madde hükmünde geçen "bu sözleşmedeki hiçbir hüküm, devlet bağışıklıklarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarını ve devlet uygulamalarını veya herhangi bir devletin kendi gemileri ve uçakları ile ilgili haklarını değiştirecek şekilde yorumlanmayacaktır" ifadesi, sözleşmenin, batık devlet gemileri üzerindeki hakların yalnızca bayrak devletinin rızası yoluyla kaybedileceği kuralını etkilemediği anlamına gelmektedir.[47]

Bu sonuç 2001 UNESCO Sözleşmesinin hem 3'üncü hem de 10'uncu maddeleri ile de teyit edilmektedir. Sözleşmenin 3'üncü maddesine göre, "bu sözleşmedeki hiçbir hüküm*, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi de dâhil olmak üzere*, uluslararası hukuk kapsamındaki devletlerin haklarına, yetkisine ve yükümlülüklerine halel getirmez. Bu sözleşme, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi de dâhil olmak üzere* uluslararası hukuk bağlamında ve bu hukukla uyumlu bir şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır." Münhasır ekonomik bölgede ve kıta sahanlığında bulunan su altı kültürel mirasının korunmasına yönelik olan 10/7'nci madde hükmüne göre ise, "devlet gemileri ve uçaklarına yönelik hiçbir faaliyet, bayrak devletinin rızası ve koordinatör devletin işbirliği olmaksızın yürütülemez." Aynı durum, 12/7'nci madde uyarınca, "hiçbir taraf devlet, bayrak devletinin izni olmadan, Alandaki devlet gemilerine ve uçaklarına yönelik faaliyetlerde bulunamaz veya herhangi bir faaliyeti yetkilendiremez" hükmünün yer aldığı "Alan" için de söylenebilir.[48]

Sonuç olarak, 2001 UNESCO Sözleşmesi en az 100 yıldır su altında bulunan batık devlet gemilerine gerçekten de uygulanabilir olsa da sözleşmenin uygulama alanı kıyı/keşif devletine enkaz üzerinde herhangi bir hak sağlamamaktadır. Kaldı ki sözleşmenin amacının su altı mirasının korunması olduğu hatırlandığında, bu tür bir sözleşmenin mülkiyet hakkını içermesi de beklenmemelidir. Hâl böyle olunca, 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin batık devlet gemilerinin bağışıklığına yönelik herhangi bir etkisi olduğu söylenemez.[49]

Görüldüğü üzere, uluslararası antlaşmalar batık devlet gemilerinin statüsünün belirlenmesine yönelik sınırlı bir katkı sağlamaktadır. Bu konudaki özel düzenlemeler olan 1910 ve 1989 tarihli antlaşmalar kurtarma hukukunun devlet gemilerine uygulanamaz olduğunu açıkça kabul etmektedirler. Bu kabul daha yeni tarihli olan UNESCO ve Nairobi sözleşmeleri ile de teyit edilmektedir. Bu kabullerden yola çıkan Roberts, "bu durum, batık [devlet] gemilerinin dokunulmazlığını koruduğu

---

47 Aznar-Gomez, 'Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage' (n 27) 224.

48 Sözleşmenin 1/1/5 maddesinde "Alan", ulusal yetki sınırlarının ötesindeki deniz tabanı, okyanus tabanı ve bunların altındaki toprak olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397, art. 1/1/5.

49 Roberts, (n 1) 850 ("Önemle vurgulanması gereken husus, UNESCO Sözleşmesi'nin, hâlihazırda var olabilecek devlet bağışıklığı ilkelerinden herhangi birini değiştirmediğidir").

fikrine uygun düşmektedir" tespitinde bulunabilmiştir.[50]

II. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNDA BATIK DEVLET GEMİLERİNİN BAĞIŞIKLIĞI

Geleneksel uluslararası hukukun batık devlet gemilerinin bağışıklığına ilişkin yeterli ve geniş katılımlı düzenleme eksikliği bir vakıa olmakla birlikte, bu konuda yerleşmiş – veya en azından yerleşmekte olan – bir uluslararası teamül hukuku kuralından bahsedilebilir. Roberts'ın da ifade ettiği üzere, "uluslararası teamül hukuku açısından, yeterince tutarlı olup olmadıklarından bağımsız olarak, bu konuda bir genel devlet uygulamasının olduğuna dair kanıtlar bulunmaktadır. Denizcilikle uğraşan büyük devletlerinin çoğunluğu, savaş gemilerinin battıktan sonra da devlet bağışıklığını koruduğu görüşündedir ve bu temelde hareket etmişlerdir."[51] Böyle bir kuralın varlığına hem devlet uygulaması hem de *opinio juris* yoluyla rahatlıkla erişilebilir.

A. *Opinio Juris* ve Batık Devlet Gemilerinin Bağışıklığı

Bu konuda muhtemelen en katı pozisyon ABD tarafından muhafaza edilmiştir. Örneğin ABD Dışişleri Bakanlığı, Port-of-Spain'deki (Trinidad) Amerikan Büyükelçiliğine, ABD'nin ödünç verme-kiralama yasası kapsamında gönderilen yükü taşırken batan ABD gemilerinin kurtarılmasına ilişkin 1965 tarihli bir görüş yazısı göndermiştir. Bu yazıya göre, "gemi veya taşıdığı yükün mülkiyetinin batma anında ABD hükümetine ait olduğu durumlarda, ABD, açık bir devir veya terk olmaksızın mülkiyet hakkını korumaktadır. Dolayısıyla, ABD çıkarları devir veya terk edilmediği hallerde, bu tür yük veya batık gemilerin kurtarılması ABD'nin onayını gerektirecektir."[52]

ABD Dışişleri Bakanlığının bu görüşü tarihsel olarak benimsediği vurgulanmalıdır. Doktrine USS Panay olayı olarak geçen uyuşmazlıkta Japonya, Tokyo'daki ABD Büyükelçiliğine yaklaşık iki milyon dolar tutarında bir çek keşide etmiştir. Japonya bu ödemenin 12 Aralık 1937'de Japon uçaklarının ABD savaş gemisi USS Panay ve ABD bayraklı diğer ticaret gemilerine saldırısı sonucunda oluşan mal kaybı ile ABD vatandaşlarının ölümü ve yaralanmalarından doğan tazminat taleplerini karşıladığını ve böylece batık gemiler (USS Panay da dâhil) üzerinde mülkiyet hakkı elde ettiğini ileri sürmüştür. ABD Dışişleri Bakanlığı ise ticaret gemilerinin mülkiyetinin bazı koşullarla devredilmesini kabul ettiğini, ancak USS Panay'ın kurtarılmasını kesin olarak reddettiğini, zira böyle bir kurtarma talebinin "hiçbir hukuki dayanağa sahip olmadığını" ifade etmiştir.[53]

---

50 Roberts (n 1) 848.

51 ibid.

52 Marian Nash Leich, *Cumulative Digest of United States Practice in International Law 1980* (U.S. Government Publishing Office 1986) 1004.

53 ibid.

Benzer şekilde Sovyetler Birliği de batık bir savaş gemisinin devlet bağışıklığına sahip olduğu iddiasını – hem de batmanın üzerinden yaklaşık 80 yıl geçtikten sonra – ileri sürebilmiştir. Olayda Çarlık kruvazörü Admiral Nakhimov, 1905'te Japon Denizindeki Tsushima savaşı sırasında Japon kruvazörleri tarafından saldırıya uğramış ve beyaz bayrak çekmeye zorlanmıştır. Japon kaptan Çarlık gemisini ele geçirdikten hemen sonra Japon İmparatorluk Donanması'nın bayrağını pruvaya çekse ve böylece gemi savaş hukuku kapsamında ele geçirilmiş olsa da Admiral Nakhimov su üstünde kalmayı başaramamış ve suyun altında yaklaşık 80 yıllık bir inzivaya çekilmiştir. Sovyet hükümeti, özel bir Japon şirketinin Amiral Nakhimov'un enkazı üzerinde yürüttüğü kurtarma faaliyetlerinden haberdar olmuş ve 3 Ekim 1980'de gönderdiği diplomatik notada "uluslararası hukuka göre batık bir savaş gemisi, bayrak devleti dışındaki herhangi bir devletin yargı yetkisinden tamamen muaftır" beyanında bulunmuştur.[54]

Bu konudaki *opinio juris* devletlerin tekil açıklamalarında da takip edilebilmektedir, zira birçok devlet batık devlet gemilerinin devlet bağışıklığından yararlanmasını bir "uluslararası hukuk ilkesi" olarak kabul etmiştir. Örneğin ABD bir başkanlık açıklamasında "yabancı devletlere ait batık gemilerin mülkiyetinin devredilmesinin veya terk edilmesinin yalnızca yabancı bayrak devletinin yasalarına uygun olarak yapılabileceği şeklindeki uluslararası hukuk kuralını tanımaktadır" beyanında bulunmuştur.[55]

Aynı şekilde Fransa da "1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (özellikle madde 32 ve 236) ve uluslararası teamül hukuku uyarınca, her devlet gemisi (örneğin savaş gemisi, donanma yardımcı gemisi ve diğer gemi, uçak veya devlet tarafından sahip olunan ya da işletilen uzay aracı), konumu veya enkaz haline getirilmesinden bu yana geçen süreye bakılmaksızın, devlet bağışıklıklardan yararlanır" görüşünü ortaya koymuştur.[56]

Almanya'ya göre de "uluslararası hukuk uyarınca, savaş gemileri ve bir devlet tarafından sahip olunan veya işletilen, yalnızca hükümetin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılan diğer gemi veya uçaklar ..., nerede bulunurlarsa bulunsunlar battıktan sonra bile devlet bağışıklığından yararlanmaya devam ederler."[57]

Japonya'nın pozisyonu da "uluslararası hukuka göre, savaş gemileri ve hükümet hizmetindeki gemiler gibi batık devlet gemileri, bulundukları yere veya geçen zamana bakılmaksızın, battıkları sırada bunlara sahip olan devletin mülkiyetinde kalır; bu durum, devletin mülkiyet hakkından açık ve resmi bir şekilde feragat etmediği sürece geçerlidir"[58] beyanında bulunacak kadar nettir.

---

54 Shigeru Oda and Hisashi Owada, 'Annual Review of Japanese Practice in International Law XVI (1978-1980)' (1986) 29 Japanese Annual of International Law 74, 186-187.

55 Federal Register, Volume 69, Number 24 (Thursday, 5 February, 2004) 5647-5648 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2004-02-05/html/04-2488.htm> Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2024.

56 ibid.

57 ibid.

58 ibid.

Rusya'nın "uluslararası deniz hukuku uyarınca, tüm batık savaş gemileri ve devlet uçakları bayraklarını taşıdıkları devletin mülkiyetinde kalır" görüşü, İspanya'nın pozisyonuyla birebir aynıdır.[59] İngiltere de "devlet gemileri ve uçakları, batmalarından önce başka bir devlet tarafından ele geçirilmedikçe veya bayrak devleti haklarından açıkça vazgeçmedikçe, battıktan sonra bile devlet bağışıklığından yararlanmaya devam ederler. Bayrak devletinin hakları batmanın üzerinden herhangi bir sürenin geçmesiyle sona ermez" açıklamasıyla bu gruba katılmıştır.[60]

B. Devlet Uygulamasında Batık Devletlerin Bağışıklığı

Batık gemilerine yönelik bağışıklık beyanları devlet uygulamaları ile de istikrarlı şekilde doğrulanmıştır. Batık devlet gemilerinin hukuki durumlarına yönelik devlet uygulamasına bakıldığında ikili antlaşmalar yoluyla sorunun çözümü yoluna gidildiği, bu antlaşmaların tamamında bayrak devletinin mülkiyet haklarının üçüncü devletler tarafından açıkça tanındığını ve bazı durumlarda bayrak devletinin söz konusu hakları kısmen veya tamamen üçüncü devletlere devrettiği görülmektedir.

İkinci Dünya Savaşında İtalyan karasularında batan bir İngiliz Kraliyet Donanması gemisi olan HMS Spartan hakkında İngiltere ile İtalya arasında yapılan antlaşma bu konudaki devlet uygulamasını açıkça göstermektedir. Antlaşmanın 1'inci maddesine göre, İngiliz hükümeti batık geminin kurtarılmasından elde edilecek gelirin yüzde ellisini alarak gemiyi kurtarma yetkisini kıyı devleti İtalya'ya devretmeyi kabul etmektedir.[61] Buradan anlaşıldığı üzere her iki devlet de batık devlet gemileri bakımından bayrak devletinin egemenlik haklarının devam ettiğini ve bu hakkın yalnızca bayrak devletinin açık feragati veya devri ile sona erdiğini kabul etmektedir.[62]

Yine İngiltere ile Güney Afrika arasındaki bir antlaşma da bu uygulamayı teyit etmektedir. İngiliz Kraliyet Donanması'na ait HMS Birkenhead, 1852'de Güney Afrika (o zamanki adıyla "Cape Colony") açıklarında 445 mürettebatı ile batan bir asker taşıma gemisiydi. Geminin aynı zamanda 240.000 adet altın sikke taşıdığı yolunda da bilgiler bulunmaktaydı. Denizcilik teknolojisindeki gelişmeler Güney Afrikalı deniz arkeologlarını gemiyi kurtarmak için cesaretlendirince İngiltere ile Güney Afrika arasında bir antlaşma imzalanmıştır. Bu antlaşma, batık geminin askeri mezarlık statüsünü korumakta, aynı zamanda İngiltere'nin gemi üzerindeki mülkiyetine halel getirmeksizin Güney Afrika'ya kurtarma çalışmalarına devam

---

59 ibid.

60 ibid.

61 Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Italy regarding the Salvage of H.M.S. 'Spartan', 6 November 1952 <https://treaties.fcdo.gov.uk/data/Library2/pdf/1953-TS0002.pdf> Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2024.

62 William V. Dunlap, 'Ownership of Underwater Cultural Heritage' (2018) 49(3) Journal of Maritime Law and Commerce 425, 438.

etme izni vermekteydi. Dikkat çekici şekilde İngiliz Dışişleri Bakanlığı bu antlaşmanın ayrıca diğer Kraliyet Donanması gemilerinin enkazlarını korumak için diğer ülkelerle gelecekte yapacakları antlaşmalar için emsal teşkil edeceği umudunu da dile getirmekteydi.[63]

İngiltere'nin bu umudu başka vesilelerle gerçekleşmiştir. 1845 yılında iki İngiliz savaş gemisi, HMS Erebus ve HMS Terror, Kuzeybatı Geçidi (Kanada Arktik Takımadaları ve Alaska kıyılarından geçen) olarak bilinen Arktik bölgesini bulma seyrüsefer emrindeyken 129 mürettebatıyla birlikte arkalarında herhangi bir iz bırakmadan kaybolmuştur.[64] HMS Erebus 2014 yılında ve HMS Terror 2016 yılında Kanada karasularında bulununca, mülkiyet meselesi henüz 1997 yılında İngiltere ve Kanada arasında imzalanan mutabakat bildirisine göre çözülmeye çalışılmıştır. Bu bildiri ile İngiltere'nin batık gemiler ve yükleri üzerindeki mülkiyetinin ve devlet bağışıklığının devam edeceği, ancak enkazların araştırılması ve kurtarılması yetki ve kontrolünün Kanada'ya devredileceği konularında anlaşılmıştır. İngiltere ayrıca, batık gemilerin bulunması halinde mülkiyeti Kanada'ya devretme niyetini bildirmiş, buna karşın "enkazlardan çıkarılan altın" ve daha önemlisi "İngiltere tarafından Kraliyet Donanması için olağanüstü öneme sahip olduğu belirlenen herhangi bir eser" üzerindeki mülkiyet haklarını elinde tutmaya devam etmiştir.[65]

Bahse konu devlet uygulamasına destek için yorumcular tarafından sıklıkla referans verilen bir başka antlaşmanın da ayrıca ele alınması gerekmektedir. 1950-1970 yılları arasında Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'ne ait çok sayıda gemi batığı Avustralya kıyı ve açıklarında bulununca iki devlet mülkiyet meselesini bir antlaşma ile çözüme kavuşturmuştur. 1972 yılında Avustralya ve Hollanda devletleri arasında imzalanan antlaşma ile Hollanda "Batı Avustralya Eyaleti kıyısında veya açıklarında bulunan Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'ne ait batık gemiler ve bunlara ait her türlü eşya üzerindeki tüm hak, mülkiyet ve menfaatlerini Avustralya'ya devretmeyi" kabul etmiştir.[66] Bu antlaşma da batık devlet gemilerinin sahip olduğu bağışıklığın yalnızca bayrak devletinin açık feragati veya devri ile sona erdiğini göstermektedir.

Aynı yöndeki devlet uygulaması Fransa ile ABD arasında 1989 ve 2003 yıllarında karşılıklı olarak izlenmiştir. 1989 yılında iki ülke arasında yapılan bir antlaşma ile Fransa, 19 Haziran 1864'te Cherbourg (Fransa) açıklarında yapılan savaşta USS Kearsarge tarafından batırılan Konfedere savaş gemisi CSS Alabama enkazının,

---

63 'HMS Birkenhead' (1990) 5(2) International Journal of Estuarine and Coastal Law 404, 404-405.

64 Christina LaBarge, 'How Two Sunken Ships Caused a War: The Legal and Cultural Battle between Great Britain, Canada, and the Inuit over the Franklin Expedition Shipwrecks' (2019) 42(1) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 79, 80-81; Roy Balleste, 'The Ethics of Space Exploration: Harrowing Stories of Death, Survival, and the Unknown' (2002) 37(2) Connecticut Journal of International Law 138, 149-150.

65 LaBarge (n 63) 85.

66 Patrick J. O'Keefe and Lyndel V. Prott, 'Australian Protection of Historic Shipwrecks' (1978) 6 Australian Year Book of International Law 119, 123-124.

tüm yükleri de dâhil olmak üzere, Amerika Konfedere Devletleri'nin halef devleti olan ABD'nin mülkiyetinde olduğunu kabul etmiştir.[67]

2003 yılında ise iki ülke bir anlamda ödeşmiştir. 1684 yılında, Fransa Kralı Mississippi Nehri'nde bir koloni kurması için Fransız Donanması'na ait La Belle adında bir gemi donatmış, ancak gemi 1686'da şiddetli bir fırtınanın ardından bugünkü Teksas yakınlarında bulunan Matagorda Körfezi'nde batmıştır. 1995'te La Belle'in kalıntıları ABD makamlarınca bulunmuş ve geminin gövdesi ve üzerindeki yükler kurtarılmıştır. ABD, 1996 yılında batık gemi üzerindeki Fransız mülkiyetini kabul etmiş, Fransa ise 1997 yılında resmi olarak mülkiyet hakkı ileri sürmüştür. 2003'te iki ülke, "Fransa Cumhuriyeti, La Belle'in enkazının mülkiyetini terk etmemiş veya devretmemiştir ve bu nedenle mülkiyetini sürdürmektedir" hükmünü içeren bir antlaşma imzalamışlardır.[68]

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün olsa da[69] HMS Sussex türü itibarıyla bahsedilmeye değer son bir örnek olarak aktarılmalıdır. XIV. Louis'in genişleme politikasına karşı oluşturulan özel bir İngiliz donanma filosunun savaş gemilerinden olan HMS Sussex, Cebelitarık Boğazı'nı geçtikten sonra, Afrika kıyılarından gelen şiddetli bir fırtınada açık denizde savunmasız kalarak diğer on iki gemi ile birlikte 1694 yılının Şubat ayında Akdeniz'in sularına gömülmüştür. HMS Sussex batma anında bugünkü değeri yaklaşık 4 milyar dolar olduğu tahmin edilen altın ve gümüş sikke taşımaktaydı. Hazineyi çıkarmak isteyen ABD merkezli özel bir şirket olan Odyssey Maritime Explorations, 1998 ile 2001 yılları arasında Batı Akdeniz'de 400 mil karelik bir deniz tabanını tarayarak HMS Sussex batığını Cebelitarık Boğazı'nın doğusunda keşfetmiştir. Bu keşfin hemen ardından şirket, İngiltere ile görüşmelere başlamış ve taraflar Eylül 2002'de Sussex Antlaşması'nı imzalamışlardır.[70] Enkazdan çıkarılan maddi değerlerin paylaşımı ve ödemelere ilişkin finansal kısımlar bir yana bırakılırsa, Sussex Antlaşması'nın 5/d maddesi uyarınca, İngiltere "tüm süreç boyunca gemi enkazının sahibi olarak kalmaya devam edecektir."[71] Sussex

---

67 Agreement concerning the wreck of the CSS Alabama, U.S.-Fr., Oct. 30, 1989, T.I.A.S. No. 11687.

68 'U.S.-France Agreement regarding the Sunken Vessel La Belle' (2003) 97 The American Journal of International Law 688, 688-689; Ruida Chen, 'Bilateral or Multilateral Agreements between States for the Settlement of Dispute over Ownership of Underwater Cultural Heritage: Background, Ownership Clauses, and Implications for China' (2002) 4 China Oceans Law Review 111, 122-123.

69 Örneğin 2013 yılında İngiltere ile ABD 1748 yılında Miami'de batan İngiliz gemisi HMS Fowey üzerindeki İngiliz mülkiyetinin devam ettiğini kabul eden bir mutabakat bildirisi imzalamışlardır (bkz. Chen (n 64) 124).

70 Cathryn Henn, 'The Trouble with Treasure: Historic Shipwrecks Discovered in International Waters' (2012) 19(2) University of Miami International and Comparative Law Review 141, 185-186; Michael R. Nelson, 'Finders, Weepers-Losers, Keepers - Florida Court Says U.S. Company Must Return Recovered Treasure to Kingdom of Spain' (2010) 16(3) Law and Business Review of the Americas 587, 597.

71 Partnering Agreement Memorandum Concerning the Shipwreck of the HMS Sussex, Between the Government of the United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland & Odyssey Marine Exploration, Inc. (Sep. 27, 2002) <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/798528/000094883002000353/

Antlaşması, bir devlet ile özel bir ticaret şirketi arasında bir savaş gemisinin kurtarılması ve kazancın paylaşımı konusunda yapılan muhtemelen ilk antlaşma olması ve devlet uygulamasının ticaret şirketleri tarafından da takip edildiğini göstermesi bakımlarından önemlidir.[72]

III. YARGI UYGULAMASI ÇERÇEVESİNDE BATIK DEVLET GEMİLERİNİN BAĞIŞIKLIĞI

Batık devlet gemilerinin bağışıklığına ilişkin yukarı aktarılan *opinio juris* ve devlet uygulaması yargı kararlarıyla da çeşitli vesilelerle onaylanmıştır. Bu yargı kararlarını ilginç hale getiren ise, bayrak devletinin mülkiyetine diğer devletler tarafından değil de genellikle yabancı özel şirketler tarafından meydan okunmasıdır. Bu anlamda İspanya'nın devlet gemileri ile ilgili olan ve ABD mahkemeleri nezdinde karara bağlanan iki dava, batık devlet gemilerinin hukuki statüsüne ve yabancı özel şirketlerin faaliyetlerine ilişkin önemli tespitler içermektedir. Yine bir ABD savaş gemisinin kampanasının konu edildiği United States v. Steinmetz davası da yukarıda aktarılan açık feragat/terk kuralını tasdik etmektedir. Ayrıca Singapur ve Norveç mahkemelerinin de aynı yönde kararları bulunmaktadır.

A. Juno ve La Galga Davası

La Galga isimli fırkateyn 1732'de İspanyol Donanması'nda görev almaya başlamış ve son yolculuğu için 18 Ağustos 1750'de Havana'dan İspanya'ya doğru yola çıkmıştır. La Galga, İspanyol ticaret gemilerinden oluşan bir konvoyu korumak, bir deniz piyade taburunu, bazı İspanyol Kraliyet mallarını ve bazı İngiliz askeri mahkûmlarını İspanya'ya taşımak üzere görevlendirilmiştir. Ancak, sefere başlamasından bir hafta sonra Küba ile Bahamalar arasında bir kasırga ile karşılaşan La Galga, Amerikan kıyılarına doğru batıya sürüklenmiş ve sonunda Maryland/Virginia sınırı açıklarında batmıştır. La Galga'nın enkazı, yirminci yüzyılın sonlarına kadar su altında kalmıştır.[73]

Bir başka İspanyol fırkateyni olan Juno'nun kaderi de La Galga'nınki ile aynı olmuştur. Juno, Avrupa'yı 1815'e kadar etkisi altına alan Napolyon Savaşları'nın patlak vermesinin hemen ardından 1790 yılında İspanyol Donanması'nda görev almaya başlamıştır. 15 Ocak 1802'de Veracruz'dan (Meksika) İspanya'ya doğru yola çıkan gemide askerler ve aileleri ile İspanyol devlet görevlileri bulunmaktaydı. Amerika yakınlarında kuvvetli bir fırtınaya yakalan Juno, su almaya başlamış

ex109.txt> Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2024.

72 Jeremy Neil, 'Sifting through the Wreckage: An Analysis and Proposed Resolution concerning the Disposition of Historic Shipwrecks Located in International Waters' (2010) 55(3) New York Law School Law Review 895, 917. İspanyol sularında batan HMS Sussex'in İngiliz mülkiyetinde olduğunu İspanya'nın da 2007 yılında kabul ettiği ayrıca not edilmelidir. Bkz. Aznar-Gomez, 'Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage' (n 27) 222.

73 Walker (n 33) 314-316.

ve batma tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır. Bir Amerikan gemisi (La Favorita) limana kadar eşlik ederek Juno'yu kurtarmaya çalışsa da yeniden şiddetlenen fırtına nedeniyle Juno sular altında kaybolmuştur. İspanya'nın arama kurtarma çabalarına rağmen Juno'nun enkazı, La Galga'nın enkazının çok uzağında olmayan bir yerde 1990'ların sonlarında keşfedilmiştir.[74]

Her iki enkazı da bulan Virginia merkezli özel bir Amerikan şirketi olan Sea Hunt Inc., arama çalışmalarına başlaman önce, 1987 tarihli Terk Edilmiş Gemi Enkazları Hakkındaki Kanun ("Abandoned Shipwreck Act") uyarınca Virginia Eyaletinden araştırma/keşif izni almıştır. Bu kanuna göre ABD, karasularında batık halde bulunan "terkedilmiş" gemi enkazları üzerinde otomatik mülkiyet iddiasında bulunmakta ve ancak mülkiyet hakkını enkazın bulunduğu eyalete devretmektedir (somut olayda Virginia eyaleti).[75] Bu izin kapsamında bulunan gemi enkazları ve üzerlerindeki eşyanın mülkiyeti Virginia Eyaletine geçecek, ancak şirket çıkarılan eşyanın değerinin yüzde yetmiş beşine hak kazanacaktır.[76]

Sea Hunt, gemilerin ve taşıdığı eşyanın kurtarılmasını takiben kaynaklanabilecek muhtemel ihtilaflardan kaçınmak amacıyla, Virginia Bölge Mahkemesi'ne başvurarak bir çeşit ayni hak davası ("in rem action") açmıştır. Sea Hunt, gemilerin "hiçbir zaman İspanya Krallığı'nın egemenlik yetkisine tabi olmadığını" ve Virginia eyaletinin gemilerin tek ve münhasır sahibi olduğunu içeren bir tespit hükmü talep etmiştir[77]. Her ne kadar Bölge Mahkemesi Sea Hunt'ı Terk Edilmiş Gemi Enkazları Hakkındaki Kanun kapsamında münhasır kurtarıcı olarak tespit etse de şirketi ABD ve İspanya'yı kurtarma faaliyetleri hakkında bilgilendirmesi konusunda yükümlü kılmıştır.[78] Sea Hunt'ın bildirimleri üzere hem İspanya hem de ABD, iki ülke arasındaki antlaşma yükümlülükleri nedeniyle gemilerin terk edilmiş olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.[79] Yine İspanya, ABD ile İspanya arasında 3 Temmuz 1902 tarihinde imzalanan Dostluk ve Genel İlişkiler Antlaşması'na dayanarak iki geminin de kendi mülkiyetinde olduğu iddia etmiştir.[80] Benzer şekilde İspanya, bu gemilerin deniz mezarlıkları olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu ne-

74 ibid. 316-317.

75 43 U.S.C. §§ 2101-2106 (1994).

76 M. Barış Güner, 'Kurtarma Hukukunda Sualtı Kültür Varlıkları' (2010) 26(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 57, 57-72; Brooke Wright, 'Keepers, Weepers, or No Finders at All: The Effects of International Trends on the Exercise of U.S. Jurisdiction and Substantive Law in the Salvage of Historic Wrecks' (2008) 33(1) Tulane Maritime Law Journal 285, 287-288; Walker (n 33) 317.

77 Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels, 47 F. Supp. 2d 678, 682 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/47/678/2527737/> Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2024.

78 ibid. 682.

79 Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels, 221 F.3d 634, 647 <https://coast.noaa.gov/data/Documents/OceanLawSearch/Sea%20Hunt,%20Inc.,%20221%20F.3d%20634%20(4th%20Cir.%202000).pdf> Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2024.

80 ibid. 638.

denle de herhangi bir kurtarma tazminatının konusu olamayacağını savunmuştur.[81] Buna karşın Sea Hunt, batma olayı üzerinden oldukça uzun bir süre geçmesi nedeniyle gemilerin terk edilmiş kabul edilmesi ve dolayısıyla buluntu hukukuna tabi olması gerektiğini savunarak mahkemenin zımni feragat standardına göre hüküm tesis etmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.[82]

Bölge Mahkemesi İspanya'nın La Galga üzerindeki mülkiyet hakkını kaybettiği, ancak Juno üzerindeki mülkiyet hakkını devam ettirdiği hükmünü kurarken açık feragat ("express abandonment") ilkesine dayanmıştır. Mahkemeye göre, Fransa, Büyük Britanya ve İspanya arasında imzalanan 1763 tarihli Kesin Barış Antlaşması'nın 20'nci maddesi İspanya'nın La Galga'nın mülkiyetini açıkça terk ettiğini gösteriyordu.[83] Diğer taraftan mahkeme, İspanya'nın Juno'yu açıkça terk etmediğine ve dolayısıyla mülkiyet hakkını elinde tuttuğuna karar vererek Sea Hunt'ın İspanya'nın izni olmadan Juno için kurtarma operasyonları gerçekleştiremeyeceğine ve gerçekleştirmiş olsa bile tazminata hak kazanamayacağına karar vermiştir.[84]

Karar aleyhine hem İspanya hem de Sea Hunt ve Virginia Eyaletinin temyiz başvuruları üzerine, dava ABD Temyiz Mahkemesi Dördüncü Dairesi tarafından kesin olarak karara bağlanmıştır. Dördüncü Daire, Bölge Mahkemesi'nin La Galga'nın İspanya tarafından açıkça terk edildiği kararını bozmuş ve Juno hakkındaki kararını da onamıştır. Mahkemeye göre açık feragat ilkesinin uygulanabilmesi için, hak sahibinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkından açıkça vazgeçtiğinin şüpheden uzak ve ikna edici kanıtlarla gösterilmesi gerekir. Buna karşın Mahkeme, Sea Hunt'ın İspanya'nın Amerika'daki malları ve enkazlar üzerindeki haklarından feragat ettiğine dair ileri sürdüğü 1763 Antlaşması'nda ilgili devletin bu konuda herhangi bir iradesine atıfta bulunulmaması nedeniyle açık feragatin söz konusu olmadığını tespit etmiştir.[85] Aynı şekilde mahkeme, Sea Hunt'ın İspanya'nın Juno üzerindeki mülkiyet haklarından açıkça feragat ettiğine dair hiçbir kanıt sunmadığı tespitinde bulunmuştur.[86] Bu karar ile uzun zamandır kayıp olan iki batık gemiyi bulma zahmetine ve masrafına katlanan Sea Hunt çabalarının karşılığında hiçbir maddi kazanç elde edememiştir.[87]

Bu karar birkaç açıdan önemlidir. Birincisi, hem İspanya ve ABD hem de mahkeme batık devlet gemilerinin mülkiyetinin – gemi başka bir devletin karasularında olsa bile – bayrak devletinde kaldığını kabul etmiştir. İkincisi, karar ile batma hadisesinin üzerinden ne kadar uzun bir süre geçerse geçsin mülkiyet hakkının etkilen-

81 ibid.

82 ibid. 640.

83 47 F. Supp. 2d (n 76) 691.

84 ibid. 691.

85 221 F.3d (n 78) 640.

86 ibid. 645-648.

87 Dromgoole (n 4) 147-149.

meyeceği tasdik edilmiştir. Üçüncüsü, davacının dayandığı "zımni feragat" iddiası mahkeme tarafından bir bütün olarak reddedilmiş ve bayrak devletinin haklarının ancak açık feragat ile sona ereceği kabul edilmiştir.

B. Mercedes ("Black Swan") Davası

Batık devlet gemilerinin mülkiyetinin bayrak devletinin açık feragati olmaksızın üçüncü devletlere ya da onları bulan özel hukuk kişilerine geçmeyeceğine dair yargı uygulaması "Black Swan" olarak bilinen dava ile de teyit edilmiştir. Black Swan olayında, Amerikalı derin deniz araştırma ve keşif şirketi Odyssey Marine, 2007 yılının başlarında, tam konumu açıklanmayan uluslararası sularda bir veya birkaç gemi enkazıyla birlikte yaklaşık on yedi ton gümüşten oluşan ve değeri 500 milyon doların üzerinde olan madeni paralar keşfettiğini duyurmuştur. Enkazın yeri veya madeni paraların kaynağını açıklamasa da İspanya Kültür Bakanlığı hazinenin İspanyol bayraklı bir gemiden çıkarıldığını, Odyssey Marine'in keşfettiği geminin 1804 yılında Peru'dan hareket eden ve bir İngiliz savaş gemisi tarafından batırılan bir İspanyol devlet gemisi olan Mercedes olduğunu iddia etmiştir. Güvenlik endişelerini gerekçe gösteren Odyssey Marine, batığın veya batıkların konumu veya kimliği hakkında bilgi vermekten kaçınmış, ancak bunlara "Black Swan" kod adını vermiştir.[88]

Odyssey Marine, Florida Bölge Mahkemesi'nde açtığı ayni hak davasında ("in rem action") mahkemeden kendisini "terk edilmiş gemi enkazının ve bu enkazdan çıkarılan eşyaların gerçek, tek ve münhasır maliki" olarak kabul eden bir tespit kararı talep etmiştir.[89] Ek olarak Odyssey Marine, terditli olarak açtığı davada önce buluntu hukuku uyarınca çıkarılan eşya üzerinde zilyetlik ve mülkiyet hakkı; bu mümkün olmazsa kurtarma hukuku uyarınca arama/kurtarma faaliyetleri için bir tazminat talep etmiştir.[90] Yargılama süresince Peru ile birlikte Mercedes'te bulunanların alt soylarından geldiklerini iddia eden pek çok gerçek kişi de davaya müdahil olmaya çalışmıştır. Peru 1804 yılında İspanya'nın bir parçası olduğu için, devlet halefiyeti ilkesine dayanarak Peru'dan yola çıkan İspanyol gemisinin taşıdığı yükün yasal sahibi olduğunu iddia etmiştir.[91] Gerçek kişiler ise, batma anında Mercedes'te

---

88 Aznar-Gomez, 'Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage' (n 27) 214-215; Dromgoole (n 4) 149; Wright (n 75) 295-296; Curfman (n 34) 185-186. (Bkz. Aznar-Gomez, 'Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage' (n 27) 215).

89 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Amended Complaint against The Unidentified Shipwrecked Vessel filed by Odyssey Marine Exploration, Case No: 8:07-CV-00614-SCB-MAP, Filing 25, para. (c) of the Prayer for Relief Section (August 7, 2007) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/25/0.pdf> Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

90 ibid. para. (d) of the Prayer for Relief Section.

91 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Response in opposition re 131 Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment filed by Republic of

bulunan kişilerin alt soyu olarak, geminin taşıdığı yükün İspanya Krallığı'na ait olmayan kısmının yasal sahipleri olduklarını ileri sürmüşlerdir.[92]

İspanya'nın davaya ilişkin argümanları dört temel başlık altında özetlenebilir. Buna göre ilk olarak, Mercedes'in İspanya Kraliyet Donanması'na ait bir savaş fırkateyni olduğu konusunda şüphe bulunmamaktaydı. İkinci olarak, İspanya gemi üzerindeki egemenlik haklarından hiçbir zaman açıkça feragat etmemişti. Üçüncü olarak, hem uluslararası hukuka hem de ABD iç hukukuna göre, yabancı devlet gemilerine ABD gemileri ile aynı hukuki rejim uygulanmalıydı. Dördüncü olarak ise, Yabancı Devlet Yargı Bağışıklığı Yasası ("Foreign Sovereign Immunity Act - FSIA") uyarınca ABD mahkemesi gemi ve taşıdığı yük üzerinde konu bakımından yargı yetkisine sahip değildi.[93] Ayrıca belirtilmelidir ki İspanya'nın hukuki pozisyonu ABD tarafından da desteklenmiştir.[94]

Davanın Tetkik Hâkimi ("Magistrate Judge"), İspanya'nın hukuki iddialarının tamamını destekleyen raporunu 3 Haziran 2009'da mahkemeye sunmuştur.[95] Rapora yönelik itirazlar ve karşı itirazların ardından, 22 Aralık 2009'da Bölge Mahkemesi, Tetkik Hâkiminin raporunda belirttiği hususların tamamını onaylayan kararını açıklamıştır.[96] Mahkeme dosyayı ele alırken uyguladığı analitik perspektifi, "bir [ABD] federal mahkemesinin Avrupa kıtası açıklarında uluslararası sularda keşfedilen yüzyıllar öncesine ait bir gemi enkazıyla ilgili kurtarma taleplerini yargılama görevi üstlenmesinin garip görünebileceği" endişesini belirttikten sonra – "jus gentium" ve "constructive in rem jurisdiction" ilkelerine referansla – İspanya'nın egemenlik

Peru, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 141, s. 3 (November 17, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/141/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

92 Dromgoole (n 4) 100 dn. 19.

93 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment by Kingdom of Spain, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 131 (September 22, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/131/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

94 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Statement of Interest and Brief as Amicus Curiae in support of the Kingdom of Spain by United States of America; re 244 Order on motion to file amicus brief, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 247 (September 29, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/247/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

95 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Report And Recommendation re 132 Motion to vacate 5 Order on Motion for Miscellaneous Relief pursuant to Supplemental Rule E(4)(f) filed by Kingdom of Spain, 131 Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment filed by Kingdom of Spain. Signed by Magistrate Judge Mark A. Pizzo on 6/3/2009, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 209 (June 3, 2009) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/209/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

96 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Order, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 270 (December 22, 2009) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/270/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

haklarına saygı temelinde açıklamıştır.[97]

Mercedes mahkemesi Odyssey Marine şirketinin iddialarını reddederken oldukça kapsamlı gerekçeler ortaya koymuştur ki bu nedenden ötürü gerekçeli kararın benzer davalarda emsal teşkil edebilmesinin önü açılmıştır. Odyssey Marine'nin öne sürdüğü en kuvvetli argümanlardan biri 1804'te battığında özel kargo da taşıyan Mercedes'in münhasıran ticari olmayan bir kamu hizmetinde olmadığı ve bu nedenle İspanya'nın devlet bağışıklığı iddiasına dayanamayacağıydı. Mercedes'in batmasına sebep olan İngiltere'den savaş sonrası tazminat alamayan İspanya'nın, zarar görenlere tazminat ödemeyi teklif etmesinden yola çıkan Odyssey Marine, İspanya'nın Mercedes'teki tüm eşyanın kamu mülkü olmadığını kabul ettiği sonucuna varmaktaydı. Odyssey Marine'nin iddiasına göre, tüm eşyaya devlet bağışıklığı atfetmek hak sahiplerinin (İspanya dışındaki özel hukuk kişilerinin) mülkiyet haklarını reddetmek anlamına gelecekti. Bu nedenledir ki mahkeme yükü gemiden ayrı olarak ele almalıydı.[98]

ABD Yüksek Mahkemesinin Filipinler eski Devlet Başkanı Ferdinand Marcos tarafından çalındığı iddia edilen bir eşya konusunda açılan davada devlet bağışıklığı ilkesinin uygulandığı Republic of Philippines v. Pimentel davasına atıf yapan Bölge Mahkemesi kararına göre, "özel hukuk kişilerinin haklarının ayrıca ele alınıp yargılamaya konu edilmesi, İspanya'nın mülkiyet haklarını da zorunlu olarak etkileyecektir. Böyle bir uygulama, FSIA ile ulaşılmak istenen amaçları engelleyecek ve İspanya'nın egemenlik haklarına hukuka aykırı şekilde zarar verecektir."[99] Ayrıca Odyssey Marine'nin taşınan yükü üzerinde bulunduğu gemiden ayrı tutan yaklaşımının geleneksel deniz hukuku ilkelerinden saptığına işaret eden Mahkeme, "[b]ir gemi ve yükü ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiştir" değerlendirmesinde bulunmuştur.[100]

İkinci olarak bu dava uluslararası sularda bulunan batık gemiler özelinde ulusal yargı yetkisinin sınırları bakımından da önemlidir. Mercedes gemisi Odyssey Marine tarafından Cebelitarık Boğazı açıklarında uluslararası sularda keşfedilmiştir.[101] Bölge Mahkemesi *in custodia legis* ilkesine gönderme yaparak bir mahkemenin ayni hak iddiasına ilişkin yargı yetkisini kullanabilmesi için, eşyanın mahkemenin erişilebilir hükmetme alanında olması gerektiğine işaret etmiştir.[102] Sınır aşan yargı yetkisinin kullanımını içeren bir uyuşmazlığı ele alan bir mahkemenin egemen devletler arasındaki yükümlülükleri de göz

97 ibid. 12.

98 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Order, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 179 (February 13, 2009) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/179/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

99 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Filing 270 (n 95) 22.

100 ibid. 23.

101 ibid. 1.

102 ibid. 13 ("Mahkemeler, mahkemenin yargı sınırları içinde bulunan gemiler ve yükleri üzerinde fiili ya da farazi zilyetlik teorileri kapsamında rutin olarak yargı yetkisi kullanmışlardır").

önünde bulundurması gerektiğine işaret eden Bölge Mahkemesi, işe geminin statüsünü tespit etmekle başlamıştır. Bu tespite göre, Mercedes'in İspanya'nın mülkiyetinde olduğuna şüphe yoktur, zira gemi 1788 yılında Havana'da (Küba) İspanyol Donanması'na ait bir tersanede donanma mühendisleri tarafından inşa edilmiştir; tüm hizmet süresi boyunca İspanyol Kraliyet Donanması'na ait subaylar tarafından komuta edilmiş ve İspanyol savaş fırkateyni olarak görev yapmıştır; Kraliyet Donanması'nın resmi gemi sicilinde yer almaya devam etmektedir.[103] Bölge Mahkemesi, Odyssey Marine'in FSIA'nın 1609'uncu bölüm[104] hükümlerinin ABD dışındaki malları korumadığı; İspanya'nın eşyaya fiilen elinde bulundurması gerektiği; taşınan yükün özel hukuk kişisi mirasçıların taleplerini karşılamak için bölünmesi gerektiği iddialarının hiçbirini geçerli bulmamıştır. Mahkeme'ye göre bu iddialar, FSIA'nın "amaçlarından, sistematiğinden ve savaş gemilerine çeşitli antlaşmalar gereği tanınan özel statüden sapmaktadır."[105]

Burada üzerinde durulmayı gerektiren bir başka husus da Bölge Mahkemesi'nin Odyssey Marine'nin zilyetlik iddiasına yönelik verdiği karardır. Odyssey Marine'nin iddiasına göre, enkazın derinliği, enkaz alanının büyüklüğü ve üzerinden geçen uzunca bir zaman göz önüne alındığında, şirket tarafından keşfi anında İspanya'nın geminin fiili zilyedi olmadığı için devlet bağışıklığından kaynaklanan haklara sahip olmamalıdır.[106] Ancak Bölge Mahkemesi meseleyi FSIA'nın lafzi yorumu üzerinden ele alarak davacının iddiasını reddetmiştir. Buna göre, "ABD Kongresi FSIA'yı yasalaştırdığında, yasanın içeriğine fiili zilyetlik şartını dâhil etmemiştir. Bunun yerine, yalnızca 'Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan yabancı bir devlete ait mal varlığı muaf olacaktır ….' ifadesini kullanmıştır. FSIA'nın hiçbir yerinde, Odyssey'nin ileri sürdüğü zilyetlik şartı bulunmamaktadır ve [Mahkeme] de bu şartı yasanın lafzına eklemeyi reddetmiştir."[107] Her ne kadar Bölge Mahkemesi doğrudan uluslararası hukuka atıfta bulunmasa da gerekçenin uluslararası hukuka ikame edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bölge Mahkemesi Odyssey Marine'nin herhangi bir tazminata hak kazanamadığına ve gemiyi on gün içinde İspanya'ya iade etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

---

103 ibid. 17-18.

104 "Bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte Birleşik Devletler'in taraf olduğu mevcut uluslararası antlaşma hükümleri saklı kalmak üzere, Birleşik Devletler'de bulunan yabancı bir devlete ait mal varlığı, bu bölümün 1610 ve 1611. maddelerinde belirtilen durumlar hariç olmak üzere haciz, tutuklama ve icradan muaf olacaktır" 28 U.S. Code § 1609.

105 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Filing 270 (n 95) 18.

106 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Response to motion re 131 Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment filed by Odyssey Marine Exploration Inc., Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 138 (November 17, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/138/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

107 Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Filing 270 (n 95) 20.

Bu hüküm Odyssey Marine, Peru ve diğer 25 özel hukuk kişi tarafından temyiz edilse de temyiz dairesi Bölge Mahkemesinin kararını onamış ve karar 2011 yılında kesinleşmiştir.[108]

C. Steinmetz Davası

Her ne kadar ABD özelinde kalsa da hem devlet hem de yargı uygulamasını göstermesi açısından kısaca ele alınabilecek bir başka dava da United States v. Steinmetz davasıdır.[109] United States v. Steinmetz davasının ana konusunu, 1864 yılında Fransa kıyılarında USS Kearsarge tarafından batırılan bir Konfederasyon savaş gemisi olan CSS Alabama'nın çanı (kampana) oluşturmuştur.[110] Amerikalı bir koleksiyoncu olan Richard Steinmetz, 1979 yılında Londra'da katıldığı bir antika silah fuarında tanıştığı birinin yönlendirmesi ile çanı Hastings'de bularak satın almış ve ABD Deniz Harp Okulu'na satmaya çalışmıştır.[111] ABD ise çanı satın almak yerine, çanın ABD'nin hiçbir zaman terk etmediği bir gemi enkazından çıkarıldığını iddia ederek çan üzerinde üstün mülkiyet hakkı ileri sürmüştür.[112] ABD, uzun zamandır takip ettiği emsal uygulamalar ve yargı kararlarını gerekçe göstererek, açık bir feragat beyanı veya eylemi yapılmadığı sürece batık savaş gemisinin veya gemideki herhangi bir malın hukuki mülkiyetini kaybetmeyeceğini savunmuştur.[113] ABD bunun yanı sıra, batma hadisesi üzerinden kısa veya uzun bir zamanın geçmesinin veya mülkiyet hakkının olumlu bir şekilde ileri sürülmemesinin mülkiyeti ortadan kaldırmaya yetmeyeceğini ileri sürmüştür.[114] Buradan ABD'nin batık savaş gemilerindeki mülkiyet hakkına ilişkin hukuki pozisyonunun açık bir feragat olmaksızın hakkın ortadan kalkmadığı veya devredilmediği yönünde olduğu da anlaşılmaktadır.[115]

Yargılama sonunda ilk derece mahkemesi davacının iddia ve taleplerinin reddi ile ABD'nin iddialarının kabulüne ve çanın mülkiyetinin ABD'ye verilmesine

---

108 Odyssey Marine Exploration v. Kingdom of Spain, No. 10-10269 (11th Cir. 2011), <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca11/10-10269/201010269-2011-09-21.pdf?ts=1411119598> Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2024.

109 United States v. Steinmetz, 763 F. Supp. 1293 (D.N.J. 1991).

110 ibid. 1294-1297.

111 ibid 1297.

112 ibid.

113 ibid.

114 ibid. 1299

115 Durum bu almakla beraber, ABD'nin batık devlet gemilerini zımni olarak terk ettiği sonucuna ulaşan eser miktarda örnek de bulunmaktadır. Örneğin Baltimore, Crisfield & Onancock Line, Inc. v. United States (140 F.2d 230, 4th Cir. 1944) davasında mahkeme, herhangi bir açık feragat eyleminde bulunmamış olsa bile, ABD hükümetinin bir savaş gemisini atış taliminde hedef olarak kullanarak batırmasını ve geminin yirmi dokuz yıl boyunca batık şekilde kalmasını göz ardı etmesini geminin terk edildiği anlamına geleceği şeklinde kadar vermiştir. Ayrıca bkz. Jeffery J. Crandall, 'Extending Admiralty Jurisdiction over Nonmaritime Property: Ascertaining the Salvor's Possessory and Proprietary Rights to Sunken Aicraf' (1984) 15(4) Pacific Law Journal 977, 1010-1011.

karar vermiştir.[116] Temyiz mahkemesi de aynı gerekçelerle kararı onamıştır.[117] ABD'nin savaş gemilerinin açık feragat dışında herhangi bir ölçüt altında terk edilmesine izin verip vermediği sorusunun cevabı Steinmetz kararına göre son derece açıktır: ABD, gemileri üzerindeki haklarından açık feragat olmadan vazgeçmemektedir.

D. Diğer Davalar

Devlet gemileri üzerinde hakkın açık feragat olmaksızın son bulmayacağına yönelik ABD mahkemelerinin yaklaşımı diğer yabancı devlet mahkemeleri tarafından da benimsenmiştir. Örneğin Alman denizaltısı U-859, 1944 yılında bir İngiliz denizaltısı torpilinin isabet etmesiyle Malakka Boğazı'nın uluslararası sularında batmıştır. Yaklaşık 28 yıl boyunca deniz tabanını kendine mesken edinen U-859, özel bir şirket tarafından yürütülen kurtarma çalışmalarına konu olunca mesele yargıya taşınmıştır.[118] Singapur Yüksek Mahkemesi, denizaltının malikinin Federal Almanya Cumhuriyeti olduğuna, zira mürettebatıyla birlikte batırılan gemiye yönelik Alman devletinin herhangi bir terk etme niyetinin olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre, "Almanya'nın 1945 yılında koşulsuz teslimiyetine rağmen Alman Devletinin varlığı hiçbir zaman sona ermemiştir ve Alman Devleti'ne ait olan her ne varsa, Müttefik Devletlerden biri tarafından derdest edilmediği sürece, [denizaltı] hâlâ Alman Devleti'nin malı olarak kalmaya devam etmektedir."[119]

Bir başka dava da Birinci Dünya Savaşı sırasında batırılan Alman U-76 denizaltısı ile ilgilidir. 1917 yılının ocak ayında Danimarka açıklarında bir mayına çarparak batan U-76 için 1923 yılında Norveçli özel şirketler tarafından başarısız birkaç kurtarma girişimi yapılmıştır. 1945 yılında ise Norveç'te bulunan tüm Alman mülklerine Norveç hükümeti tarafından el konulmuş ve 1957'de tüm Alman gemileri ve enkazları başka bir özel şirket olan Hovding Shipbreakers'a satılmıştır. U-76 denizaltına yönelik farklı şirketlerden gelen kurtarma talepleri olması nedeniyle konu yargıya taşınmıştır. Nihayet Norveç Yüksek Mahkemesi önüne gelen davada mahkeme, mülkiyet hakkının 1945 yılına kadar Almanya'ya ait olduğuna ve bir devletin batık savaş gemileri üzerindeki haklarının yalnızca belirli bir zaman geçmesiyle sona ermeyeceğine karar vermiştir.[120]

---

116 763 F. Supp. (n 108) 1300.

117 United States v. Steinmetz, 973 F.2d 212, 223 (3d Cir. 1992).

118 'Simon v Taylor' (1980) 56 International Law Reports 40-47.

119 ibid. 46-47.

120 Jason R. Harris, 'Protecting Sunken Warships as Objects Entitled to Sovereign Immunity' (2002) 33(1) University of Miami Inter-American Law Review 101, 120; Aznar-Gomez, 'Legal Status of Sunken Warships 'Revisited'' (n 36) 80; Sjur Brekhus, 'Salvage of Wrecks and Wreckage: Legal Issues Arising from the Rund Find' (1976) 20 Scandinavian Studies in Law 37, 53.

SONUÇ

Batık devlet gemileri genellikle tarihi nesneler olsalar da uluslararası hukukta sualtı kültürel mirasının küresel yönetiminin karşı karşıya olduğu yeni zorluklar hâlâ devam etmektedir. Eldeki çalışmanın sonuçları, arama kurtarma teknolojilerinin gelişmesi ile günümüzde keşfedilecek yeni gemi enkazlarının akıbetine birkaç açıdan ışık tutacaktır. Buna göre ilk olarak, açıkça terk edilmedikçe, bayrak devleti, batık devlet gemileri üzerindeki mülkiyet hakkını korumaktadır. Bu durum hem *opinio juris* hem de devlet uygulamasıyla defaatle ve istikrarlı olarak teyit edilmiştir. İkinci olarak, devlet gemilerinin hangi deniz bölgesinde bulunduğunun veya batmanın üzerinden ne kadar uzun bir süre geçtiğinin hiçbir önemi yoktur. Batık gemi, kıyı devletinin karasularında bulunsa bile bayrak devletinin mülkiyet hakkı zedelenmeyecektir. Aynı sonuç uluslararası sularda bulunan gemiler açısından da geçerlidir. Amerikan mahkemeleriyle sınırlı olmayan yargı kararları da bu yöndedir. Üçüncü olarak, batık devlet gemilerine yönelik herhangi bir faaliyet, eğer varsa bu durumdan etkilenen kıyı devletinin hakları gözetilerek, nerede bulunursa bulunsun bayrak devleti tarafından önceden ve açıkça yetkilendirilmedikçe bayrak devletinin haklarını ihlal edecektir.

Bu sonuçlar Uluslararası Hukuk Enstitüsü ("Institut de Droit International") tarafından 2015 yılında kabul edilen Uluslararası Hukukta Savaş Gemileri ve Diğer Devlet Gemilerinin Enkazlarının Hukuki Rejimi kararıyla da uyumludur. Söz konusu kararın 3'üncü maddesinde batık devlet gemilerinin "bayrak devleti dışındaki herhangi bir devletin yargı yetkisinden muaf" olacağı ve 4'üncü maddesinde "bayrak devleti enkazı terk ettiğini veya üzerindeki mülkiyet hakkını devrettiğini açıkça belirtmediği sürece bayrak devletinin mülkiyetinde kalacağı" ifade edilmektedir. 5'inci maddesi ise geminin yükü hakkındadır. Buna göre "1) Batık devlet gemilerindeki yükler, bayrak devletinden başka herhangi bir devletin yargı yetkisinden muaftır. 2) Bayrak devletine ait yük, o devletin mülkiyetinde kalır. 3) Diğer devletlere ait yük, o devletlerin mülkiyetinde kalır. 4. Bir geminin batması, gemideki yükle ilgili mülkiyet haklarını etkilemez. Ancak, yük, bayrak devletinin izni olmadan yerinden oynatılamaz veya çıkarılamaz."

Çalışmanın ulaştığı sonuçlar ve bu sonuçlara ulaşırken izlediği yöntem uluslararası teamül hukukunun pratik gelişimi açışından da önemlidir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, batık devlet gemilerinin devlet bağışıklığından faydalanıp faydalanmadığı sorusunun cevabı aranırken batığın gemi statüsünün korunup korunmadığı ön sorusunun cevaplanması pratik bir amaca hizmet etmemektedir. Eğer bir nesneye devlet bağışıklığı tanınacak ise, bu nesnenin devletin egemenlik alanında ve bu amaçla kullanılıyor olması (elbette uluslararası hukuka uygun olarak) yeterlidir. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, araştırma sorusuna daha tatmin edici bir cevap bulmak mümkün olmaktadır. Zira bu sefer mesele batık bir geminin hâlâ gemi olup olmadığı soyut tartışmasından, uluslararası hukukta böyle bir kuralın gerçekten var olup olmadığı somut tartışmasına evrilmektedir. Tüm çalışma boyun-

ca gösterildiği üzere, batık devlet gemileri üzerindeki mülkiyet hakkı devam ettiği için bu gemiler devlet bağışıklığından faydalanmaktadır. Gerçekten de hem *opinio juris* ve devlet uygulaması hem de yabancı mahkeme kararları bu yönde yerleşmiş – veya en azından uzun süredir ve istikrarlı olarak yerleşmekte olan – bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

'HMS Birkenhead' (1990) 5(2) International Journal of Estuarine and Coastal Law 404-405.

'Simon v Taylor' (1980) 56 International Law Reports 40-47.

'U.S.-France Agreement regarding the Sunken Vessel La Belle' (2003) 97 The American Journal of International Law 688-689.

28 U.S. Code § 1609.

43 U.S.C. §§ 2101-2106 (1994).

Agreement concerning the wreck of the CSS Alabama, U.S.-Fr., Oct. 30, 1989, T.I.A.S. No. 11687.

Aznar-Gomez MJ, 'Legal Status of Sunken Warships 'Revisited'' (2003) 9(1) Spanish Yearbook of International Law Online 61-101.

Aznar-Gomez MJ, 'Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage' (2010) 25(3) The International Journal of Marine and Coastal Law 209-236.

Balleste R, 'The Ethics of Space Exploration: Harrowing Stories of Death, Survival, and the Unknown' (2002) 37(2) Connecticut Journal of International Law 138-162.

Baltimore, Crisfield & Onancock Line, Inc. v. United States (140 F.2d 230, 4th Cir. 1944)

Bautista LB, 'Gaps, Issues, and Prospects: International Law and the Protection of Underwater Cultural Heritage' (2005) 14 Dalhousie Journal of Legal Studies, 57-89.

Bederman DJ, 'Historic Salvage and the Law of the Sea' (1998) 30(1) University of Miami Inter-American Law Review 99-130.

Berzak J, 'The Palestinian Bid for Statehood: It's Repercussions for Business and International Law' (2013) 12(1) Journal of International Business and Law 89-114.

Birleşmiş Millet Şartı (1 UNTS XVI).

Blake J, 'The Protection of the Underwater Cultural Heritage' (1996) 45(4) International and Comparative Law Quarterly 819-843.

Brekhus S, 'Salvage of Wrecks and Wreckage: Legal Issues Arising from the Rund Find' (1976) 20 Scandinavian Studies in Law 37-68.

Brownlie I, *Principles of Public International Law* (7. Baskı Oxford University Press 2008).

Caflisch L, 'Submarine Antiquities and the International Law of the Sea' (1982) 13 Netherlands Yearbook of International Law 3-32.

Chen R, 'Bilateral or Multilateral Agreements between States for the Settlement of Dispute over Ownership of Underwater Cultural Heritage: Background, Ownership Clauses, and Implications for China' (2002) 4 China Oceans Law Review 111-138.

Convention for the Unification of Certain Rules with Respect to Assistance and Salvage at Sea, of 23 September 1910, 37 Stat. 1658.

Crandall JJ, 'Extending Admiralty Jurisdiction over Nonmaritime Property: Ascertaining the Salvor's Possessory and Proprietary Rights to Sunken Aicraf' (1984) 15(4) Pacific Law Journal 977-1012.

Curfman D, 'Thar Be Treasure Here: Rights to Ancient Shipwrecks in International Waters - A New Policy Regime' (2008) 86(1) Washington University Law Review 181-208.

Dromgoole S, Underwater Cultural Heritage and International Law (Cambridge University Press, 2013).

Dunlap WV, 'Ownership of Underwater Cultural Heritage' (2018) 49(3) Journal of Maritime Law and Commerce 425-440.

Eustis II FA, 'The Glomar Explorer Incident: Implications for the Law of Salvage' (1975) 16(1) Virginia Journal of International Law 177-186.

Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Italy regarding the Salvage of H.M.S. 'Spartan', 6 November 1952 <https://treaties.fcdo.gov.uk/data/Library2/pdf/1953-TS0002.pdf> Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2024.

Feasibility Study for the Drafting of a New Instrument for the Protection of the Underwater Cultural Heritage, UNESCO Doc. 146 EX127 (Mart 23, 1995) <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000101285> Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2024.

Federal Register, Volume 69, Number 24 (Thursday, 5 February, 2004) 5647-5648 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2004-02-05/html/04-2488.htm> Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2024.

Forrest C, 'An International Perspective on Sunken State Vessels as Underwater Cultural Heritage' (2003) 34(1) Ocean Development & International Law 41-57.

Forrest C, *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks* (Edward Elgar Publishing 2019).

Gaskell NJJ, 'The 1989 Salvage Convention and the Lloyd's Open Form (LOF) Salvage Agreement 1990' (1991) 16(1) Tulane Maritime Law Journal 1-104.

Gökçe Y, 'Mutlak Yargı Bağışıklığından Sınırlı Yargı Bağışıklığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağışıklığı ve Ülkemizdeki Durum' (2014) 18(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-111.

Güner MB, 'Kurtarma Hukukunda Sualtı Kültür Varlıkları' (2010) 26(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 57-72.

Harris JR, 'Protecting Sunken Warships as Objects Entitled to Sovereign Immunity' (2002) 33(1) University of Miami Inter-American Law Review 101-126.

Henn C, 'The Trouble with Treasure: Historic Shipwrecks Discovered in International Waters' (2012) 19(2) University of Miami International and Comparative Law Review 141-196.

Idris JHM and Dewi CTI, 'Sovereign Immunity of Non-Commercial Government Vessels and Due Regard: China Coast Guard in the Natunas' (2021) 18(2) Indonesian Journal of International Law 229-252.

International Convention on Salvage, 28 April 1989, 1953 UNTS 165 <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201953/v1953.pdf> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2024.

International Court of Justice Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy), ICJ Reports (2012).

Kaya İ, 'Uluslararası Hukukta Devlet Bağışıklığı ve Jasta' (2017) 2(2) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-27.

Kuran S, 'Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı' (2011) 25(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 229-240.

LaBarge C, 'How Two Sunken Ships Caused a War: The Legal and Cultural Battle between Great Britain, Canada, and the Inuit over the Franklin Expedition Shipwrecks' (2019) 42(1) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 79-116.

Leich MN, Cumulative Digest of United States Practice in International Law 1980 (U.S. Government Publishing Office 1986).

Migliorino L, 'The Recovery of Sunken Warships in International Law', in Budislav Vakas (ed) Essays on the New Law of the Sea (Sveucilisna Naklada Liver 1985).

Moore JB, A Digest of International Law, c. Volume 2 (Governmet Printing Office 1906) 571-582 <https://hdl.handle.net/2027/hvd.32044089230650?urlappend=%3Bseq=5> Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2024.

Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks (adopted 18 May 2007, entered into force 14 April 2015) 46 ILM 694 <https://imli.org/wp-content/uploads/2021/03/Riesco-Carolina-Drafting.pdf> Erişim Tarihi: 01 Ağustos 2024.

Neil J, 'Sifting through the Wreckage: An Analysis and Proposed Resolution con-

cerning the Disposition of Historic Shipwrecks Located in International Waters' (2010) 55(3) New York Law School Law Review 895-922.

Nelson MR, 'Finders, Weepers-Losers, Keepers - Florida Court Says U.S. Company Must Return Recovered Treasure to Kingdom of Spain' (2010) 16(3) Law and Business Review of the Americas 587-602.

O'Keefe PJ and Prott LV, 'Australian Protection of Historic Shipwrecks' (1978) 6 Australian Year Book of International Law 119-138.

Oda S and Owada H, 'Annual Review of Japanese Practice in International Law XVI (1978-1980)' (1986) 29 Japanese Annual of International Law 74-197.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Amended Complaint against The Unidentified Shipwrecked Vessel filed by Odyssey Marine Exploration, Case No: 8:07-CV-00614-SCB-MAP, Filing 25 (August 7, 2007) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/25/0.pdf> Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Response in opposition re 131 Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment filed by Republic of Peru, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 141 (November 17, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/141/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment by Kingdom of Spain, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 131 (September 22, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/131/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Statement of Interest and Brief as Amicus Curiae in support of the Kingdom of Spain by United States of America; re 244 Order on motion to file amicus brief, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 247 (September 29, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/247/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Report And Recommendation re 132 Motion to vacate 5 Order on Motion for Miscellaneous Relief pursuant to Supplemental Rule E(4)(f) filed by Kingdom of Spain, 131 Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment filed by Kingdom of Spain. Signed by Magistrate Judge Mark A. Pizzo on 6/3/2009, Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 209 (June 3, 2009) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/209/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Order,

Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 179 (February 13, 2009) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/179/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel, Response to motion re 131 Motion to dismiss Amended Complaint or for summary judgment filed by Odyssey Marine Exploration Inc., Case No: 8:07-CV-00614-SDM-MAP, Filing 138 (November 17, 2008) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/florida/flmdce/8:2007cv00614/197978/138/0.pdf> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024.

Odyssey Marine Exploration v. Kingdom of Spain, No. 10-10269 (11th Cir. 2011), <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca11/10-10269/201010269-2011-09-21.pdf?ts=1411119598> Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2024.

Özer DK, 'Devletin Yargısal Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya- İtalya: Yunanistan Müdahil Davasında Verdiği Karar ve Düşündürdükleri' (2015) 5(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-216.

Partnering Agreement Memorandum Concerning the Shipwreck of the HMS Sussex, Between the Government of the United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland & Odyssey Marine Exploration, Inc. (Sep. 27, 2002) <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/798528/000094883002000353/ex109.txt > Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2024.

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (16. Baskı Turhan Kitabevi 2017)

Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Assistance and Salvage at Sea (Brussels 1967) <http://www.admiralty-lawguide.com/conven/protosalvage1967.html> Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2024.

Riphagen W, 'Some Reflections on 'Functional Sovereignty'' (1975) 6 Netherlands Yearbook of International Law 121-165.

Roberts H, 'The British Ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects' (2018) 67(4) International and Comparative Law Quarterly 833-865.

Sak Y, *Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2015).

Shaw MN, *International Law* (8. Baskı Cambridge University Press 2017).

Sarid E, 'International Underwater Cultural Heritage Governance: Past Doubts and Current Challenges' (2017) 35(2) Berkeley Journal of International Law 219-261.

Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels, 221 F.3d 634, 647 <https://coast.noaa.gov/data/Documents/OceanLawSearch/Sea%20Hunt,%20Inc.,%20221%20F.3d%20634%20(4th%20Cir.%202000).pdf> Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2024.

Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels, 47 F. Supp. 2d 678, 682 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/47/678/2527737/> Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2024.

Strati A, *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers 1995).

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (3. Baskı Beta 2008) 115).

The Exchange v. McFaddon 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

Thomas KR., 'Enforcing against State Assests: The Case for Redistricting Private Creditor Enforcement and How Judges in England Have Used Context When Applying the Commercial Purposes Test' (2015) 2(1) Journal of International and Comparative Law 115-140.

UN Doc. A/CONF.62/C.2/Informal Meeting/43/Rev.3.

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fiftyninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf> Erişim Tarihi: 10 Haziran 2024.

United States v. Steinmetz, 763 F. Supp. 1293 (D.N.J. 1991).

United States v. Steinmetz, 973 F.2d 212, 223 (3d Cir. 1992).

Walker JE, 'A Contemporary Standard for Determining Title to Sunken Warships: A Tale of Two Vessels and Two Nations' (2000) 12(2) University of San Francisco Maritime Law Journal 311-358.

Wright B, 'Keepers, Weepers, or No Finders at All: The Effects of International Trends on the Exercise of U.S. Jurisdiction and Substantive Law in the Salvage of Historic Wrecks' (2008) 33(1) Tulane Maritime Law Journal 285-312.

Yang X, State Immunity in International Law (Cambridge University Pres 2012.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683764

ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK VE İNSAN HAKLARI: BİRLEŞİK KRALLIK'TAKİ ŞERİAT KONSEYLERİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Multiculturalism and Human Rights: An Evaluation of Shari'a Councils in The United Kingdom

Abdulkadir PEKEL[*]
Burcu DEĞİRMENCİOĞLU[**]

Özet

Tarih boyunca, devletler çoğunlukla kendi egemenlikleri altında birden fazla kültürel kimliğe sahip toplulukları barındırmıştır. Bu nedenle, kültürel çeşitliliklere ilişkin bir politika geliştirmek, devletlerin temel görevlerinden biridir. Bu durum, çok kültürlülük tartışmalarını devlet ve siyaset teorisinin önemli konularından biri haline getirmektedir. Çok kültürlülük, hukuk teorisi açısından da önemli olabilmekte çünkü devletlerin hukuk politikalarında da farklılaşmayı, başka bir ifadeyle hukuki çoğulluğu beraberinde getirebilmektedir. Çok kültürlülüğün hukuk alanındaki yansıması olarak hukuki çoğulluk, genellikle sömürge-sonrası devletlerde, mevcut hukuk sisteminin yanında dini, geleneksel ya da yerlilere özgü hukukun uygulanması olarak tezahür etmektedir. Benzerleri farklı ülkelerde görülen, Birleşik Krallık'ta son yıllarda artışa geçen sayılarıyla Müslüman topluluk için faaliyet gösteren Şeriat Konseylerinin hukuki çoğulluk uygulaması olarak görülüp görülemeyeceği tartışılması gereken önemli sorulardan biridir. Birleşik Krallık'ta yaşayan Müslümanlara ait özel hukuk uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmak için çalışan, özellikle büyük oranda kadınlardan gelen İslami boşanma taleplerini inceleyen Şeriat Konseyleri, "herkes için tek hukuk (one law for all)" ilkesini ihlal etme tehlikesini barındırması ve kadın haklarının ihlali endişesiyle eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler, insan hakları ile çok kültürlülük ya da daha geniş anlamda insan hakları ile kültürel görecilik arasındaki tartışmayı gündeme getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çok kültürlülük, hukuki çoğulluk, insan hakları, şeriat konseyleri, Birleşik Krallık

Abstract

Throughout history, states have often harbored communities with multiple cultural identities under their sovereignty. Therefore, developing a policy on cultural diversity is one of the main tasks of states. This makes multiculturalism debates one of the most important issues in state and political theory. Multiculturalism can also be important for legal theory because it can bring about

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.10.2024*
➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

[*] Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara-Türkiye, abdulkadir.pekel@hbv.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-1696-6075.
[**] Dr. Öğr. Üyesi, Samsun Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Samsun-Türkiye, burcu.degirmencioglu@samsun.edu.tr, https://orcid.org/0000-0001-5721-9933.

differentiation in the legal policies of states, in other words, legal pluralism. Legal pluralism as a reflection of multiculturalism in the field of law is often manifested in post-colonial states as the application of religious, traditional or indigenous law alongside the existing legal system. One of the important questions to be discussed is whether the Sharia Councils operating for the Muslim community in the United Kingdom, the number of which has increased in recent years, can be seen as a practice of legal pluralism. Sharia Councils, which work to resolve private law disputes of Muslims living in the United Kingdom, and which examine Islamic divorce requests, especially from women, have been criticized for the danger of violating the principle of "one law for all" and for violating women's rights. These criticisms raise the debate between human rights and multiculturalism, or more broadly between human rights and cultural relativism.

Keywords: Multiculturalism, legal pluralism, shari'a councils, human rights, United Kingdom

GİRİŞ

Farklı olana nasıl davranmalı? Devletlerin kaçınılmaz olarak yanıtlaması gereken sorulardan biri budur. Geçmişten günümüze, devletler çoğu zaman hakimiyetleri altında birden fazla kültürü benimseyen toplulukları barındırmıştır. Dolayısıyla farklılıklara yönelik bir politika geliştirmek, devletin önemli işlerinden biri olagelmiştir.

Will Kymlicka'nın aktardığı üzere günümüzde çoğu ülke kültürel bakımdan çeşitlilik göstermektedir. Yazarın 1995 tarihli "Çokkültürlü Yurttaşlık" kitabında, "dünyadaki 184 bağımsız devlet, bünyesinde 600 yaşayan dil grubu ve 5000 etnik grup barındırmaktadır" ifadeleri yer almaktadır.[1] Bu durum, çok kültürlülük etrafında dönen tartışmaları günümüz devlet ve siyaset gündeminin üst sıralarına taşımaktadır.

Çok kültürlülük kavramı, geçmişten gelen ve göçlerle zenginleşen çok dinli ve çok etnikli yapısı sebebiyle Birleşik Krallık'ta da zaman zaman tartışılan konulardan biri olagelmiştir. Örneğin 2011'de eski başbakan David Cameron, devlet çok kültürlülük politikalarının (state multiculturalism) başarısız olduğunu vurgulamış,[2] 2023'te iç işleri bakanının benzer bir ifadeyi tekrarlaması üzerine eski başbakan Rishi Sunak, Cameron'un aksine, Birleşik Krallık'taki çok kültürlülüğü övmüştür.[3]

Farklı dini ve etnik grupların bir arada yaşadığı Birleşik Krallık'ta çok kültürlülüğe imkân sağlayan yaklaşım ve pratikler, hukuk politikası çerçevesinde de tartışılabilir. Endonezya, Singapur gibi ülkelerde benzer isimde faaliyet gösteren mahkemeler, çok kültürlülüğün hukuk alanındaki yansıması olarak ifade edilebilecek hukuki çoğulluğun[4] bir göstergesidir. Bu durumda Birleşik Krallık'ta kırk yılı aşkın

---

1 Will Kymlicka, *Çokkültürlü Yurttaşlık: Azınlık Haklarının Liberal Teorisi* (1998 [1995]) (Ayrıntı Yayınları) s.25.

2 State multiculturalism has failed, says David Cameron (BBC 5 February 2011) <https://www.bbc.com/news/uk-politics-12371994> erişim: 02.10.2024.

3 Rishi Sunak rejects Braverman claim multiculturalism has failed (The Guardian 28 September 2023) <https://www.theguardian.com/politics/2023/sep/28/rishi-sunak-rejects-braverman-claim-multiculturalism-has-failed> erişim: 02.10.2024.

4 Saim Üye'nin ifade ettiği üzere; klasik hukuk öğretisi genellikle çok kültürlülük konusunu oldukça genelleşmiş ifadelerle ortaya koyar ve incelemelerini bununla sınırlı olarak sürdürür. Bir olayın Fransız hukukunda, Alman hukukunda veya Türk hukukunda düzenleniş tarzından söz edilen her durumda, ilgili toplumlarda tüm üyelerin davranışlarını yönlendirmek üzere devlet desteğine sahip

zamandır faaliyetlerine aktif olarak devam eden Şeriat Konseylerinin bir hukuki çoğulluk uygulamasının yansıması olup olmadığının ortaya konulması çalışmanın temel araştırma konularından birini oluşturmaktadır.

Bu kapsamda pratikte uyuşmazlıklarının şeriat ilkelerine uygun çözülmesi isteyen Müslümanların başvurdukları Şeriat Konseylerinin hukuki statüsünü ve İngiliz hukuk sistemi içerisindeki yerini ortaya koymak gerekmektedir. Aşağıda, çok kültürlülük kavramına ilişkin açıklamalardan sonra, Şeriat Konseylerinin hukuki statüsü Birleşik Krallık yetkililerinin açıklamaları, bazı resmi ve akademik raporlar esas alınarak ortaya konmuştur.

Büyük oranda İslami boşanma talebiyle özellikle kadınlardan gelen başvuruları incelediği tespit edilen Şeriat Konseylerinin insan hakları bağlamında tartışmaya açıldığı görülmektedir. Birleşik Krallık'taki sayıları son yıllarda artan Şeriat Konseylerine yönelik kadın hakları ve "herkesi için tek hukuk (one law for all)" anlayışı temelinde ortaya çıkan eleştiriler, çok kültürlülük – insan hakları gerilimini tartışmak için önemli bir örnek teşkil etmektedir. Dolayısıyla hukuki statüsü ortaya konduktan sonra, Şeriat Konseyleriyle ilgili insan hakları temelinde ortaya çıkan tartışmalara değinilmiş, sonuç bölümünde de Şeriat Konseyleri örneğinden hareketle çok kültürlülük-insan hakları tartışmasına dair değerlendirmeler yapılmıştır.

I. ÇOK KÜLTÜRLÜLÜĞÜN BAĞLAMI

Modern öncesi devletler, üzerinde egemenlik kurdukları halkları eşitsizlik içinde görmüşlerdir[5]: İnsanlar eşit değildir, içinde bulundukları sınıf ya da cemaatler çerçevesinde tanırlar. Toplumsal hiyerarşide farklı statüde olanlara farklı haklar ve yükümlülükler verilir.[6] Bu anlayış, her zaman olmasa da, farklılıkların belli bir ser-

kılınmış tek bir hukuk sistemi bulunduğu varsayımı benimsenmiş olur. Bu varsayım, bir yandan toplumda farklı özelliklere sahip olsalar bile bunların hukuk olarak nitelendirilmeye elverişli olmadığını, diğer yandan merkezi politik örgütlenmeye sahip olmayan toplumlarda bir hukuk düzeni olamayacağını örtülü biçimde kabul etmeyi gerektirir. "Hukuki çoğulluk" kavramı bu varsayım ve kabullerin eleştirisi üzerine yükselmiştir. Birleşik Krallık'taki durumu ifade etmek için hukuki çoğulluğun almış olduğu teorik ve pratik konumu ifade etmek amacıyla literatürde hukuki plüralizm (legal pluralism), hukuki çoğulculuk gibi kavramlar da kullanılıyor olmasına rağmen, çalışmada "hukuki çoğulluk" kavramı tercih edilmiştir. "Hukuki çoğulculuk" hukuki çoğulluktan yana olmayı, hukuki çoğulluğun alternatifine kıyasla tercih edilebilirliğini ileri sürmeyi gerektirir. Hukuki çoğulculuğu tartışabilmek için, öncelikle taraftarı veya muhalifi olunacak hukuki çoğulluk olgusunu ortaya koymak gereklidir. Bu kapsamda çalışmada "hukuki çoğulluk" kavramının kullanılması uygun görülmüştür. Bu konuda bkz. Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk (Turhan Kitabevi 2013), V- VIII.

5 Saygılı da modern öncesi dönemi bir eşitsizlik düzeni olarak nitelemektedir: "[M]odern öncesinde Tanrı egemenliğinde ve fakat eşitsiz bir düzende tebaa olarak yaşayanlar, modern devletle birlikte eşit haklara sahip, merkezi bir konumda rol alan; adına yurttaş denilen özne/nesnelere dönüşecektir." Bkz.: Abdurrahman Saygılı, 'Modern Devletin Çıplak Sureti' (2010) 59(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, 90. Aynı yönde: "[F]eodal toplum ve imparatorluk dönemi çoklu, hiyerarşik yani eşitsizlik üzerine kurulu bir düzendir." Bkz.: İkbal Vurucu, 'Kimliksiz vatandaşlık mümkün mü?' (2020) 5 Nosyon: Uluslararası Toplum ve Kültür Çalışmaları Dergisi 126, 129.

6 "Dünya büyük ölçüde aileler ve loncalardan ibaretti ve aynı zamanda dini mezhepsel kimlikler de önemli bir rol oynuyordu. Bireyler farklı zümre ve cemaatlere aitti ve ayrıcalıklar tanıyıp yüküm-

bestiyle fakat eşitsizlik içinde tanınması ve hoşgörü pratiğini ortaya çıkarabilmiştir. Örneğin, Tanzimat'tan önce Osmanlı Devleti'nde gayri-müslimler zimmet sözleşmesi denen bir sözleşme temelinde tanınmışlar, bu sözleşme çerçevesinde belli hak ve yükümlülüklere sahip olmuşlardır.[7] Zimmet sözleşmesi, sınırlı alanlarda dini yaşamak açısından bir serbestlik getirmiştir. Osmanlı'daki bu uygulamaya günümüzde de "millet çok kültürlülüğü (millet multiculturalism)" olarak işaret edilmektedir.[8]

Modern devlet ise bireylerin oluşturduğu ve mensubu olduğu, geçmişten gelen toplulukları tanımamış, mümkün olduğunca bu devlet-altı toplulukları parçalayarak tek bir ulus inşa etmeye çalışmıştır. Vatandaşların tek bir aidiyeti ve devletle kurduğu tek bir ilişki biçimi vardır: Ulus aidiyeti ve vatandaşlık.[9] Bunun dışında, vatandaşın dini, kültürel ya da etnik topluluğuna olan aidiyeti modern devlet için bir şey ifade etmez. Ara toplumsal yapılar modern devlet tarafından çoğu zaman görmezden gelinmiş hatta bazen tehdit olarak algılanmıştır. Çoğunlukla homojenleştirme, standardize etme pratiğiyle birlikte işleyen bu politikalar, bazen soykırım ve etnik temizliğe varan marjinal insan hakkı ihlallerini beraberinde getirebilmiştir.[10] Modern öncesi dönemin eşitsizlik temelli toplumsal örgütlenmesine karşıt olarak modern devlete hakim olan eşitlik anlayışı, vatandaşların farklılıklarına devletin kör olduğu, tek bir ulusu oluşturan bütün vatandaşların aynı temel haklara sahip olduğu bir devlet-toplum ilişkisi ortaya çıkarmıştır.[11]

---

lülükler getiren de bu gruplara ait olmaktı. Ayrıcalıklı olanlar ve olmayanlar arasındaki eşitsizlik sadece tasvip edilen bir şey değildi, sistemin ayrılmaz bir parçasıydı." Bkz.: Devin Vartija and Saúl Martínez Bermejo 'Inequalities in Early Modern History (ca. 1500–1800)' in Jan Hansen, Jochen Hung, Jaroslav Ira, Judit Klement, Sylvain Lesage, Juan Luis Simal and Andrew Tompkins (eds) *European Experience* (OpenBook Publishers 2023) 232.

7 "Zimmet" kelime itibariyle söz verme, ahd, güvenlik anlamlarına gelmektedir. Zımmiler, "Antlaşma gereği, İslam ülkesinde devamlı oturma hakkına sahip gayri müslimler" anlamına gelir. Zimmet sözleşmesi ile Müslüman olmayanlar İslam ülkesinde devamlı olarak güvenlik içinde oturabilir ve kural olarak vatandaşlık hakkından yararlanabilir. Osmanlı uygulamasında, Müslüman olan ve olmayan ayrımı yapılmamış, gayri müslimlere başta din ve vicdan özgürlüğü olmak üzere pek çok alanda hak ve özgürlük tanınmıştır. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi* (Yetkin Yayınları 2021) 326 vd. Osmanlı millet sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek* (3.Bs. Klasik Yayınları 2020).

8 Kwame Anthony Appiah, *The Ethics of Identity* (Princeton University Press 2005) 71 vd. Nitekim Kymlicka da farklı kültürlerin geliştirdiği bir arada yaşama yollarına örnek olarak Osmanlı İmparatorluğu'nu göstermektedir: "[Ç]eşitliliğe olan saygı Osmanlı İmparatorluğu gibi tarihteki imparatorlukların bilindik bir özelliği olmuştur." Bkz.: Will Kymlcika 'Çok Kültürlülük: Başarı, Başarısızlık ve Gelecek' (çev. Fatih Öztürk) (2012) 70[2] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 297, 302.

9 "[V]atandaşlık kavramının merkezinde modern devletin bireyleri yerel ve ulus-öncesi topluluklara olan bağlarından kopartarak kendi tekeline almak projesi yatmaktadır." Bkz.: Fuat Güllüpınar, 'Eşitsizlik ve Toplumsal Tabakalaşma Açısından Vatandaşlık Üzerine Sosyolojik Bir Analiz' (2012) 67[1] Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 81, 85.

10 Bu yönde bkz.: Burcu Değirmencioğlu, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası* (Adalet Yayınları 2022) 110 vd.

11 "Modern devlette vatandaşlık (yine ideal olarak) toprak üzerindeki egemenlikle bağlantılıdır; öyle

İşte çok kültürlülük politikalarına talep bu noktada gündeme gelmektedir. Bu talepler modern devletin eşitlikçi anlayışının dil, din, etnisite yönünden azınlıkların aleyhine sonuçlar ortaya çıkarabileceği endişesinden neşet etmektedir. Çok kültürlülük politikaları taraftarlarına göre modern devletin tekçi anlayışı, *de jure* bir eşitliği sağlasa da *de facto* olarak hâkim çoğunluğun azınlıklar üzerindeki eskiden gelen hâkimiyetini pekiştirici bir işlev üstlenmektedir.

Nitekim çok kültürlülük üzerine literatürde en çok öne çıkan isimlerden biri olan Kanadalı akademisyen Kymlicka çok kültürlülüğe yönelik talebin, "eski hiyerarşilerin kalıcı mevcudiyetine ve devam eden etkilerine karşı koymak için" ortaya çıktığını ifade etmektedir. Kymlicka'ya göre, azınlık hakları için verilen mücadele ve çok kültürlülük talepleri; sömürge karşıtlığı ve ırk ayrımcılığına yönelik mücadelenin yanında, "insanların eşit olduğuna dair bu yeni varsayımın" ortaya çıkardığı politik hareketlerin üç türünden biridir.[12]

Devletin farklılıklara yönelik politikası, giriş bölümünün ilk cümlesindeki soruya verilen temel üç farklı cevapla birbirinden ayrışmaktadır. Bu soruya, temel olarak, üç farklı cevap verilebilir: 1) Farklı olan bastırılmalı, ezilmelidir. 2) Farklı olan görmezden gelinmelidir. 3) Farklı olan tanınmalıdır. Verilen ilk cevap modern-ulus devletlerle özdeşleştirilen, zaman zaman marjinalleştirilmiş asimilasyon-soykırım-etnik temizlik politikalarına tekabül eder. İkinci cevap, yine resmi eşitliğe dayalı modern devlet anlayışı içinde kalmakla birlikte, Chandran Kukhatas'ta görüldüğü üzere, devletin kültürel çeşitliliğe karşı kayıtsız kalmasını öneren liberal (liberteryen) tarafsızlık politikasına vurgu yapar. Üçüncü cevabın ise kısaca çok kültürlülük politikalarına tekabül ettiğini ifade edebiliriz: Farklılıkları tanıyıp, gerektiğinde vatandaş haklarında farklı ihtiyaçlara göre değişiklikler yapmak.

II. ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK TARTIŞMALARI

Çok kültürlülük "egemen bir siyasi kültür içindeki kültür, ırk ve etnisitelerin farklılıklarının, özellikle bunlar azınlık grup olduğunda, özel olarak tanınmayı hak ettiği görüşü" olarak tanımlanmaktadır.[13] Çok kültürlülük politikaları, vatandaşların mensubu olduğu din, dil, etnisite gibi kendiliğinden oluşmuş "ulus-altı" toplulukları tanımayı[14] ve bu toplulukların geleneklerine saygılı olmayı gerektirmektedir.[15] Söz

---

ki bu topraklar üzerinde yaşayan topluluğun üyeleri birincil cemaatlere olan bağlarına bakılmaksızın eşit kabul edilir." Bkz.: Güllüpınar (n 8) 86.

12 Kymlicka (n 7) 303.

13 Jennifer L. Eagan, 'Multiculturalism' *Encyclopedia Britannica,* <https://www.britannica.com/topic/multiculturalism> erişim 23.08.2024.

14 "Çokkültürlülük savunucularına göre, resmi ulusal kimlik ile azınlık kimlikleri arasındaki gerilim, kültürel çeşitliliğin saygı gördüğü ve azınlık kimliklerinin kamusal alanda tanındığı çokkültürlülüğün uygulanması ile çözülebilir." Bkz: Jeong-Won Park, *The National Identity of a Diaspora: A Comparative Study of the Korean Identity in China, Japan and Uzbekistan* (Yayımlanmamış Doktora Tezi LSE 2005) 39.

15 "Çokkültürlülük, tek bir ulusal kültür fikrini reddeder ve kimliklerini önce ulus-altı gruplarla -ge-

konusu toplulukların iç-normları ile devletin normları çatıştığında belli durumlarda topluluğun iç-normları lehine istisnalar tanınacak, dolayısıyla topluluğun özerkliği sınırlı da olsa kabul edilecektir.

Bu noktada çok kültürlülüğün ikiye ayrıldığını ifade etmek gerekir. Güçlü çok kültürlülük anlayışında alt topluluk ön plandadır ve topluluğun özerkliği maksimum seviyededir. Bu anlayış, kendi görüş ve adetlerine göre mensuplarını yönetmesi için topluluklara izin verir; güçlü resmi, hukuki ve anayasal tanıma sağlar. Güçlü çok kültürlülük, bilinen vatandaşlık anlayışını ve vatandaş devlet ilişkisini temelden değiştirir: Sınırları temel haklarla çizilen devlet-birey ilişkisi yerine, devlet-topluluk ilişkisi merkezde yer almaktadır. Zayıf çok kültürlülük yaklaşımı ise temel haklar ile topluluğun özerkliği arasında daha dengeli bir yaklaşımı savunur. Buna göre toplulukların iç normları, temel hakları terk etmeden sisteme dahil edilmelidir. Vatandaşların temel haklarının yanında, azınlık haklarına da yer verilmelidir.[16]

Çok kültürlülük, özellikle de güçlü çok kültürlülük yaklaşımı, birkaç noktadan eleştiriye uğramıştır. Öncelikle, çok kültürlülük savunucularının kültür kavramına bakışı problemli görülmüştür. Çok kültürlülük savunucuları kültürü homojen ve statik/değişmez bir varlık gibi görür. Başka bir ifadeyle, bir kültüre mensup kişilerin hepsinin o kültürün normlarıyla ilgili aynı şeyleri düşündüğünü varsayar. Oysa kültür heterojendir, kültürün bütün mensupları aynı normları kabul etmez. Kültürün hangi normları kabul ettiği konusunda topluluk içinde eskiden süregelen bir iç-çatışma vardır. Çok kültürlülüğün varsaydığı kültür anlayışı bu iç çatışmaları görmezden gelir. Bu sürekli devam eden iç çatışmalar ve başka kültürlerle temaslar kültürlerin zaman içinde değişmesine ve evrilmesine sebep olur.[17]

Homojen ve statik/değişmez bir kültür anlayışı, ilgili kültürün içerdiği çeşitliliği tümüyle kavrayamama sonucunu doğurur. Bu yaklaşım, çoğunlukla topluluk-içi iktidar mücadelesinde güçlü olan tarafın yararınadır ve ilgili kültürü güçlü olan temsil eder. Kültürü statik/değişmez bir varlık olarak görmek de diğer kültürlere yönelik aşağılayıcı bir yaklaşım olabilir: Kendi mensuplarına nasıl muamele ettiğini değerlendirirken, bir topluluğun başka topluluklara göre evrensel insani de-

nellikle etnik veya ırksal ya da farklı cinsiyetler veya cinsel tercihlerle belirlenen gruplar- tanımlamaya insanları teşvik eder. Bu grupların takdir edilmesi ve kıymetli görülmesi gereken farklı değer sistemlerinin taşıyıcıları olduğu söylenir." Bkz.: Daniel DiSalvo and J. W. Ceaser, 'Affirmative Action and Positive Discrimination' (2004) 25[1] *Tocqueville Review* 77, 90.

16 Ayalet Shachar, 'The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups and the State' in Christian Joppke and Steven Lukes (eds), *Multicultural Questions* (Oxford University Press 2004) 90.

17 Andrew Shorten, *Çokkültürlülük: Günümüzde Çeşitliliğin Siyasi Teorisi* (Abdulvahit Gezer, Lejand Kitap Yayınları 2023) 138-140. Kitabın dördüncü bölümündeki "özcü eleştiri" başlığı, çokkültürlülük savunucularının kültür anlayışlarına yönelik bu itirazı detaylıca ele alıyor. Kültür kavramına bakışla ilgili benzer bir problem, insan haklarının evrenselliğine itiraz eden kültürel görecilik yaklaşımını savunanlarda da bulunmaktadır. Bu konuda bkz.: Abdulkadir Pekel, İnsan Haklarının Evrenselliğine Kültürel Görecilik İtirazı ve Tartışmayı Uzlaştırma Çabaları (Adalet Yayınevi 2023) 59-60.

ğerler açısından daha düşük standartlara tabi tutulması, esasında bu kültürün bir nevi "alt-lig"te yer aldığını ima eder. Oysa gerçek bu değildir, kültür içinde farklı normları, hatta evrensel normları benimseyenler olduğu gibi, kültürler zaman içinde bu evrensel normlara yaklaşabilir, bunlardan uzaklaşabilir ve hatta zamanla bu evrensel normlar da değişebilir.

Çok kültürlülük yaklaşımına yönelik kültürün tanımıyla da bağlantılı ikinci eleştiri, bu yaklaşımın iç baskıları görmezden gelmesidir. Çok kültürlülük politikaları, toplulukların iç normlarına saygıyı en yüksek değer olarak görürken temel hakları ikinci plana attığı için eleştirilebilir. Topluluklar mensuplarına çeşitli yollarla baskı uygulayabilir, bu sebeple toplulukların bütün normlarına hoşgörü göstermek mümkün değildir. Temel haklar ve vatandaş haklarının eşitliği, kişinin içine doğduğu bu toplulukların baskılarından kurtulmayı sağlayabilir. Çok kültürlülük yaklaşımı, hakim topluluk ile azınlık topluluk arasındaki adaleti sağlayayım derken azınlık topluluk içindeki adaleti gözden kaçırabilir.[18]

Son olarak çok kültürlülük politikalarına yönelik bir diğer eleştiri, liberal gelenek içerisindeki bir ayrışmadan gelmektedir. Farklılıkları tanıma ve siyasal sisteme dahil etme şeklide, devletin bir edimde bulunmasını ve sisteme bir biçimde müdahalesini gerektiren çok kültürlülük politikaları karşısında, devletin kültürel farklılık karşısında hareketsiz kalması gerektiğini savunan daha liberteryen olarak nitelendirilebilecek bir yaklaşım bulunmaktadır.[19] Klasik liberalizmin diğer alanlarında, örneğin ekonomik hayatın işleyişi (devlet piyasalara müdahaleden kaçınmalıdır) ya da özgürlüğe bakışta (devletin vatandaşlara belirli hizmetleri sağlamasını gerektiren pozitif özgürlük reddedilirken devletin vatandaşlara ve sivil topluma karışmamasını gerektiren negatif özgürlük kabul edilir) olduğu gibi, kültürel farklılıklara muamele konusunda da devlete düşen tek görevin karışmamak ve asimilasyon gibi azınlıkların aleyhine durumlardan kaçınmak olduğu liberteryen yaklaşım tarafından savunulmaktadır.[20]

---

[18] Bu yönde bir eleştiriye Türkiye'den bir örnek: "[Ç]okkültürlülük, zamanla çokkültürcülüğe, toplumun siyasi ve hukuki organizasyonunun bu kimlikler üzerinden yapılması önerilerine dönüşebilme riskini de taşıyor. Bunun sakıncaları ne olabilir? Bunun ilk ve en önemli sakıncası, birey/insan haklarının, kimliğe kurban edilmesidir. İnsanın haklarını kullanmasının büyük ölçüde onu atomize bir varlık olmaktan kurtaran grup aidiyetine bağlı olduğu kabul edilebilir; ancak aynı aidiyet siyasi yapılanmada ona yüklenen işlev bakımından kısıtlayıcı da olabilir. Bu manada kültürel çeşitliliği, etnik, kültürel, dini ve siyasi kimlikleri tanımak kadar, onların insanın hapishanesine dönüşmesine izin vermemek de önemlidir. Örneğin Kanada'nın Quebec eyaletinde kültürü koruma adına Anglo-Sakson kökenli olmayan vatandaşların çocuklarını İngilizce öğretim veren okullara göndermelerinin yasaklanması, bunun örneğidir." Yılmaz Ensaroğlu, 'Modernleşme Sürecinde Çokkültürlülük' içinde Helsinki Yurttaşlar Derneği (ed), *Modernleşme ve Çokkültürlülük* (İletişim Yayınları 2001) 86. Benzer analize, aynı kitabın bir başka bölümünde Ömer Laçiner de yer vermektedir, bkz.: Ömer Laçiner, 'Çokkültürlülük' içinde Helsinki Yurttaşlar Derneği (ed), *Modernleşme ve Çokkültürlülük* (İletişim Yayınları 2001) 157-158.

[19] Liberalizmin içinde, Kymlicka ile Kukhatas'ın öne çıktığı bu tartışmanın ele alındığı bir çalışma için bkz.: F. Seda Kundakçı, 'İnsan Hakları Kuramı: Çok-Kültürlülük Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme' (2009) 56 Liberal Düşünce 173, 195.

[20] Bu yaklaşımın öne çıkan temsilcisi Kukhatas'ın vurguladığı üzere devletin kültürel çeşitlilik ko-

III. ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK VE HUKUK

"Farklılıklara nasıl davranılmalı?" sorusuna verilebilecek, yukarıda irdelediğimiz üç farklı cevap doğrultusunda, hukuk politikaları da kültürel farklılıklar karşısında üç farklı şekil alabilir. Farklı olanın bastırılması gerektiği cevabı verildiğinde hukuk, ulus inşası çerçevesinde homojenleştirme politikanın bir parçası olarak, azınlık topluluklarına şekil verme arayışının aracı olarak işlev görür. Bu durumda hukukun toplumsal dinamikler çerçevesinde şekillendiği bir sürecin aksine, hukuk toplumu şekillendirmeyi amaçlar: Ödül-ceza araçlarının getirdiği caydırma ve teşvik etme işlevleri sayesinde hukuk, merkezi iktidarın elindeki toplumsal mühendislik aracına dönüşür.[21]

Bu hukuk politikasının, devletten kaynaklanmayan örneğin dini hukuk ya da yerel hukuk gibi hukuk düzenlerine karşı tutumu, bunları illegal ilan etmek şeklinde tezahür edecektir. Devlet, kendisinin oluşturduğu dışındaki hukuk düzenlerini bastırarak ortadan kaldırmaya ve homojen bir hukuk düzeni oluşturmaya çalışır. Öte yandan bu politika, başarılı olamaması durumunda devlet dışı hukuk düzenlerinin yer altına inmesine sebep olabilir. Bu durumda, gizli ve devletin düzenleme-denetleme imkanından uzak bir yargı sisteminin ortaya çıkması muhtemeldir. Devlet dışı hukuk düzenlerinin bastırılması, kendisini bu hukuk düzenlerine bağlı gören ve kültürel aidiyet duyguları hisseden gruplar açısından ise ötekileştirici bir politika olarak görülebilir.[22]

Soruyu "farklı olan görmezden gelinmelidir" şeklinde cevapladığımızda ise Kukhatas'la özdeşleşen liberteryen tarafsız devlet anlayışı çerçevesinde hukuk şekillenir. Devlet, kültürel toplulukların korunması ya da iç özerkliklerini sağlaması için destekleyici tedbirler almamalıdır. Bu durumda devlet dışındaki hukuk düzenleri tanınmamalıdır. Fakat alt topluluklara belli değerleri dayatmaktan da kaçınmalı, devlet-dışı hukuk düzenlerini bastırma yönünde bir faaliyete de girişmemelidir. Devletin görevi, bireylerin temel haklarını korumak, barış ve düzeni sağlamaktan ibarettir. Bu, kültürel farklılıklar konusunda devletin mümkün olduğunca az düzenleme yapmasını gerektirir; fakat modern devletin "tek hukuk düzeni ve eşit vatandaşlık hakları" anlayışını değiştirmez. Devlet, kendisinden kaynaklanmayan hukuk

---

nusunda üzerine düşen, "hiçbir şey yapmamaktır"; liberalizm bunu önerir. Yazara göre liberalizm, azınlık kültürün asimilasyona direnmesini engellemeyeceği gibi, azınlık kültürün çoğunluk tarafından asimile edilmesini engelleyecek bir politikayı da önermeyecektir: "Eğer insanlar asimile oluyorsa, demek ki dünya zaten böyle bir yerdir *(that is the way of the world)*." Bkz.: Chandran Kukathas, 'Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference' (1998) *26*[5] Political Theory 686, 687, 693, 694.

21 Köroğlu Kaya, 'Bir Toplum Mühendisliği Aracı Olarak Hukuk' içinde: Ali Şafak Balı (ed), *Hukuk Politikası.* (Astana Yayıncılık 2016) 153 vd.

22 Esra Katıman ve Ezgi Arslan, 'İnsan Hakları Hukukunda Hukuki Çoğulculuk' (2020) 5[1] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı Cilt II 1941, 1945 [Miranda Forsyth, 'A Typology of Relationships Between State and Non-State Justice System' (2007) 56 Journal of Legal Pluralisms 73-74'ten naklen]

düzenlerini tanımak gibi bir tutum almadığı gibi, devlet-dışı hukuk düzenlerinin faaliyetini engellemeye yönelik bir çabaya, bu hukuk düzenleri temel hakları ihlal etmediği müddetçe, girişmez.

"Farklı olan tanınmalıdır" cevabı ise bizi çok kültürlülük politikalarının hukuk alanındaki yansımalarına götürür. Bu, topluluklara özgü bazı hakların tanınmasını gerektirebilir. Kymlicka "grup farkına dayalı haklar" dediği bu hakların en az şu üç biçimi alabileceğini belirtmektedir: 1) Özyönetim hakları 2) Çok etniklilik hakları ve 3) Özel temsil hakları. Kymlicka çok uluslu devletlerde, "yapıyı oluşturan ulusların belli bazı politik özerklik ya da toprak esasına dayalı yargı (yetki alanı)[23] biçimlerini talep ettiğini" vurgulamakta ve özyönetim hakkını gerçekleştirmenin bir yolunun federalizm olduğunu ifade etmektedir. Çok etniklilik hakları ile kastedilen ise devletin bazı kültürel faaliyetleri için kamu yardımında bulunması ve azınlıklara belli düzenlemelerden dini sebeplerle muafiyet (örneğin türban takmaları için sihlerin motosiklet kaskı takmaktan muaf tutulması, Yahudi ve Müslümanların hayvan kesimine ilişkin düzenlemelerden muaf tutulması) tanınmasıdır. Özel temsil hakları ise temsil kurumlarında etnik, dilsel ya da dini azınlıklara belirli sayıda sandalyenin garanti edilmesi anlamına gelmektedir.[24]

Farklılığın tanınmasına yönelik hukuk politikası, bir yargı alanında devlet hukuku yanında devlet-dışı hukuk düzenlerinin tanınması boyutuna da varabilir. Bu bakımdan çok kültürlülüğün hukuk alanına yansıması hukuki çoğulluktur.[25] Hukuki çoğulluk, ulus devletin sınırlarıyla belirlenen bir coğrafi alanda, birden fazla hukuk sisteminin/düzeninin varlığını ifade eder.[26] Hukuki çoğulluğun uygulandığı ülkelerde, aynı devlet sınırları içinde uygulanabilir hukuk kurallarının çeşitliliği tanınır (herkes için aynı yasalar geçerli değildir). Vatandaşların hepsinin ya da bir kısmının hayatlarının bazı yönlerini devlet-dışı hukuk kuralları yönetir ve devlet bu durumu tanır. Devlet bu hukuku aktif bir biçimde uygular ya da bu hukukun uygulanmasına müdahale etmekten kaçınır.[27] Dolayısıyla hukuki çoğulluk kavramı, "bizi devletle herhangi bir bağlantısı olmayan normatif düzenlerin hukuk olarak adlandırılması sonucuna götürür".[28] Hukuki çoğulluk genellikle sömürge-sonrası devletlerde, uygulanmakta olan hukuk sisteminin yanında dini, geleneksel ya da yerlilere özgü (indigeneous) hukukun mevcut olması şeklinde tezahür eder.[29]

---

[23] Köşeli parantez içindeki ifade, metnin daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla tarafımızca eklenmiştir.

[24] Kymlicka (n 1) 61-69.

[25] Garry F. Bell, 'Multiculturalism in Law is Legal Pluralism – Lessons form Indonesia, Singapore and Canada' (2006). Singapore Journal of Legal Studies 315.

[26] Margaret Davies, 'Legal Pluralism' in Peter Cane and Herbert M. Kritzer (eds.) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press 2010) 805.

[27] Bell (n 24) 315, 316.

[28] Katıman, Arslan (n 21) 1945.

[29] Davies (n 25) 806.

Örneğin Endonezya, sömürge döneminde Hollanda'nın tanımış olduğu hukuki çoğulluk uygulamasını sürdürmektedir. Endonezya'da hukuki kültür, üç normatif geleneği içinde barındırmaktadır: Adet-gelenek hukuku (adat law), İslami hukuk ve Hollanda'dan gelen medeni hukuk (Dutch civil law).[30] Endonezya'da İslami mahkemeler varlığını korumakta ve kişisel meselelerde adet hukuku (adat law) hâlâ mahkemeler tarafından tanınmaktadır.[31] Özel hukuk uyuşmazlıklarında mahkemeler ülkenin çeşitli coğrafyalarında değişen gelenek hukukunu da uygulamaktadırlar. Ülkede genel mahkemeler yanında, resmi bir İslami mahkeme sistemi bulunmaktadır. İslami mahkemeler sadece Müslümanların açtığı boşanma, boşanmaya bağlı mal paylaşımı ve miras konularında karar vermekte, genel mahkemeler ise geri kalan özel hukuk hususları ile tüm ceza davalarına bakmaktadır.[32]

Benzer şekilde Singapur'da Britanya sömürgesi zamanında tanınan İslami hukuk, esasen özel meselelerde halen uygulanmaya devam etmektedir. İslam Hukukunun İcrası Kanunu'na (Administration of Muslim Law Act) göre taraflar Müslümansa ya da İslam hukuku kurallarına göre evlenmişlerse, Sosyal ve Ailevi Gelişme Bakanlığı (Ministry of Social and Familiy Development) bünyesinde faaliyet gösteren[33] Şeriat Mahkemeleri (Syariah Courts) İslam hukukunu esas alarak karar verecektir. İslam hukuku adet/gelenek hukukuna göre değişkenlik gösterebilecektir. Bu durum, devlet hukukunun yanında İslam hukuku ve adet/gelenek hukukunun tanındığını göstermektedir.[34]

Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, Birleşik Krallık'ta da Şeriat Konseyi (Shari'a Council) adı altında faaliyet gösteren bazı merciler bulunmaktadır. Peki bu konseyler çokkültürlülük politikaları çerçevesinde nereye oturtulabilir? Endonezya ve Singapur'da faaliyet gösteren benzer isimdeki mercilerin işaret ettiği üzere, Britanya'daki Şeriat Konseyleri bir hukuki çoğulluk uygulamasının belirtisi olabilir mi? Bu soruları yanıtlayabilmek için öncelikle Birleşik Krallık'taki Şeriat Konseyleri'nin hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir.

IV. ŞERİAT KONSEYLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE FAALİYET ALANI

Birleşik Krallık'ta şeriat kurallarına uygun olarak karar veren, uyuşmazlık çözüm merci olarak faaliyet gösteren iki farklı kurum bulunmaktadır. Bunlardan biri çalışmanın konusunu oluşturan Şeriat Konseyleri (Shari'a Council), diğeri ise 1996

30 Radno Lukito, *Legal Pluralism in Indonesia: Bridging the Unbidgeable* (Routledge Publishing 2013) 6.

31 Bell (n 24) 315, 325.

32 Üye (n 4) 160, 161.

33 Jaclyn L. Neo, 'Legal Pluralism in Centralist Singapore' in Guillaume Tusseau (ed.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for_Legal Theory in the_Global Age* (Springer Publishing 2020) 252.

34 Bell (n 24) 315, 326, 327

tarihli Tahkim Yasası (Arbitration Act, 1996) kapsamında kurulmuş olan Müslüman Tahkim Kurulu'dur (Muslim Arbitration Tribunal, MAT).

Farklı nitelikteki uyuşmazlıkları "İslam Hukuku kuralları uyarınca çözmek isteyen Müslüman toplum için uygun bir alternatif" sağlamayı amaçlayan[35] Müslüman Tahkim Kurulu, 2007 yılında Şeyh Faiz-ul Aqtab tarafından kurulmuştur.[36] Resmi internet sitesinde ifade ettiği üzere Müslüman Tahkim Kurulu, 1996 Tahkim Yasası kapsamında oluşturulan "İngiliz Hukuk Sistemi bağlamında İslam Hukuku ile ilgilenen etkili verimli ve benzersiz bir Alternatif Çözüm Kuruluşudur."[37]

Tahkim Yasası tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların gereksiz gecikme veya masraf olmaksızın tarafsız bir hakem veya hakemlerden oluşan heyet tarafından adil bir şekilde çözülmesini amaçlamakta, tarafların "kamu yararı için gerekli güvencelere tabi olması şartıyla", uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği konusunda anlaşmakta özgür olduğunu ifade etmektedir.[38] Yasanın 4. Bölümünde, tarafların anlaşmasına uygulanacak hukukun İngiltere, Galler ya da Kuzey İrlanda hukuku olup olmamasının herhangi bir önemi olmadığı, önemli olanın "tarafların ortak iradeleri" olduğu belirtilmiştir. Tarafların uyuşan iradeleri ile yapılacak yazılı bir tahkim anlaşması vasıtasıyla tahkim sürecinin başlatılabileceğini ifade eden Yasa[39], yürütülecek yargılamada taraflardan birinin yargılamada kendisini etkileyen ciddi bir usulsüzlük olduğu gerekçesiyle karara itiraz etme hakkına sahip olduğunu ve taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, tahkim yargılamasının taraflarından biri (diğer taraflara ve hakem heyetine bildirimde bulunarak) yargılamada verilen karardan kaynaklanan bir hukuk sorunu hakkında mahkemeye başvurabileceğini düzenlemiştir.[40]

Tahkim Yasası ile Birleşik Krallık, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku seçme konusunda taraflara alan açmıştır. Taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın çözümü konusunda tarafların üzerinde serbest iradeleriyle tasarrufta bulunabilecekleri alanlarda ve kamu düzenini zedelemediği müddetçe taraflara seçtikleri hakem veya hakem kurulu vasıtasıyla yürütülecek tahkim yargılamasına başvurmayı tercih etme özgürlüğü tanınmıştır.

Dünya sistemine hakim olan büyük devletlerden biri olan ve kısa bir süre önceye kadar sömürge altına aldığı devletler üzerinde etkisini sürdüren Birleşik Krallık,

---

35 The Muslim Arbitration Tribunal, <https://www.matribunal.com/> erişim: 16.07.2024.

36 Alex Abel Coste, "Muslim Arbitration Tribunal and Sharia Courts – Objectives and legal jurisdiction within England and Canada", Academia, <https://www.academia.edu/17321834/Muslim_Arbitration_Tribunal_and_Sharia_Courts_ Objectives_and_legal_jurisdiction_within_England_and_Canada> erişim: 16.07.2024).

37 The Muslim Arbitration Tribunal (n 34), David Torrance, 'Sharia Law Courts in the UK', House of Commons Library, 1 May 2019, s.2, <www.parliament.uk/commons-library>, erişim: 16.07.2024.

38 Arbitration Act 1996 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1> erişim:04.07.2024.

39 Arbitration Act 1996 (n 37) Section 5.

40 Arbitration Act 1996 (n 37) Section 69, 72, 73.

tarihi geçmişinin bir yansıması olarak çok kültürlülüğü yadsımamış ve hatta belli ölçüde sistemine entegre etmiştir. Birleşik Krallık, çok kültürlülük yaklaşımın yanı sıra spesifik olarak din ve vicdan özgürlüğü bağlamında insan haklarına yaptığı vurgu ile özel hukuka dair birtakım hukuki uyuşmazlıklarını kendi dini kurallarına göre çözmek, sonuçlandırmak konusunda çeşitli dini gruplara alan açmayı tercih etmiştir. Çalışmanın konusunu oluşturan Şeriat Konseyleri de bu çerçevede değerlendirilmeye açıktır. Hukuki olarak 1996 Tahkim Yasası kapsamında değerlendirilebilecek olan Müslüman Tahkim Kurulu'nun yanında, Müslüman toplulukların uyuşmazlıklarını çözmeyi görev edinen Şeriat Konseyleri, İslam'a ait dini, ahlaki ve hukuki hükümler bütününe[41] göre rehberlik etme ve karar verme mekanizması olarak tezahür etmektedir. Dini hükümlere göre uyuşmazlık çözme açısından Birleşik Krallık'ta bulunan Yahudi Beth Din ve Roma Katolik mahkemelerine benzese de[42] Şeriat Konseyleri Tahkim Yasası'na göre faaliyet göstermemektedir. Nitekim Başpiskopos Rowan Williams'ın Şeriat Mahkemeleriyle ilgili yukarıda değindiğimiz ifadelerinden sonra Kasım 2008'de dönemin Adalet Bakanı Jack Straw, Şeriat Konseyi kullanılarak varılan bir antlaşmanın şartlarını somutlaştıran hiçbir metnin 1996 Tahkim Yasası bağlamında geçerliliğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.[43]

Şeriat Konseylerinin hukuki statüsü açısından öncelikle belirtmek gerekir ki, medya ve literatürde kimi zaman bu konseylerin "Şeriat Mahkemeleri (Shari'a Courts)" olarak isimlendirilmesi[44] açıkça yanlıştır. Nitekim Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'nın 2016 yılında İngiltere ve Galler'de Şeriat Hukukunun uygulanmasına yönelik başlattığı bağımsız inceleme sonrasında hazırlanan 2018 tarihli Bağımsız Denetçi Raporu[45], Şeriat Konseyleri ve verdikleri kararların medeni hukuk kapsa-

---

41 Türcan Talip, 'Şeriat', TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/seriat#1> erişim: 08.07.2024.

42 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty (Counter Extremism Unit 2018) 24-25.

43 Carl Gardner, 'What's legal about family arbitration?' (The Guardian 23 February 2012) <https://www.theguardian.com/law/2012/feb/23/is-family-arbitration-legal>, erişim: 16.07.2024.

44 Sharia Courts interfered to protect domestic abusers, MPs told (Independent 31 October 2016) <https://www.independent.co.uk/news/sharia-courts-interfered-to-protect-domestic-abusers-mps-told-a7388886.html> erişim: 09.07.2024. Myriam Cerrah Francouis, 'Why banning Sharia courts would harm British Muslim women' (The Telegraph 16 July 2014) <https://www.telegraph.co.uk/women/womens-politics/10973009/Sharia-courts-ban-would-harm-British-Muslim-women.html> erişim: 09.07.2024. Corbin, Jane, 'Are Sharia Councils failing vulnareble women?' (BBCNews 7 April 2013) <https://www.bbc.com/news/uk-22044724> erişim: 09.07.2024. John R. Bowen, 'Private Arrangement: 'Recognizing Sharia' in England (2009) <https://web.archive.org/web/20090712043802/http://bostonreview.net/BR34.2/bowen.php> erişim: 09.07.2024. Şeriat Konseyleri için İngiliz medyası tarafından "Islamic Court (İslami Mahkeme)" ifadesi de kullanılmaktadır. Dan Bell, 'In the name of law' (The Guardian, 14 June 2007) <https://www.theguardian.com/world/2007/jun/14/religion.news> erişim:09.07.2024.

45 Bağımsız Denetim Raporu metodoloji bölümünde Şeriat Konseyleri ve Müslüman Tahkim Kurulları hakkında yaptıkları incelemede yazılı ve sözlü pek çok kanıta başvurulduğunu, ilgili pek

mında yasal olarak hiçbir bağlayıcılığı olmadığını, bunların yalnızca Müslümanlar için bir rehberlik kaynağı olduğunu belirtmiş; Konseyler için "mahkeme", üyeleri için "hakim" terimlerinin kullanılmasının yanlış anlaşılmalara sebep olduğunu ifade ederek, buna karşı uyarıda bulunmuştur.[46]

Raporda belirtildiği gibi, Şeriat Konseylerinin kararları Birleşik Krallık hukuk düzeninde hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Örneğin, Konsey kararlarının önemli bir bölümünü oluşturan boşanmaya ilişkin kararlar, resmi boşanmayı beraberinde getirmemekte, çiftler kayıtlı evliliklerinin sonlandırılmasını sağlayabilmek için Birleşik Krallık mahkemelerine tekrar başvurmak durumunda kalmaktadır. Bu durum, Şeriat Konseylerinin Birleşik Krallık'ta herhangi bir şekilde tanınmadığı ve bu mercilerde verilen kararların yalnızca ilgili Müslüman topluluk içinde sosyal bazı sonuçları ortaya çıkardığı anlamına gelmektedir.

İç İşleri Bakanlığı'nın 2018 tarihli Bağımsız İnceleme Raporu, Şeriat Konseylerinin İngiliz hukuk sistemi içerisindeki yerine ilişkin belirleyici bir tutum izlemiştir:

> *"Şeriat Konseylerinin hiçbir yasal statüsü ve medeni hukuk kapsamında hiçbir bağlayıcı yetkisi yoktur. Şeriat birçok Müslüman için bir rehberlik kaynağı olsa da, Şeriat Konseylerinin İngiltere ve Galler'de yasal yargı yetkisi yoktur. Dolayısıyla, bir Şeriat Konseyi tarafından iç hukuka (2010 Eşitlik Yasası gibi eşitlik politikaları da dahil olmak üzere) aykırı herhangi bir karar veya tavsiyede bulunulması halinde iç hukuk geçerli olacaktır."*[47]

Avrupa Konseyi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi de Bağımsız Denetçi ile hemfikirdir. Şeriat Konseylerinin 1996 tarihli Tahkim Yasası'na göre kurulan Müslüman Tahkim Kurulları ile karıştırılmaması gerektiğini ifade eden Komite, Şeriat Konseylerinin İngiliz hukukunda hiçbir yasal yetkisi bulunmadığını, kararlarının hukuki bir anlamda bir bağlayıcılığa sahip olmadığını, icra edilebilir konumda olmadığını ifade etmiştir.[48]

Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin Şeriat Konseyleri tarafından ortaya konulan karar, sadece Müslüman topluluğa mensup taraflar arasında kendi inançları doğrultusunda sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla Konseyler, 1996 Tahkim Yasası kapsamında değerlendirilmemektedir; bu yasa kapsamında değerlendirilebilecek olsaydı,

---

çok kişinin davet edildiği kamuoyu toplantıları gerçekleştirildiğini, özellikle şeriat hukukunun uygulanması konusunda deneyimi olanlar ile son beş yıl içinde Şeriat Konseyleri ile ilişkisi olmuş kişilerin hedeflendiğini, gerçekleştirilen görüşmelerle ilk elden kanıt toplandığı ifade edilmiştir. The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 7.

46 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 10.

47 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 10.

48 Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights [2019] 'Compatibility of Sharia law with the European Convention on Human Rights: can States Parties to the Convention be signatories to the Cairo Declaration?', Report, Doc.14787 §52 <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25246&lang=en> erişim:21.07.2024.

kararlar bir tahkim kararı olarak icra edilebilir niteliğe sahip olabilecekti. Ancak Şeriat Konseyleri tahkim mercii niteliğinde olmadığından ya da herhangi bir hukuki düzenleme vasıtasıyla İngiliz hukuk sisteminde hukuki dayanağı bulunmadığından, hukuk dünyasında geçerliliği olan kararlara imza atamamaktadır. Nitekim Cardiff Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin hazırladığı rapora göre Şeriat Konseyleri, Tahkim Yasası kapsamında işletilmediğinden, hiçbir zaman Tahkim Yasası kapsamında faaliyet gösteremeyecektir.[49] Rapor, yasal ve etik ilkeleri dikkate alarak Müslümanların kültürel normlarını uygulayan Şeriat Konseylerinin uzlaştırma ve arabuluculuk işlevi gördüğünü vurgulamaktadır.[50]

Benzer şekilde, bir sivil toplum kuruluşu olan CIVITAS'ın raporunda Konseylerin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu belirtilmiştir. Alternatif çözüm yolları olan "arabuluculuk (mediation)" ve "tahkim (arbitration)" başlıklarına odaklanan raporda, Şeriat Konseyleri tarafından uygulanan metot, Birleşik Krallık'ta uzun süredir uygulanagelen "tahkim benzeri" bir yapı olarak nitelendirilmiştir.[51]

Bu durum Şer'i hukuka göre uyuşmazlık çözme mercii olarak kurulan yapıların kendilerini adlandırdığı kavram ile de uyum içerisindedir. Söz konusu merciiler "Konsey (Council)" adı altında örgütlenmişlerdir. Etimolojik kökeni itibariyle 12. Yüzyılın başlarında aslen "doktrin ve disiplini düzenlemek için papazların bir araya geldiği" Kilise anlamında kullanılan Konsey, istişare, müzakere, tavsiye ve karar almak için bir araya gelen insanların oluşturduğu topluluğu ifade etmektedir.[52] Nitekim Şeriat Konseylerinin internet siteleri incelendiğinde, boşanma işlemi için İslami boşanmanın yanında medeni boşanmaya da ihtiyaç olduğu vurgulanmakta,[53] bu konseylerin paralel bir hukuk sistemi olmadığı ifade edilmektedir:

> *"Konsey, müzakereleri sırasında ülke kanunları ile İslam hukuku arasındaki çatışmalardan kaçınan bir politika sürdürmeye kararlıdır. Konsey, kendi yetkisi dışındaki konuları mahkemelere havale eder ve paralel bir yargı hizmeti olarak işlev görmez."*[54]

---

49 Gillian Douglas, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg and Asma Khan, *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts-Report of a Research Study funded by the AHRC* (Cardiff University 2011) 22.

50 Douglas, Doe, Gilliat-Ray, Sandberg, Khan (n 48) 29.

51 Neil Addison, 'Foreword: Sharia Tribunals in Britain- Mediators or Arbitrators?' in Denis MacEoin and David G. Green (eds), *Sharia Law or 'One Law for All?* (CIVITAS 2009) xiv-xv.

52 Online Etymology Dictionary, 'Council' <https://www.etymonline.com/search?q=council> erişim: 17.07.2024. TDK, 'Konsey' <https://sozluk.gov.tr/> erişim:17.07.2024). Hakan Aydın, 'İngiltere'de İslami Yargı Kurumlarının Sınırları' (2003) 5 Darulhadis İslami Araştırmalar Dergisi 144.

53 Bir Şeriat Konseyi'nin internet sitesinin sık sorulan sorular kısmında, boşanma süreci şöyle tarif edilmektedir: "2. (Nikah) İslam Hukukuna (Şeriat) Göre Yapılmış ve Birleşik Krallık'ta da Tescil Edilmişse Boşanma Başvurusu Prosedürü Nedir? 2a. İslami bir boşanma için soru 1'de özetlenen prosedürleri izleyin. 2b. Ayrıca bir medeni boşanmaya da ihtiyacınız olacaktır." Sharia Council <https://www.shariahcouncil.org/frequently-asked-questions/> erişim: 26.09.2024.

54 Sharia Council (n 53)

Şeriat Konseyleri, Müslüman gruba mensup tarafların başvuruda bulundukları uyuşmazlıkları çözmeye çalışırken şeriat ilkelerini esas almaktadır. Şeriat, kamusal ve özel alanın düzenlenmesine ilişkin pek çok kuralı içeren ilkeler bütünüdür.[55] Bir topluluğu bütünüyle düzenlemeyi kendisine şiar edilen Şeriat, mevcut durumda İngiliz topraklarında doğan ve gelişen Anglo-Sakson Hukuk Sistemi içerisinde hukukun kaynakları arasında bulunmamaktadır.[56]

Dolayısıyla Şeriat Konseyleri, Birleşik Krallık hukuk sistemi içerisinde herhangi bir yere sahip değildir. Hukuki durum bu olmakla birlikte, Birleşik Krallık'ta yaşayan Müslüman toplulukların İngiliz ulusal yargısının yanında uyuşmazlık çözüm mercii olarak Şeriat Konseylerine başvurmayı tercih ettikleri de bilinmektedir. 1982'den itibaren faaliyetlerine devam eden, sayıları son 10 yıldır artış gösteren ve bugün itibariyle yaklaşık 85'inin aktif olarak varlığını sürdürdüğü Şeriat Konseyleri[57], pratikte uyuşmazlıklarının şeriat ilkelerine uygun çözülmesi isteyen Müslümanların uyuşmazlık çözüm mercii olarak başvurdukları merciler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tarafların üzerinde serbest iradeleriyle tasarrufta bulunabileceği aile, miras hukuku, ticari ilişkiler, borç ilişkileri gibi özel hukuka ait alanlardaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin faaliyet gösteren Şeriat Konseyleri tarafından ele alınan uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğunun -kararlar kamuoyu ile paylaşılmadığı için[58] net bir belirleme yapılamasa da- aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar olduğunu söylemek mümkündür. Cardiff Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanan raporda Şeriat Konseylerinin, 1) özel alanlarda uzlaştırma ve arabuluculuk 2) Müslüman boşanma belgelerinin düzenlenmesi ve 3) özellikle Müslüman aile hukuku ve uygulamaları hakkında uzman görüşü raporlarının hazırlanması olmak üzere spesifik olarak üç ana işlevi bulunduğu ifade edilmektedir.[59] İçişleri Bakanlığı Bağımsız Denetçi Raporuna göre, Şeriat Konseylerinin %90 oranında, Cardiff Üniversitesi Raporuna göre ise %95 oranında İslami boşanma talebiyle özellikle kadınlardan gelen başvuruları incelediği görülmektedir.[60] CIVITAS'ın raporunda

---

55 Denis MacEoin and David G. Green (eds), *Sharia Law or 'One Law for All?* (CIVITAS 2009) 9.

56 Yaşar Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2023) 180.

57 Birleşik Krallıkla faaliyetlerinde devam eden Şeriat Konseyleri'nin sayısı net olarak bilinmemektedir. İngiliz Siyasetçi Nigel Farage 2015 yılında yaptığı açıklamada Birleşik Krallık çapında 80 civarı Şeriat Konseyi olduğunu belirtmiştir. İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine hazırlanan Bağımsız Denetçi Raporunda, raporun hazırlandığı yıl olan 2018 itibariyle İngiltere ve Galler'de Şeriat Konseyleri'nin sayılarının 30 ile 85 arasında değiştiği, son 10 yılda sayılarının arttığı ifade edilmiştir. Sivil toplum örgütleri Ulusal Laik Toplum (National Secular Society, NSS) ile CİTİVAS tarafından hazırlanarak İngiliz Parlamentosu'na sunulan raporlarda Şeriat Konseyleri'nin sayısı 85 olarak belirtilmiştir. Torrance, s.6'dan naklen The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 4. National Secular Society, Written Evidence submitted by the National Secular Society 2 <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/69030/pdf/> erişim:17.07.2024, MacEoin and Green (n 54) 69.

58 Coste (n 35) 14.

59 Douglas, Doe, Gilliat-Ray, Sandberg, Khan (n 48) 29.

60 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 12; Doug-

ve Cardiff Üniversitesi tarafından hazırlanan raporlarda da benzer şekilde evlilik ve boşanmaya dair uyuşmazlıkların Şeriat Konseylerinde görülen uyuşmazlıkların merkezinde yer aldığı ifade edilmiştir.[61]

İngiliz hukukunda bir hukuki düzenleme kapsamında henüz tanınmış olmayan Şeriat Konseylerinin, Tarafların üzerinde serbestçe karar verme yetkisine sahip olmadığı, devletin taraf olduğu ya da devleti ve/veya toplumu ilgilendiren, kamusal alana dair hususlarda müzakere etme, karar verme yetkisi, evleviyetle (argumentum a fortiori) bulunmamaktadır. Manchester Kraliyet Mahkemesi Hakimi Clement Goldstone'un Pakistanlı bir ailenin konu olduğu bir ceza davasında kullandığı ifadeler Birleşik Krallık yargısının bu yaklaşımını ifade etmesi açısından önemlidir:

> *"Herkes kendi inançlarına sahip olma hakkına sahiptir ve bu inançlar doğrultusunda ibadet etmeye ve bu inançların kültürünü benimseyen bir yaşam sürmeye teşvik edilmelidir. Ancak bu ülkede yaşamayı seçen ve sizin gibi Britanya tebaası olan kişiler, bu inançlarını ve kültürlerini uygularken yasalarımızdan vazgeçmemelidir. Bunu yaparlarsa, sonuçlarına katlanırlar."*[62]

V. İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ŞERİAT KONSEYLERİ TARTIŞMALARI

Son 10 yılda giderek artan sayıları ve artan başvuru oranları[63] ile daha da görünür hale gelen Şeriat Konseyleri Birleşik Krallık kamuoyunda önemli bir tartışmanın parçasını oluşturmaktadır. Tartışmanın bir tarafında, Şeriat Konseylerine yönelik düzenleme yaparak bunların sisteme dahil edilmesini savunanlar varken diğer tarafında ise Konseylerin çeşitli yönlerden zararlı sonuçlarına dikkat çekenler bulunmaktadır.

Şeriat Konseylerinin sisteme dahil edilmesini savunan en önemli örnek olarak Cantenbury Başpsikoposu Dr. Rowan Williams gösterilebilir. 2008 yılında Şeriat Konseyleri hakkında yaptığı açıklama ile dikkatleri üzerine çeken Williams, İngiltere'de bazı alanlarda Şeriat hukukunun benimsenmesinin "kaçınılmaz" olduğunu ifade etmiştir. Williams, bazı Müslümanların inançları gereği İngiliz hukuk sistemiyle ilişki kurmaması nedeniyle, özellikle evlilik gibi özel alanlarda İngiltere'de İslam Hukukuna

---

las, Doe, Gilliat-Ray, Sandberg, Khan (n 48) 29.

61 MacEoin and Green (n 54) 41; Douglas, Doe, Gilliat-Ray, Sandberg, Khan (n 48) s.43.

62 Jaya Narain, 'Muslim mother who forced her school-age daughtersto marry their cousins is jailed for 3 years' (Daily Mail, 22 May 2009) <Muslim mother who forced her school-age daughters to marry their cousins is jailed for 3 years | Daily Mail Online>, erişim:17.07.2024.

63 The Guardian'ın konu ile ilgili 2010 tarihli haberine göre Şeriat Konseyleri'ne başvuru geçen yıla göre yüzde 15 artış göstermiş ve göstermeye de devam etmektedir. Afua Hirsh, 'Fears over non-Muslim's use of Islamic law to resolve disputes' (The Guardian, 14 March 2010) <Fears over non-Muslim's use of Islamic law to resolve disputes | Law | The Guardian> erişim:20.07.2024, Divya Talwar, 'Growing use of Sharia by UK Muslims' (BBC, 16 January 2012) <https://www.bbc.com/news/uk-16522447> erişim:21.07.2024.

alternatif çözüm yolu olarak resmi statü verilmesinin sosyal uyuma yardımcı olacağını belirtmiştir.[64] Williams'ı destekleyen Lord Baş Yargıç, Şeriat Hukukunun çeşitli yönleriyle Birleşik Krallık hukukuna dahil edilebileceğini ifade etmiştir.[65] Benzer şekilde, eski Baro Başkanı (leading barrister) Stephen Hockman Şeriat Hukukunun hukuk sistemine dahil edilmesini önermiştir.[66] Wlliams'ın görüşleri doktrinde de yankı bulmuş, Kanadalı akademisyen Anver Ernon, Birleşik Krallık'ta yaşayan Müslümanların kendi sosyal hizmet kuruluşları yoluyla tarihi Şeriat doktrinini yeniden değerlendirerek arabuluculuk veya yargılama hizmeti sunabileceğini ifade etmiştir.[67]

Şeriat Konseylerine yönelik bu destekleyici açıklamaların yanında, dikkat çekici oranda eleştirilerin de olduğunu söylemek gerekir. Bu eleştirilerin iki temel spesifik kaygısı vardır: (i) Şeriat Konseylerini tanınmanın insan haklarının evrenselliğine yönelik bir tehdit taşıması ve "herkes için tek hukuk (one law for all)" ilkesini ihlal etme tehlikesini barındırması, (ii) şeriatın çağdaş insan hakları normları ile bağdaşmaması.[68]

Çeşitli sivil toplum örgütleri ve üniversitelerin raporları, Birleşik Krallık yetkilileri ile hükümet aktörlerinin ifadeleri incelendiğinde Şeriat Konseylerinin hukuki dayanakları ve İngiliz hukuk düzenindeki yerine ilişkin tartışmalarda, özellikle Şeriat Konseylerine hukuki varlık kazandırmanın herkes için tek hukuk ilkesini ciddi ölçüde zedeleyeceği yaklaşımı baskın olduğu görülmektedir.

Bu çerçevede bazı devlet yetkililerinin tek hukuk sistemini vurgulayan açıklamaları dikkat çekicidir. 2016 yılında dönemin Adalet Bakanı Chris Grayling, ülkede yaşayan her bir kişi için ırk, renk ya da inanç ayrımı gözetmeksizin geçerli olan tek bir hukuk sistemi olduğunu, dini gruplar arasında hakemlik hizmeti gören sistemlerin bağlayıcı olmadığını belirtmiştir.[69] Keza Eski İçişleri Bakanı Amber

---

64 Riazat Butt, 'Archbishops backs sharia law for British Muslims', (The Guardian, 7 February 2008) <https://www.theguardian.com/uk/2008/feb/07/religion.world>, erişim:19.07.2024.

65 Ed Beavan, 'Lord Chief Justice backs Dr Williams over sharia' 10 July 2008 <https://www.churchtimes.co.uk/articles/2008/11-july/news/uk/lord-chief-justice-backs-dr-williams-over-sharia>, erişim:27.09.2024.

66 Jon Swaine, 'Sharia law should be introduced into legalsystem, says leading barrister' (Telegraph, 26 November 2008) <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/3523672/Sharia-law-should-be-introduced-into-legal-system-says-leading-barrister.html> erişim:17.07.2024.

67 Anver M Ernon, 'Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politicsand Multicultural Jurisprudence' (2006) Singapore Journal of Legal Studies 331, 355.

68 Peter Cumper, 'Multiculturalism, Human Rights and the Accommodation of Sharia Law' (2014) [14] Human Rights Law Review 31, 37.

69 Chris Grayling, 'Common Debates' <House of Commons Hansard Debates for 14 Jan 2016 (pt 0002) (parliament.uk)>, erişim:16.07.2024. Bu ifadenin ardından Hukuk Derneği tarafından 2014'te yayınlanan Müslüman aileler arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için kurulan Şeriat Konseyleri için şeriata uygun vasiyetnamelerin nasıl hazırlanacağına dair hazırlanan ve yayınlanan rehber, geri çekilmiştir. Owen Bowcott, 'Law Society withdraws guidance on sharia wills' (The Guardian, 24 November 2014) <https://www.theguardian.com/law/2014/nov/24/law-society-withdraws-guidance-sharia-wills> erişim:22.07.2024.

Rudd, Şeriat Konseylerine yönelik kolaylaştırıcı veya onayıcı bir düzenleme planı oluşturma önerisine karşı çıkmakta, böyle bir düzenlemenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak konseylere meşruiyet kazandıracağı endişesini ifade etmektedir. Rudd'a göre yapılacak bir düzenleme paralel bir hukuk sisteminin varlığı algısına meşruiyet katabilecektir.[70]

"Paralel hukuk sistemi" endişeleri Başbakan David Cameron tarafından da dile getirilmiştir. Cameron, devlet tarafından teşvik edilen çok kültürlülüğü eleştirerek, bunun feci sonuçlara yol açabileceğini, farklı topluluklar için farklı yasalar yaratma riski taşıdığını, bu durumun insanları birbirlerinden farklılaştırarak ana akımdan ayıran hayatlar yaşamasına neden olduğunu ifade etmiştir.[71] Şeriat Konseylerinin hukuk sistemi tarafından tanınmasını savunan Başpiskopos Rowan Williams'ı eleştiren Cameron, "paralel yargı yetkisi"nin onaylanamayacağını vurgulamaktadır:

> *"Tartışmasının bazı noktalarında, paralel bir adalet sistemi sunarak Şeriat Hukukunun İngiltere'nin bazı bölgelerinde gerçekleştirilebileceğini öne sürüyor gibi görünüyor… Hiçbir şekilde onaylanmaması gereken şey, İngiltere'de yaşayan insanların kendilerini belirli bir dini grubun üyesi olarak tanımlayarak ya da başka bir şekilde kendilerini İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisinden tamamen ya da kısmen muaf tutabilecekleri ve paralel bir yargı yetkisini tercih edebilecekleri fikridir."*[72]

İnsan hakları temelli eleştirilerinse esasen kadınlara yönelik ayrımcılık konusuna odaklandığı görülmektedir. Nitekim dönemin İçişleri Bakanı Theresa May, bazı kadınların Şeriat Konseyleri tarafından alınan ayrımcı gibi görünen kararların mağduru olduğunun bildirildiğini, bunun ciddi bir endişe kaynağı olduğunu ifade etmiştir.[73] Birleşik Krallık'ta her vatandaş için hak ve güvenlik sağlayan tek bir hukuk olduğunu belirten May, Şeriat Konseyleri ile ilgili bu iddiaların gerçekliğinin araştırılması için Bağımsız Denetçinin görevlendirildiğini vurgulamıştır.[74]

Bağımsız Denetçi, Şeriat Konseylerini 1998 İnsan Hakları Yasası çerçevesinde ele almıştır. Yasanın bölüm 1 (2) hükmü uyarınca Birleşik Krallık iç hukukunun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) garanti altına alınan, özel ve aile hayatına saygı hakkı (m.8), din, vicdan ve ibadet özgürlüğü (m.9),

---

70 Amber Rudd, 'Written Statment' <https://hansard.parliament.uk/commons/2018-02-01/debates/54404d94-5847-4f74-877e-e3eeaf5bd091/WrittenStatements> erişim:16.07.2024.

71 David Cameron, 'PM's Speech at Munich Security Conference' 5 February 2011, <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-speech-at-munich-security-conference> erişim:19.07.2024.

72 Equality and Human Rights Commission, 'David Cameron: extremism, individual rights and the rule of law in Britain', 26 February 2008 <https://www.conservatives.com/News/Speeches/2008/02/David_Cameron_Extremism_individual_rights_and_the_rul> erişim:19.07.2024).

73 'Sharia Law Review to focus on fairness to UK women- Theresa May' (BBC, 26 May 2016) <https://www.bbc.com/news/uk-36388560> erişim:21.07.2024.

74 Sharia Law Review to focus on fairness to UK women- Theresa May (n 72).

toplanma ve dernek kurma özgürlüğü (m.11), evlenme hakkı (m.12) ve ayrımcılık yasağı (m.14) bağlamında Şeriat Konseylerini değerlendiren Denetçi, hakların sağlanması noktasında devletin yükümlülüklerini hatırlatmış, Şeriat Konseylerinin AİHS m. 11'in koruması altında olduğunu ifade etmiştir[75]:

> *"Din özgürlüğü, o dini uygulama özgürlüğünü ve dolayısıyla o dinin uygulama ve disiplinlerini ve o dinin mensuplarının otoritesini kabul etme özgürlüğünü de içermelidir. Dolayısıyla Müslüman bir kadın, medeni hukuka göre boşanmış olsa bile, dinlerinin izin verdiği yollarla dini boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir. Medeni hukukumuzda hiçbir dini kanun uygulanamaz. Bir vatandaşın herhangi bir dini yasaya uymak gibi yasal bir yükümlülüğü yoktur. Devlet bunu herkese açıkça belirtebilir (ve belirtmelidir). Madde 11, Müslüman toplumu içinde belirli bir yetkiye sahip olduğu kabul edilen alimlerin gönüllü birlikleri olan şeriat konseylerinin oluşumunu ve sürdürülmesini etkili bir şekilde korur. 11. Madde, Şeriat Konseylerinin oluşumunu ve devamlılığını etkin bir şekilde korumaktadır."*[76]

Öte yandan Rapor'da Şeriat Konseyleri uygulamalarında "iyi pratikler"[77] yanında, bazı "kötü pratikler"e ilişkin bulgular elde edildiği ifade edilmiştir. Bu pratiklere örnek olarak raporda; kişisel ilişkilerle ilgili hak ihlaline varan uygunsuz ve gereksiz sorgulama yapılması, kadının boşanmak için erkekten istenmeyen bazı mali tavizler vermek zorunda kalması (hul, khula)[78], zorla evlendirilen kadın

---

75 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 8.

76 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 8.

77 Bağımsız Denetçi, iyi uygulama örneklerini de ortaya koymuştur: "Aile içi şiddet ve çocuk koruma konularının polise bildirilmesi, Konsey ücretini ödeyemeyen kadınların ücretlerinin düşürülmesi/ödeme alınmaması, yasal boşanmanın ardından dini ve vicdani gerekliliklere uygun dini boşanmanın yapılması, belediyelerin çocuk düzenlemeleri için tarafların hukuk mahkemeleri gibi yasal yollara yönlendirilmesi, bir kadının boşanmak istediği hemen hemen her davada boşanma kararının verilmesi, bazı Konseylerde kadın panel üyelerinin de bulunması, bazı konseylerin çocuklar ve aile içi şiddetle ilgili koruma politikaları olduğunu belirtmesi…" Şeriat Konseyleri yaptıkları tüm tahkim faaliyetleri için yargılama masrafları ve hakem ücretlerini karşılamak üzere harç niteliğinde ücret almaktadırlar. Bu ücretler £100 ile £900 arasında değişmekte olup ortalama £300, £500 kadardır. Çoğunlukla boşanma kararı veren bu merciilerin aldıkları ücretler de zaman zaman tartışma konusu olmuş, Konseylerin bu işi salt para kazanma aracı olarak yaptıkları ifade edilmiştir. Birleşik Krallık Bağımsız Denetçi raporuna göre, bu suçlamaları kanıtlayacak bir veriye rastlanmamış, bu ücretlerin idari masrafları ve Konsey üyelerinin karar verme sürecinde harcadıkları zamanı karşılamak için alındığını belirtilmiştir. The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 14-16.

78 "Hul", talak ve tefrik İslami şeriatta boşanmanın üç türüdür. Aksi evlenirken yapılan anlaşmada kararlaştırılmadıkça talak kocanın, karısına karşı mehir borcunu ödemiş olmak kaydıyla, tek taraflı beyanla evliliği sonlandırmasına denir. Tefrik, kadının mahkemeye başvurması suretiyle gerçekleşen boşanmadır. Hul ise kadının ayrılmak için bir bedel teklif etmesi ve kocanın da bunu kabul etmesiyle gerçekleşir. "Sözlükte "elbiseyi çıkarmak, soyunmak; ayırmak" gibi anlamlara gelen **hul'**, fıkıhta kadının belli bir bedel vermesi karşılığında kocanın ayrılmaya razı olması üzerine evlilik bağından kurtulmasını ifade eder. Karşılıklı anlaşmayla gerçekleşmesi sebebiyle bu

mağdurun ailesiyle birlikte Konseye katılmasının istenmesi, sürecin oldukça uzun sürmesi, medeni boşanmanın gerçekleştiği durumlarda dahi hızlı karar alınmaması ve tüm delillerin yeniden incelenmesi, karar veren kurullarda çok az sayıda kadının bulunması, Birleşik Krallık'a yeni taşınmış ve gerekli dil becerilerine ve/veya Birleşik Krallık toplumu hakkında daha geniş bir anlayışa sahip olmayan kişilerin karar veren kurulda yer alması hususları gösterilmektedir.[79]

Bununla birlikte Birleşik Krallık Müslüman Kadınlar Ağı (Muslim Women's Network UK), Şeriat Konseylerinin kaldırılma ihtimalinin Müslüman kadınların maruz kaldığı ayrımcılığı ortadan kaldırmayacağını, aksine daha da kötüleştireceğini ifade etmiştir:

> *"Şeriat Konseylerinin kaldırılması, daha fazla cami ve münferit alimin hizmet vermesiyle birlikte şeriat boşanma hizmetinin yeraltına itilmesinden başka bir sonuç doğurmayacaktır. Bu da muhtemelen daha fazla kadının kötü niyetli evlilikler içinde sıkışıp kalması, daha az şeffaflık, daha fazla ayrımcılık ve daha yüksek ücretler anlamına gelecektir… Müslüman kadınların çoğu Şeriat Konseylerinin kapatılmasını değil, standartlarını yükseltmelerini ve adil ve eşitlikçi uygulamalar yapmalarını istemektedir. Ayrıca hükümetin hesap verebilirliği sağlamasını ve medeni hukuku güçlendirmesini, böylece Müslüman kadınların boşanma konusunda Şeriat Konseylerine daha az bağımlı olmasını istiyorlar ki bu da zaten gelecekte çoğunu doğal olarak gereksiz kılacaktır."*[80]

Benzer düşüncelerle Bağımsız İnceleme Raporu da Şeriat Konseylerinin kapatılmasını ya da yasaklanmasını "uygulanabilir bir seçenek" olarak görmemiştir.[81] Aksine Rapor, Şeriat Konseylerinin İngiliz hukuk sistemi içerisinde daha kabul edilebilir bir alanda yer alması için düzenleme yapılmasını, kadın hakları konusunda bilgi ve anlayışın geliştirilmesini ve Evlilik Yasası'nda yapılacak değişikliklerle, medeni nikahın İslami nikah töreninden önce veya aynı anda yapılmasını sağlamayı, böylece İslami nikahı yasalar nezdinde Hıristiyan ve Yahudi nikahı ile aynı çizgiye getirmeyi önermektedir.[82]

Bağımsız İnceleme Raporu, AİHS m.9/2'de düzenlenen din, vicdan ve ibadet hürriyetinin meşru sınırlama sebebi olarak "başkalarının haklarının korunması"

---

işleme muhâlea adı verilir." (bold vurgular kaynak ifadeye ait). Bkz.: Fahrettin Atar, "Muhâlea", TDV İslâm Ansiklopedisi, https://islamansiklopedisi.org.tr/muhalea erişim: 02.10.2024.

79 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 16.

80 Bağımsız Denetim için sunulan yazı kanıtta UK Parliament, 'Written Evidence submitted by Muslim Women's Network' <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/74869/html/> erişim:22.07.2024.

81 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 23.

82 The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 17.

devreye girdiğinde, devletin bu konulara yalnızca yasal görevler yükleyerek ve uygulayarak yanıt verme değil, aynı zamanda bunu etkili bir şekilde gerçekleştirme yükümlülüğü olduğunu, başka bir deyişle, orantılı ve etkili bir yanıtın verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bağımsız Denetçi bu müdahaleyi gerçekleştirmek için bir dereceye kadar düzenleme yapılmasını önermektedir. Şeriat Konseylerinde gerçekleşen kötü uygulamalardan olumsuz etkilenen kişilerin adalete erişiminin pratik ve etkili bir şekilde sağlanmasını ve hak ihlallerine neden olmayacak uygulamaların etkili kılınmasını temin etmek de devletin görevidir. Kadınların ayrımcı uygulamalara maruz kalma riski olmadan dini boşanma talep etme hakkını korumak üzere tasarlanan bu yasal düzenleme önerilerine dair Şeriat konseyleriyle yapılan görüşmelerde hiçbirinin bir tür düzenlemeye karşı çıkmadığı ve bazılarının bunu olumlu karşıladığı da belirtilmiştir.[83]

Şeriat Konseyi uygulamalarının insan hakları çerçevesinde değerlendirildiği bir başka rapor, Avrupa Konseyi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi tarafından hazırlanmıştır. Komite'nin 3 Ocak 2019 tarihli raporunda hem Şeriat Konseyi uygulamaları hem de Şeriat hukukunun AİHS ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Raporda, Şeriat Konseylerinin miras ve boşanma konularında kadınlara karşı ayrımcılık uygulayan kararlar verdiğinden endişe edildiği vurgulanmıştır.[84] Raporu kabul etmek üzere toplanan Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 22 Ocak 2019 tarihinde verdiği "Şeriat, Kahire Deklarasyonu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sharia, The Cairo Declaration and European Convention on Human Rights)" başlıklı kararını kamuoyu ile paylaşmıştır. Kararda Parlamenterler Meclisi, Müslüman toplum üyelerinin Şeriat Konseylerine bazen gönüllü olarak, çoğu zaman da "ciddi ölçüde sosyal baskı altında (under considerable social pressure)" başvurduğunu; boşanma ve miras davalarında Şeriat Konseylerinin "kadınlara karşı açıkça ayrımcılık (clearly discriminate against women)" yapmasından endişe duyduğunu ifade etmektedir.[85] Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletleri, dini ve kültürel uygulamalar veya gelenekler ne olursa olsun insan haklarını korumaya çağıran Meclis, Şeriat Konseylerinin, özellikle kadınlara karşı ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili olarak, yasalar çerçevesinde faaliyet göstermesini ve tüm usuli haklara saygı göstermesini sağlamak üzere Birleşik Krallık'a tavsiyelerini iletmiştir:

---

[83] Bağımsız Denetçi Raporuna göre bu düzenleme üç şekilde gerçekleştirilebilir: "1. Şeriat konseylerini tek tip bir özdenetim sistemini benimsemeye davet edebilir, teşvik edebilir ve hatta zorlayabilir. 2. Devlet, şeriat konseylerinin benimsemesi ve ardından kendi kendini düzenlemesi için bir düzenleme sistemi sağlayabilir. 3. Böyle bir sistemi dayatabilir ve OFSTED benzeri bir yaptırım kurumu sağlayabilir." The Independent review into the application of sharia law in England and Wales (n 41) 19.

[84] Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights (n 47). Raporda Şeriat Konseylerine yönelik endişeli yaklaşımın bir benzeri, AİHM'in çok hukukluluk kavramına bakışında da görülmektedir. AİHM'ye göre çok hukukluluk AİHS ile bağdaşmaz. Bkz.: Refah Partisi v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13/02/2003, §§ 117-120.

[85] Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights (n 47) §8-9.

"Şeriat konseylerinin, özellikle kadınlara karşı ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili olarak, yasalar çerçevesinde faaliyet göstermesini ve tüm usuli haklara saygı göstermesini sağlamak,

Evlilik Yasasını gözden geçirerek, Hıristiyan ve Yahudi evlilikleri için halihazırda yasalarca öngörüldüğü üzere, Müslüman çiftlerin evliliklerini İslami törenlerinden önce veya aynı zamanda resmi olarak tescil ettirmelerini yasal bir gereklilik haline getirmek,

İslami evlilikler de dahil olmak üzere herhangi bir evliliği gerçekleştiren kişinin, dini nikahı kıymadan önce veya aynı zamanda evliliğin resmi olarak da tescil edilmesini sağlamasını zorunlu kılmak için uygun yaptırım tedbirlerini almak,

Müslüman kadınların adalete erişiminin önündeki engelleri kaldırmak ve savunmasız durumda olanlara koruma ve yardım sağlamaya yönelik tedbirleri artırmak,

Müslüman kadınlar arasında, özellikle evlilik, boşanma, çocukların velayeti ve miras konularında haklarının bilinmesini teşvik etmek için bilinçlendirme kampanyaları düzenlemek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini ve kadınların güçlendirilmesini teşvik etmek için Müslüman topluluklar, kadın örgütleri ve diğer sivil toplum kuruluşlarıyla birlikte çalışmak

Şeriat konseylerinin «yargısal» uygulamaları ve bu konseylerin özellikle kadınlar tarafından ne ölçüde gönüllü olarak kullanıldığı konusunda daha fazla araştırma yapmak."[86]

SONUÇ

İlk Konseyin kurulduğu yıl olan 1982'den beri geçen yaklaşık 45 yıldır Şeriat Konseyleri, Birleşik Krallık hukuk sistemi içerisine dahil edilmeksizin varlığını sürdürmüştür. Yasal bir dayanağı bulunmayan Şeriat Konseyleri, Birleşik Krallık'ta bağlayıcı bir otorite olarak kabul edilmemesine rağmen Müslüman toplulukların kendi aralarında şeriat ilkelerine uygun olarak çözümlenmesini talep ettikleri uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık merkezlerine benzer bir usulü takip etmektedir.

Çalışma kapsamında incelenen raporlarda da görüldüğü üzere, Şeriat Konseyleri Birleşik Krallık'taki Müslüman toplumun ihtiyaçlarından ortaya çıkmıştır. Birleşik Krallık şimdiye kadar Konseyleri yasaklama yoluna gitmemiştir. Bu bakımdan, en azından Şeriat Konseyleri özelinde, farklılıklara yönelik politika bakımından Birleşik Krallık'ın "farklılıkları ezme" ya da asimilasyon gibi bir politika gütmediğini söylemek mümkündür. Çokkültürlülük hala en azından söylem düzeyinde, Birleşik Krallık'ın temel politikası gibi görünmektedir. Konuyla ilgili son tartışmada eski İç İşleri Bakanının çok kültürlülüğün başarısız olduğu yönündeki ifadelerinden

[86] Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights (n 47) §14.

sonra, Temmuz 2024'e kadar Birleşik Krallık Başbakanı olarak görev yapan Rishi Sunak, ülkenin "çok etnikli muhteşem bir demokrasi" olduğunu ifade ederek çok kültürlülük politikalarının altını tekrar çizmiştir.[87]

Öte yandan Birleşik Krallık'taki uygulamayı, Şeriat hukuku ve Şeriat Konseyleri çerçevesinde, çok hukukluluk uygulaması olarak görmek de mümkün değildir. Çünkü yukarıda net bir biçimde ortaya konduğu üzere Şeriat Konseylerine yönelik herhangi bir hukuki tanıma sağlanmamıştır. Bunun yanında, çeşitli devlet yetkililerinin ifadelerinde görüldüğü üzere, "herkes için tek hukuk" anlayışından vazgeçmemek ve bir "paralel yargı sistemi" intibaı uyandırmamak halen birincil derecede öneme sahip endişeler olarak göze çarpmaktadır. Gerek Bağımsız Denetçi raporunda, gerekse Avrupa Konseyi raporunda Şeriat Konseylerine yönelik düzenleme çağrısı olmasına rağmen Birleşik Krallık, bu düzenlemeyi, Şeriat Konseylerini sisteme dahil etmekten çekindiği için henüz getirmemiştir. Dolayısıyla Birleşik Krallık'ın Şeriat Konseylerine yönelik bugünkü bakışı gerek asimilasyondan gerekse tanımadan kaçınan, farklılıkları kendi halinde bırakarak görmezden gelen liberteryen politikalara yakın görünmektedir.

Şeriat Konseyleri ile ilgili insan hakları temelinde ortaya çıkan tartışma, çok kültürlülük-insan hakları, hatta daha geniş anlamda insan haklarında evrensellik-görecilik tartışmasına önemli bir örnek teşkil etmektedir. Birleşik Krallık'taki Müslüman topluluğun iç normları (şeriat) ile insan hakları (kadınlara yönelik ayrımcılık yasağı) bir gerilim halinde bulunmaktadır. Avrupa Konseyi raporunda da dikkat çekildiği üzere, boşanma ve miras gibi bazı somut alanlarda, konuya şeriat hukukunun bakış açısı ile AİHS'nin benimsemiş olduğu yaklaşım arasında önemli farklar olduğu yadsınamaz.

Her şeyden önce Şeriat Konseylerine gitmenin bir zorunluluk olmadığını, kadın ya da erkek isteyen herkesin doğrudan resmi mahkemelere başvurabileceği gerçeğini göz önünde bulundurmak gerekir. Bu Konseylere başvuranlar kendi toplulukları içindeki yerlerini kaybetmek, ayıplanmak, dışlanmak gibi sosyal yaptırımlardan kaçındıkları için bu mercilere başvurmaktadırlar. Bu bağlamda Şeriat Konseylerini eleştirenler, kadınların Şeriat Konseyine gitmeye korkutulabileceğini ve dini açıdan muhafazakar topluluklarda gönüllülüğün şüpheli olabileceğini ifade etmektedirler. [88]

Öte yandan Birleşik Krallık'ta ayıplanmak, dışlanmak gibi sosyal yaptırımların ortaya çıktığı tek yer olarak Müslüman toplulukları göstermek doğru olmaz. Bu tür yaptırımlar sosyal grupların hepsinde vardır ve bu yaptırımlardan dolayı çeşitli sosyal kurumları illegal ilan etmek, devletin her türlü toplumsal gruplaşmaya müdahale edebilmesine imkan veren totaliter bir anlayışa zemin hazırlar. Rıza ve gö-

---

87 Ben Quinn, 'Rish, Sunak rejects Braverman claim multiculturalism has failed" (The Guardian, 28 September 2023) <https://www.theguardian.com/politics/2023/sep/28/rishi-sunak-rejects-braverman-claim-multiculturalism-has-failed> erişim:30.09.2024.

88 Torrance (n 36) 3.

nüllülük kavramları, içerisinde büyük gölge alanları barındıran kavramlardır; fakat sosyal yaptırımlar ile gönüllülük ilkesinin tümüyle ortadan kaldırıldığı, örneğin cebir, şiddet, tehdit, şantaj gibi yollarla zorlama yöntemlerini birbirinden ayırmak gerekir. Böyle durumlarda devletin vatandaşını koruması gerektiğine şüphe yoktur. Bununla birlikte sırf toplumsal yaptırımlar var diye sosyal kurumları ortadan kaldırmaya çalışmak, değer dayatması anlamına gelecektir.

Müslüman topluluğun üyeleri toplumdaki yerini kaybetmeden, topluluk içinde kalmaya çalışarak, belli meselelerde çözüm aramaktadır. Örneğin, bir Müslüman kadın ayıplama ya da dışlanmaya maruz kalmadan ya da topluluk içinde yeniden evlenebilme ihtimalini riske atmadan, kendisine iyi davranmayan, uyuşmazlık içerisinde bulunduğu kocasından boşanmak istemektedir. Şeriat Konseyleri bu işlevi görmektedir. Şeriat Konseylerine başvuruların çoğunun kadınlar tarafından yapılması da bu toplumsal işleve işaret etmektedir. Şeriat Konseylerinin faaliyet gösterdiği topluluklar, salt medeni boşanmanın dinen bir sonuç doğurmadığı, dini açıdan evliliğin devam ettiği inancını taşımaktadır. Şeriat Konseylerine başvuran kadınlarla yapılan görüşmeler bu tespiti doğrulamaktadır.[89]

Dolayısıyla Şeriat Konseyleri gibi toplumsal ihtiyaçlardan ortaya çıkmış ara kurumlar, toplumsal yaptırımlardan kaçınarak modern hayatın problemlerine çözüm bulma arayışının bir sonucudur. Bu tür ara kurumlar olmadığında, örneğin Müslüman kadınlar yalnızca resmi mahkemelerde boşandığında toplumları içindeki yeri terk etmeleri gerekecektir. Bu tür ara kurumları ortadan kaldırarak kişileri toplumdan ayrılmanın yüküyle karşı karşıya bırakmak doğru olmayacaktır.

Sonuç olarak insan hakları ile çok kültürlülük ya da kültürel görecilik arasındaki tartışmada göreci bir tutumu benimsemek gerekir. Bazı toplumsal normlarla insan hakları normları ters düşebilir, olayları kavrayış açısından farklı tutumlar alabilir. Fakat bu, insan hakları normlarının mutlak doğru kabul edilerek jakoben bir tavırla bu topluluklara dayatılmasını gerektirmemektedir. Birleşik Krallık örneğinde görüldüğü üzere, Şeriat Konseyleri gibi ara kurumlar ilgili topluluklarda önemli işlevler görüyor olabilir. Dolayısıyla insan hakları perspektifinden yanlış görünen problemlerin çözümünü, gönüllülük ilkesi açıkça ve sert bir biçimde ihlal edilmediği müddetçe, ilgili toplumların doğal seyrine bırakmak gerekir.

[89] Islam Uddin, 'Sharia Councils in the UK: Reform and Regulation' in Samia Bano (ed), *The Sharia Inquiry, Religious Practice and Muslim Family Law in Britain* (Routledge Publishing 2023) 66 vd.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Addison N, 'Foreword: Sharia Tribunals n Britain- Mediators or Arbitrators?' in Denis MacEoin and David G. Green (eds), *Sharia Law or 'One Law for All?* (CIVITAS 2009)

Aydın H, 'İngiltere'de İslami Yargı Kurumlarının Sınırları' (2003) 5 Darulhadis İslami Araştırmalar Dergisi

Appiah K A, *The Ethics of Identity* (Princeton University Press 2005)

Bell G F, 'Multiculturalism in Law is Legal Pluralism – Lessons form Indonesia, Singapore and Canada' (2006). Singapore Journal of Legal Studies

Cumper P, 'Multiculturalism, Human Rights and the Accommodation of Sharia Law' (2014) [14] Human Rights Law Review

Davies M, 'Legal Pluralism' in Peter Cane and Herbert M. Kritzer (eds.) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press 2010)

Değirmencioğlu B, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası* (Adalet Yayınları 2022)

DiSalvo D and Ceaser J W, 'Affirmative Action and Positive Discrimination' (2004) 25[1] *Tocqueville Review*

Douglas G, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg and Asma Khan, *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts-Report of a Research Study funded by the AHRC* (Cardiff University 2011)

Ensaroğlu Y, 'Modernleşme Sürecinde Çokkültürlülük' içinde Helsinki Yurttaşlar Derneği (ed), *Modernleşme ve Çokkültürlülük* (İletişim Yayınları 2001)

Ernon A M, 'Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politicsand Multicultural Jurisprudence' (2006) Singapore Journal of Legal Studies

Fendoğlu H T, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi* (Yetkin Yayınları 2021)

Güllüpınar F, 'Eşitsizlik ve Toplumsal Tabakalaşma Açısından Vatandaşlık Üzerine Sosyolojik Bir Analiz' (2012) 67[1] Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

Katıman E ve Arslan E, 'İnsan Hakları Hukukunda Hukuki Çoğulculuk' (2020) 5[1] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı Cilt II 1941

Kaya K, 'Bir Toplum Mühendisliği Aracı Olarak Hukuk' içinde: Ali Şafak Balı (ed), *Hukuk Politikası* (Astana Yayıncılık 2016)

Kenanoğlu M M, *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek* (3.Bs. Klasik Yayınları 2020)

Kukathas C, 'Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference' (1998) *26*[5] Political Theory

Kundakçı F S, 'İnsan Hakları Kuramı: Çok-Kültürlülük Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme' (2009) 56 Liberal Düşünce

Kymlcika W, 'Çok Kültürlülük: Başarı, Başarısızlık ve Gelecek' (çev. Fatih Öztürk) (2012) 70[2] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

— —, *Çokkültürlü Yurttaşlık: Azınlık Haklarının Liberal Teorisi* (1998 [1995]) Ayrıntı Yayınları)

MacEoin D and Green D G (eds), *Sharia Law or 'One Law for All?* (CIVITAS 2009)

Neo J L, 'Legal Pluralism in Centralist Singapore' in Guillaume Tusseau (ed.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for_Legal Theory in the_Global Age* (Springer Publishing 2020)

Laçiner Ö, 'Çokkültürlülük' içinde Helsinki Yurttaşlar Derneği (ed), *Modernleşme ve Çokkültürlülük* (İletişim Yayınları 2001)

Lukito R, *Legal Pluralism in Indonesia: Bridging the Unbidgeable* (Routledge Publishing 2013)

Park J W, *The National Identity of a Diaspora: A Comparative Study of the Korean Identity in China, Japan and Uzbekistan* (Yayımlanmamış Doktora Tezi LSE 2005)

Pekel A, *İnsan Haklarının Evrenselliğine Kültürel Görecilik İtirazı ve Tartışmayı Uzlaştırma Çabaları* (Adalet Yayınevi 2023)

Salihpaşaoğlu Y, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2023)

Saygılı A, 'Modern Devletin Çıplak Sureti' (2010) 59[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Shachar A, 'The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups and the State' in Christian Joppke and Steven Lukes (eds), *Multicultural Questions* (Oxford University Press 2004)

Shorten A, *Çokkültürlülük: Günümüzde Çeşitliliğin Siyasi Teorisi* (Abdulvahit Gezer, Lejand Kitap Yayınları 2004)

The Independent review into the application of sharia law in England and Wales, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty (Counter Extremism Unit 2018)

Uddin I, 'Sharia Councils in the UK: Reform and Regulation' in Samia Bano (ed), *The Sharia Inquiry, Religious Practice and Muslim Family Law in Britain* (Routledge Publishing 2023)

Üye S, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk (Turhan Kitabevi 2013)

Vartija D and Bermejo S M, 'Inequalities in Early Modern History (ca. 1500–1800)' in Jan Hansen, Jochen Hung, Jaroslav Ira, Judit Klement, Sylvain Lesage, Juan Luis Simal and Andrew Tompkins (eds) *European Experience* (OpenBook Publishers 2023)

Vurucu İ, 'Kimliksiz vatandaşlık mümkün mü?' (2020) 5 Nosyon: Uluslararası Toplum ve Kültür Çalışmaları Dergisi

İnternet Kaynakları

Arbitration Act 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1> erişim 04.07.2024.

Atar F, "Muhâlea", TDV İslâm Ansiklopedisi <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhalea> erişim 02.10.2024.

Beavan E, 'Lord Chief Justice backs Dr Williams over sharia' 10 July 2008 <https://www.churchtimes.co.uk/articles/2008/11-july/news/uk/lord-chief-justice-backs-dr-williams-over-sharia> erişim:27.09.2024.

Bell D, 'In the name of law' (The Guardian, 14 June 2007) <https://www.theguardian.com/world/2007/jun/14/religion.news> erişim 09.07.2024.

Bowen J R, 'Private Arrangement: 'Recognizing Sharia' in England (2009) https://web.archive.org/web/20090712043802/http://bostonreview.net/BR34.2/bowen.php> erişim 09.07.2024.

Bowcott O, 'Law Society withdraws guidance on sharia wills' (The Guardian, 24 November 2014) <https://www.theguardian.com/law/2014/nov/24/law-society-withdraws-guidance-sharia-wills> erişim:22.07.2024.

Butt R, 'Archbishops backs sharia law for British Muslims', (The Guardian, 7 February 2008) <https://www.theguardian.com/uk/2008/feb/07/religion.world> erişim 19.07.2024.

Cameron D, 'PM's Speech at Munich Security Conference' 5 February 2011 <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-speech-at-munich-security-conference> erişim 19.07.2024.

Corbin J, 'Are Sharia Councils failing vulnareble women?' (BBCNews 7 April 2013) <https://www.bbc.com/news/uk-22044724> erişim 09.07.2024.

Coste A A, "Muslim Arbitration Tribunal and Sharia Courts – Objectives and legal jurisdiction within England and Canada", Academia <https://www.academia.edu/17321834/Muslim_Arbitration_Tribunal_and_Sharia_Courts_ Objectives_and_legal_jurisdiction_within_England_and_Canada> erişim 16.07.2024.

Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights [2019] 'Compatibility of Sharia law with the European Convention on Human Rights: can States Parties to the Convention be signatories to the Cairo Declaration?', Report, Doc.14787 <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25246&lang=en> erişim 21.07.2024.

Equality and Human Rights Commission, 'David Cameron: extremism, individual rights and the rule of law in Britain', 26 February 2008 <https://www.conservatives.com/News/Speeches/2008/02/David_Cameron_Extremism_individual_rights_and_the_rul> erişim 19.07.2024.

Eagan J L, 'Multiculturalism' *Encyclopedia Britannica* <https://www.britannica.com/topic/multiculturalism> erişim 23.08.2024.

Francouis M C, 'Why banning Sharia courts would harm British Muslim women' (The Telegraph 16 July 2014) <https://www.telegraph.co.uk/women/womens-politics/10973009/Sharia-courts-ban-would-harm-British-Muslim-women.html> erişim 09.07.2024.

Gardner C, 'What's legal about family arbitration?' (The Guardian 23 February 2012) <https://www.theguardian.com/law/2012/feb/23/is-family-arbitration-legal> erişim 16.07.2024.

Grayling C, 'Common Debates' <House of Commons Hansard Debates for 14 Jan 2016 (pt 0002) (parliament.uk)> erişim 16.07.2024.

Hirsh A, 'Fears over non-Muslim's use of Islamic law to resolve disputes' (The Guardian, 14 March 2010) <Fears over non-Muslim's use of Islamic law to resolve disputes | Law | The Guardian> erişim 20.07.2024.

Narain J, 'Muslim mother who forced her school-age daughtersto marry their cousins is jailed for 3 years' (Daily Mail, 22 May 2009) <Muslim mother who forced her school-age daughters to marry their cousins is jailed for 3 years | Daily Mail Online> erişim 17.07.2024.

National Secular Society, Written Evidence submitted by the National Secular Society 2 <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/69030/pdf/> erişim:17.07.2024

Online Etymology Dictionary, 'Council' <https://www.etymonline.com/search?q=-council> erişim 17.07.2024.

Quinn B, 'Rish, Sunak rejects Braverman claim multiculturalism has failed" (The Guardian, 28 September 2023) <https://www.theguardian.com/politics/2023/sep/28/rishi-sunak-rejects-braverman-claim-multiculturalism-has-failed> erişim 30.09.2024.

Rudd A, 'Written Statment' <https://hansard.parliament.uk/commons/2018-02-01/debates/54404d94-5847-4f74-877e-e3eeaf5bd091/WrittenStatements> erişim 16.07.2024.

Torrance D, 'Sharia Law Courts in the UK', House of Commons Library, 1 May 2019 <www.parliament.uk/commons-library> erişim 16.07.2024.

Talwar D, 'Growing use of Sharia by UK Muslims' (BBC, 16 January 2012) <https://www.bbc.com/news/uk-16522447> erişim:21.07.2024.

Swaine J, 'Sharia law should be introduced into legalsystem, says leading barrister' (Telegraph, 26 November 2008) <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/3523672/Sharia-law-should-be-introduced-into-legal-system-says-leading-barrister.html> erişim 17.07.2024.

Refah Partisi v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13/02/2003 <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60936> erişim 22.07.1991.

Sharia Council <https://www.shariahcouncil.org/frequently-asked-questions/> erişim 26.09.2024.

Sharia Courts interfered to protect domestic abusers, MPs told (Independent 31 October 2016) <https://www.independent.co.uk/news/sharia-courts-interfered-to-protect-domestic-abusers-mps-told-a7388886.html> erişim 09.07.2024

'Sharia Law Review to focus on fairness to UK women- Theresa May' (BBC, 26 May 2016) <https://www.bbc.com/news/uk-36388560> erişim 21.07.2024.

TDK, 'Konsey' <https://sozluk.gov.tr/> erişim 17.07.2024.

Talip T, 'Şeriat', TDV İslam Ansiklopedisi <https://islamansiklopedisi.org.tr/seriat#1> erişim 08.07.2024.

UK Parliament, 'Written Evidence submitted by Muslim Women's Network' <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/74869/html/> erişim 22.07.2024.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683766

YARGITAY UYGULAMASINDA NORMLAR HİYERARŞİSİ

Hierarchy of Norms in the Judicial Practice of The Court of Cassation (Yargıtay)

Ömer Emrullah EGELİĞİ*

Özet

Bu makale, Türkiye'de normlar hiyerarşisinin adli yargı sistemindeki işleyişini ve Yargıtayın bu sistemdeki rolünü ele almaktadır. Çalışmada, Anayasa'nın üstünlüğü, uluslararası anlaşmalar, kanunlar ve düzenleyici işlemlerin hiyerarşik sıralaması tartışılmış, Yargıtay kararlarına bu sıralamanın nasıl yansıdığı incelenmiştir. Normlar hiyerarşisinin teorik temellerinden yola çıkarak Yargıtayın uygulamada benimsediği ilke ve yöntemler analiz edilmiştir.

Yargıtay, normlar arasındaki çatışmaların çözümünde genellikle üç ana yönteme başvurmaktadır; alt normun ihmal edilmesi, üst norma uygun yorumlama ve üst normun doğrudan uygulanması. Alt normun ihmal edilmesi yöntemi, kanuna veya Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen düzenleyici işlemlerin yok sayılarak uyuşmazlığın üst normlar temelinde çözümlenmesini içerir. Üst norma uygun yorumlama ise, alt normların üst normlara aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yeniden yorumlanmasını amaçlar. Üst normun doğrudan uygulanması ise, alt normun devre dışı bırakılarak üst normun bağlayıcılığının vurgulandığı durumlardır. Yargıtay bilhassa ihmal etme yaklaşımı ile kanunları, kanuna aykırı düzenleyici işlemler karşısında korumakta ve onların uygulanabilirliğini garanti altına almaktadır. Bununla birlikte, Yargıtayın düzenleyici işlemleri iptal etme yetkisinin bulunmaması, kanunların koruyucusu olma işlevinin sınırlarını çizmektedir. Başlangıçta Yargıtayın fiili olarak bir "yasa mahkemesi" işlevi gördüğü iddiasına güçlü bir şekilde yer verilse de mevcut yapısal ve usuli sınırlamaların bu rolü karmaşık hale getirdiği sonucuna varılmıştır.

Bunlarla birlikte, çalışma, normlar hiyerarşisi içinde hukuki öngörülebilirliği artırmak adına düzenleyici işlemlerin daha belirgin anayasal bir çerçevede düzenlenmesine yönelik önerilere yer vermekte ve Yargıtayın kararlarının daha sistematik bir şekilde yayımlanmasının önemine değinmektedir. Ayrıca ihmal edilen düzenleyici işlemlerin yayımlanmasının ardından idari yargıda iptali için özgün bir diyalog usulü getirilmesini tartışmaya açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Normlar hiyerarşisi, Yargıtay, idarenin düzenleyici işlemleri, anayasanın üstünlüğü

Abstract

This article analyses the functions of the hierarchy of norms in the judicial system in Türkiye and the role of the Court of Cassation (Yargıtay) in this system. The hierarchical ranking of the supremacy of the Constitution, international agreements, laws and regulatory acts is discussed, and how this ranking is reflected in the decisions of the Court of Cassation is analysed. Based on

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.10.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, egeligi@tau.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-2742-8456.

the theoretical basis of the hierarchy of norms, the principles and methods adopted by the Court of Cassation in practice are analysed.

The Court of Cassation generally applies three main approaches in resolving inter-norm conflicts; ignoring the lower norm, interpretation in accordance with the superior norm and direct application of the superior norm. The method of ignoring the sub-norm involves ignoring the regulatory acts that are found to be inconsistent with the law (act of parliament) or the Constitution and resolving the conflict on the basis of superior norms. Interpretation in accordance with the superior norm, on the other hand, aims to reinterpret the sub-norms in a way that does not contradict the superior norms. Direct application of the superior norm, on the other hand, is a situation in which the binding force of the superior norm is emphasised by ignoring the subordinate norm. The Court of Cassation protects the laws against incompatible regulatory acts and guarantees their enforceability, especially with the ignoring approach. However, the fact that the Court of Cassation does not have the power to annul regulatory acts limits its function as the protector of the law. Although it was initially strongly argued that the Court of Cassation functions de facto as a 'court of law', it was concluded that the existing structural and procedural limitations complicate this role.

In addition, the study includes suggestions for a more explicit constitutional framework for regulatory acts in order to increase legal predictability within the hierarchy of norms and emphasises the importance of a more systematic publication of the Supreme Court's decisions. It also discusses the introduction of a unique dialogue procedure for the annulment of ignored regulatory acts in the administrative jurisdiction after the publication of the decisions on those regulatory acts.

Keywords: Hierarchy of norms, Court of Cassation (Yargıtay), regulatory actions of the administration, supremacy of the constitution

GİRİŞ

Makalenin temel amacı normlar hiyerarşisinin adli yargı kolunda nasıl hayata geçtiğini irdelemek ve bunun sonucunda Yargıtayın yüklendiği işlevin niteliğine dair bir tespit yapmaktır.

Normlar hiyerarşisinin bekçisi olarak ilk akla gelen kurum Anayasa Mahkemesidir.[1] Akıllara gelebilecek diğer kurumlar da idari mahkemeler ve Danıştay olabilir. Zira normlar hiyerarşisini temin etmenin ilk yolu, bir üstteki norma aykırı olan normun iptali olarak algılanmaktadır. Oysa normun iptali kadar ihmali de (bir diğer deyişle bir üstteki normun doğrudan uygulanması da) normlar hiyerarşisinin korunması amacına hizmet edebilir. Hukukta uygulamanın nihai göstergesi yüksek mahkemelerdir. Zira derece mahkemeleri ülke genelinde bir normu ihmal etmiş olsa da bu ihmal işleminin hukuka uygunluğu son kertede yüksek mahkemelerde, adli yargı kolunda ise Yargıtayda denetlenir. Bu nedenle adli yargıda normlar hiyerarşisi teorisinin nasıl yaşadığını anlamak için Yargıtay kararlarından yararlanılmıştır.

Makalede normlar hiyerarşisinin tanımı[2] ve tarihçesine dair detaylı bir bilgi vermekten bilinçli (çalışmanın temel amacından sapmamak için) olarak sakınılmıştır.[3]

---

1 Özlem Tüzüner, 'Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması Hakkında Güncel Hukuki Gelişmeler ve Öneriler' (2019) 10 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 614, 621.

2 "Norm" ve "hiyerarşi" kavramlarının etimolojik geçmişine dair bilgi için yakın tarihli bir makale olarak Bkz. Emir Kaya and Alperen Dağli, 'Uygulama Boyutuyla Normlar Hiyerarşisi' (2023) 5 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 578, 581–582.

3 Normlar hiyerarşisi teorisine ilişkin tespit ve tartışmalar açısından Türkçe literatürde bir zenginlik

Bunun yerine öğretiden ziyade Yargıtayın normlar hiyerarşisi teorisine ve bunun kaynağına dair neler söylediğine yer verilecektir. Bununla birlikte çalışma, Türk hukukundaki tüm normların, hiyerarşi içerisindeki yerini saptamak gibi bir iddia da taşımamaktadır. Yine de çalışmanın odağı ile ilgili olarak şu ön tespitlere yer vermekte fayda vardır: Normlar hiyerarşisi hem şekli hem maddi bir uyumu ifade eder. Bir norm ancak bir üstteki normda öngörülen şekil ve usuli şartlara uygun olursa ve içerik olarak da bir üstteki norma aykırı olmazsa geçerli kabul edilir.[4] Türk hukukunda yaygın olarak normlar hiyerarşisinin biçimsel olarak ele alındığı ileri sürülmektedir.[5] Bu biçimsel kabule göre oluşan sıralama da en son güncel bir çalışmada aşağıdaki gibi sıralanmıştır: *Anayasa (Anayasa m.11) - Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşma (Anayasa m.90/5) / OHAL'de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.119/6) - Kanunlar, milletlerarası antlaşmalar, Kanunla düzenlenmemiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.104/17) - Kanunla yetki verilmiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.8) - Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri (Anayasa m.104/17) - Diğer Kamu tüzel kişilerin çıkardığı yönetmelikler (Anayasa m.124/1) - Cumhurbaşkanlığının bireysel nitelikteki atama kararlarına ilişkin Kararnameler12 (Anayasa m.104/9'un mefhum-u muhalifinden)*[6]*...*

Görüleceği üzere bu sıralamada yer alan ve genel biçimsel kabule dayanan normlar, düzenleyici işlemlerden ibarettir. Oysa norm kavramı, yasamanın ya da yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yanı sıra idari ve yargısal organların yaptırımlarını da içeren daha geniş bir kavramdır.[7] Öyle ki idari ve yargısal makamların kararlarının geçerlilik nedeni de yine normlardır.[8] İşte çalışma yargı kararlarının da norm niteliğinden hareket eden bir normlar hiyerarşisi perspektifi taşıyacaktır. Yani yukarıdaki listede düzenleyici işlemler kadar yargı kararları da olmalıdır. Biz de bunu savunan yazarların görüşlerinden hareketle Yargıtay kararlarını tahlil edecek ve Yargıtayın işlevine dair bir tespit yapmaya çalışacağız.

---

mevcuttur. Bu nedenle çalışmada tekrara düşülmesine gerek yoktur. Normlar hiyerarşisi teorisinin mimarı Hans Kelsen'in temel norm kuramını ele alan bir monografide de detaylı bir Türkçe Kelsen bibliyografyasına yer verilmiştir. Bu zengin bibliyografya gelişmeye devam etmekte, normlar hiyerarşisinin teorik boyutu ile ilgili yeni eserler dilimize kazandırılmaktadır. Hüseyin Dengiz, *Hans Kelsen'in Temel Norm Kuramı* (On İki Levha 2021) 115–124. Esasında çalışmada norm kategorilerden birine odaklanılmıştır. Ancak öğretide norm daha geniş yorumlanmakta, düzenleyici işlemlerin yanı sıra yaptırım içeren tüm hukuki işlemleri kapsadığı savunulmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bir çalışma için Bkz.Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm* (On İki Levha 2020) 29.

4 Uğur Koç, 'ABD ve Türkiye'de Başkanlık Sisteminde Devlet Başkanının Düzenleme Yetkisi' (2021) 156 TBB Dergisi 1, 9.

5 Mehmet Güneş, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeli Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri' (2020) 11 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166, 168.

6 ibid 170.

7 Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi* (3. Baskı, On İki levha 2022) 10.

8 Dilek Buket Tatar, *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme* (On İki Levha 2020) 94.

Son olarak çalışmanın planına da değinmek gerekir. Öncelikle Yargıtayın normlar hiyerarşisi teorisine ve bunun kaynağına dair neler söylediğine yer verilecektir. Yüksek Mahkemenin normlar hiyerarşisinin kapsamına hangi sorunları eklediği, kaynağı olarak neleri gördüğü bakılacaktır. Bu bölümün amacı Yargıtay uygulaması ve teori arsındaki uyum ve Yüksek Mahkemenin farkındalığına dair bir fikir edinmektir.

İkinci bölüm "Yargıtay kararlarında normların hiyerarşisi" başlığını taşımaktadır. Aslında burada kastedilen Yargıtay kararlarına göre, bazı normların normlar hiyerarşisindeki yeridir. Bu bölümde hukuk düzenimizdeki tüm düzenleyici işlemlerin konumuna değinilmemiştir. Kaçınılmaz olarak inceleyebileceğimiz kararlarla sınırlı bir perspektif sunduk. Doğal olarak Cumhurbaşkanı Kararnameleri gibi hukuk düzenimizde yeni olan normlar, çalışma kapsamında bir değerlendirmeye izin verecek ölçüde içtihada henüz yansıyamadığı için ayrıca bir değerlendirmeye gidilmemiştir. Çalışma kapsamında Anayasa, uluslararası anlaşmalar, kanunlar, yönetmelikler ve bazı özel hukuk işlemlerinin hiyerarşik konumu ele alınmıştır. Kanaatimizce bu normlar çalışmanın temel amacı olan Yargıtayın işlevsel niteliğini tespit için yeterli veriler sunmaktadır. Yargıtay kararlarında normlar hiyerarşisinin kapsamlı bir fotoğrafını çeken bu bölümün uygulamacılar için de faydalı bir derleme niteliğinde olduğu umudundayız.

Üçüncü bölümde ise Yargıtayın bir alt normun üst norma aykırı olduğunu tespit ettiğinde nasıl bir yol izlediğine ilişkindir. Bu bölüm Yargıtayın fiili olarak üstlendiği rolü tespit için kilit önemdedir. Türk hukuk literatüründe bu role ilişkin çok fazla değerlendirme olmasa da birtakım eleştiriler mevcuttur. Bu eleştirilere de yer verilmiş ve kendi değerlendirmelerimiz aktarılmıştır.

I. YARGITAY KARARLARINDA NORMLAR HİYERARŞİSİNİN KAYNAĞI VE ÖNEMİ

Yargıtay ihtiyaç gördüğünde açıkça "normlar hiyerarşisi" terimini kullanmaktadır. Ancak nadiren bunun yerine "normlar disiplini" kavramını da kullanmıştır. Kanaatimizce, nadir olan bu kavram ile, yüksek mahkemenin kastı normlar hiyerarşisi kavramıdır.[9]

[9] "*17 Ekim 2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve TC. Anayasası'nın 38. maddesine; "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmünü ekleyen 4709 Sayılı Yasa'nın öngördüğü* ***normlar disiplini*** *karşısında, TCY.nın 2/2. maddesinin lafzı ve ruhu itibariyle Yasanın 450. maddesince temel ceza olarak verilebilecek ölüm cezalarının Anayasal geçerliliği kalmayacağından…*" Yargıtay, 1. CD, E. 2001/3266, K. 2001/3811, K.T. 23.10.2001. Nitekim kararında devamında da şu ifade geçmektedir "*Müebbet ağır hapisle içtimaı gereken diğer müebbet ağır hapislerin TCY.nın 70 ve muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezanın 73. madde uyarınca ayrı ayrı hücre hapsine çevrilmesi ve üç yılı aşamayacak düzeyde bu sürelerin toplamına hükmedilmesi gereğine uyulmayarak yalnız 70. madde mucibince ve tek uygulama ile bir yıl hücreye hükmedilmesi, Normlar hiyerarşisine ve yasaya aykırı bulunmak ve temyiz nedenleri bu yönlerden isabetli görülmekle ceza cins ve süresi itibariyle adam öldürme fiilleri yönünden re'sen de temyize tabi hükümlerle…*" Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 1. CD, E. 2001/3266, K. 2001/3811,

Yargıtaya göre normlar hiyerarşisi "hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemektedir."[10] Yargıtayın çatışma kurallarını da normlar hiyerarşisi terimi altında değerlendirdiği gözlemlenmektedir.[11] Yüksek Mahkeme, eşit hiyerarşik düzeyde farklı düzenlemelerin varlığı halinde "genel kanun-özel kanun" ilişkilerinin göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir.[12] Ancak eşit düzeydeki kurallar arasındaki çatışmayı da normlar hiyerarşisi teorisiyle değerlendirdiği kararlar mevcuttur.

Yargıtay normlar hiyerarşisi kavramını kullanırken çeşitli dayanaklara başvurmuştur. Bunlardan birisi normlar hiyerarşisinin hukukun evrensel kurallarından biri olduğu yönündedir. Mahkeme, normlar hiyerarşisine göre önce Anayasa ve sonra sırasıyla, Kanun, Tüzük ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasını hukukun evrensel kuralı olarak tanımlamıştır.[13]

Normlar hiyerarşisi açıkça Anayasa'da zikredilmemiştir. Ancak Yargıtay kararlarında ve öğretide farklı Anayasa maddeleri normlar hiyerarşisinin anayasal dayanağı olarak kabul edilmektedir. Örneğin Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığına dair 11. madde normlar hiyerarşisine ilişkin bir hüküm olarak görülmektedir.[14]

Normlar hiyerarşisine dayanak olarak gösterilen bir diğer Anayasa maddesi de "mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddedir. Doğrusu bu madde de normlar hiyerarşisine ilişkin doğrudan ya da dolaylı bir ifade yer almamaktadır. Kuvvetle muhtemeldir ki "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler*" ifadesi bu maddenin dayanak seçilmesine etken olmuştur. Anayasa, kanun ve hukuk terimlerinin sırasıyla zikredilmesi ilk bakışta normlar hiyerarşisini çağrıştırmaktadır. Ancak tüzük ve yönetmeliklere dair bir ifade yer almamaktadır. Buna rağmen Yargıtay, tüzük ve yönetmeliklerin normlar hiyerarşisi sıralamasını belirtirken bu hükme başvurmaktadır.[15] Mahkeme, bu hükümden hareketle Anayasal ilke ve kurallar ile

---

K.T. 23.10.2001. Bundan sonra makalede Hukuk Dairesi için HD, Ceza Dairesi için CD, Genel Kurul için GK kısaltmaları kullanılacaktır.

10 Yargıtay, 1. HD, E. 2022/5387, K. 2023/2803, K.T. 23.05.2023.

11 "*…Normlar hiyerarşisi çerçevesinde sonraki normların önceki normlara uygun olmak zorunda olduğu…*" Yargıtay, 11 HD, E. 2020/449, K. 2020/5811, K.T. 10.12.2020.

12 Yargıtay, 1. HD, E. 2022/5387, K. 2023/2803, K.T. 23.05.2023.

13 Kararda, Anayasa'nın 129/5. Maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerine karşı açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği belirtilmiş, 657 sayılı Kanun'un da bu yönde hükümler ihtiva ettiği yinelenmişken tüzük ve yönetmeliklerin de bu doğrultuda olması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay, 10. HD, E. 2016/7886, K. 2018/10926, K.T. 20.12.2018.

14 Kaya and Dağli (n 3) 589.

15 "*Anayasa'nın 138. maddesinde de yer alan, "Normlar hiyerarşisi" ilkesi uyarınca, hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru "Anayasa", "Kanun", "Kanun Hükmünde Kararname", "Tüzük", "Yönetmelik" ve "Diğer alt düzenleyici işlemler (Yönerge, Genelge vb.)" şeklinde sıralanmakta olup, alt kademe yer alan bir normun üst kademedeki norma aykırı olması ya da onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesi mümkün bulunmamaktadır*". Yargıtay 10. HD, E.2011/2500, K.2012/9052, 17.5.2012; ibid.

kanunların uygulanma önceliği sonucunu çıkartmaktadır. Buna ek olarak tüzük, yönetmelik gibi yürütme ve idareye ilişkin düzenleyici işlemlerin üstteki normlara uyumlu olarak daha sonra uygulanması gerektiğini belirtmektedir.[16]

Son olarak yönetmelikler özelinde bir kaynak tayinine yer vermek gerekir. Yargıtay, yönetmeliklerin yasaya dayanarak yasa hükümlerini açıklayarak uygulamaya geçirme amacıyla çıkartıldığını belirtmektedir.[17] Mahkeme yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra geldiğini ve yasaya dayanma ve yasaya uygun olma özelliklerinin Anayasa'nın 7. maddesinde korunan, yasama yetkisinin devredilmezliğinin bir sonucu olduğunu da belirtmiştir.[18] Kararda dile getirilen bir diğer ilke de kanuni idare ilkesidir. Buna göre yönetmeliklerin yasaya uygun çıkartılması kanuna saygılı idare ilkesi ile de doğrudan ilgilidir.

Sonuç olarak normlar hiyerarşisi çeşitli kaynaklara dayandırılmaktadır. Ancak her hâkülkârda önemi teyit edilmiştir. Hatta Yargıtay, normlar hiyerarşisinin sadece mahkemeleri değil Cumhuriyet savcıları ve kolluk görevlilerini de bağladığını ifade etmiştir. Bir kararda bunun aksi yönde hareket edilmesi terör örgütü üyeliği delili olarak dahi görülmüştür. Cumhuriyet savcısı ve onun emrinde hareket eden adli kolluk görevlilerinin normlar hiyerarşisine aykırı bir şekilde soruşturma yürütmesini örgütsel talimat ve saiklerle hareket etme olarak yorumlanmıştır.[19] Mahkeme, *Anayasanın 100 ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 160, 161'nci maddelerine aykırı* bir raporun tanzim edilmesini normlar hiyerarşisinin değil örgütsel talimatların takip edilmesinin delili olarak görmüştür. Bu karardaki normlar hiyerarşisi vurgusu, Cumhuriyet savcıları ve kolluk görevlilerini normlar hiyerarşisini takip etme yükümlülüğünü ve etmemesinin sonuçlarını vurgulamaktadır.[20]

II. YARGITAY KARARLARINDA NORMLARIN HİYERARŞİSİ

Giriş bölümünde, bu kısımda hukuk düzenindeki tüm normlara yer veremeyeceğimizi ifade etmiştik. Ancak incelenen normlar son bölümdeki tahlilimiz için gerekli doneleri sağlayacaktır. Ayrıca Yüksek Mahkemenin normların konumu ve geçerliliğine dair tespitleri uygulama içinde faydalı bir derleme teşkil edecektir. Bu bölümde yer verilen normlar Anayasa, uluslararası sözleşmeler, yürütmenin düzenleyici işlemleri ve bazı özel hukuk işlemleridir. Yargıtay kararlarındaki konumlandırma yer yer öğretideki görüşlerle de karşılaştırılacaktır.

---

16 Yargıtay, 10. HD, E. 2003/2908, K. 2003/3890, K.T. 29.04.2003. Benzer yönde Bkz. Yargıtay 10. HD, E. 2002/5337 K. 2002/6403 T. 17.09.2002.

17 Bu yaklaşım öğretide belirtilen yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yasaya dayanma (secundum legem) ve yasaya uygun olma (intra legem) ilkeleri ile örtüşmektedir.Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (27. Baskı, Ekin 2023) 360–362.

18 Yargıtay, 3. HD, E. 2012/21609, K. 2012/25698, K.T. 13.12.2012.

19 Yargıtay, 3. CD, E. 2021/4197, K. 2023/2716, K.T. 09.05.2023.

20 Benzer yönde kararlar için Bkz. Yargıtay, 3. CD, E. 2021/4197, K. 2023/2716, K.T. 09.05.2023; Yargıtay, 3. CD, E. 2021/4383, K. 2023/2717, K.T. 09.05.2023.

III. ANAYASA'NIN KONUMU

Kelsen'in[21] normlar hiyerarşisi teorisine göre normların en tepesinde Grundnorm (temel norm (Alm.) bulunmaktadır.[22] Ancak bu normun pozitif gözlemlerle tespit edilmesinin imkansızlığı bizi kaçınılmaz olarak bir varsayıma sürükler ve bu varsayım, Anayasa'yı hiyerarşisinin tepesinde bulunan bir düzenleme niteliğine eriştirir.[23]

Neticede Türk hukukunda Anayasa normlar hiyerarşisinin en tepesinde tek başına yer almaktadır.[24] Anayasa normlar hiyerarşisinde bulunan tüm normların ana kaynağıdır.[25] Doğal olarak olağan kanunların Anayasa'yı değiştirme olanağı yoktur, en fazla Anayasa hükümlerini açıklama işlevi olabilir.[26]

Yargıtay da Anayasa'nın üstünlüğünü ilgili kanunların yorumlanmasında dikkate almıştır.[27] Örneğin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 340. Maddesinde düzenlenen taahhüdü ihlal suçunda geçen "makbul sebep" ifadesinin Anayasa'nın 38/8 maddesinde yorumlanarak (borcu) yerine getirememenin kastı ortadan kaldırdığını ve ilgili borçlunun cezalandırılmaması gerektiği şekilde yorumlamıştır.[28]

Bir kararda, anayasal düzeni değiştirme suçundan yargılanan sanıklar 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 35. Maddesinden hareketle askeri müdahale bulundukları ve kanun hükmünün bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde savunma yapmışlardır. Yargıtay, normlar hiyerarşisi gereği bu kanun kar-

---

21 Sezer'in ifade ettiği şekilde Kelsen esasında normlar hiyerarşisini kavramsallaştıran kişidir. Buna göre öncesinde de normlar hiyerarşisi uygulama olarak Kanonik hukuk ve İslam hukukunda mevcuttur. Abdullah Sezer, 'Normlar Hiyerarşisi Ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]' (2019) 36 Anayasa Yargısı, 353, 354.

22 Teorinin 1934'de formüle edildiği eserin güncel bir basısı için Bkz.Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problema* (Franz Steiner Verlag 2020). Eserin Türkçe çevirisi için Bkz. Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Ertuğrul Uzun tr, Nora 2016).

23 Nitekim Anayasaların diğer hukuk kurallarından üstün olması bir tür siyasi, felsefi anlam da taşır. Kurucu iktidarı oluşturan halkın hukuk "yaratan" iradesinin bir yansıması olarak görülür; diğer kurallar ise bu iradenin yarattığı hukukun ürünleri olarak kabul edilir. Tolga Şirin, 'Anayasanın Anlamı Nedir? Semantik Bir Yanıt' (2022) 28 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 694, 699.

24 Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi* (n 8) 130.; Bülent Tanör and Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (21. Bası, Beta 2023) 137; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Seçkin 2021) 42; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Baskı, Yetkin 2013) 39.

25 Güneş (n 6) 170.

26 Hasan Tuna Göksu, '6494 Sayılı Kanun İle Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa'ya Uygunluğu' (2014) 2 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 161, 177.

27 Bunların dışında Anayasa'nın özel hukuk uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin görüş ve örnekler için Bkz. Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk* (On İki Levha 2019) 191–204.

28 Yargıtay, 16. HD, E. 2003/11684, K. 2004/4764, K.T. 25.03.2004. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 16. HD, E. 2004/7754, K. 2004/11131, K.T. 13.10.2004; Yargıtay, 16. HD, E. 2003/13179, K. 2004/3320, K.T. 02.03.2004; Yargıtay, 16. HD, E. 2003/7697, K. 2003/9213, K.T. 15.10.2003; Yargıtay, 16. HD, E. 2004/6772, K. 2004/11523, K.T. 26.10.2004.

şısında Anayasa'nın üstün olduğunu hatırlatmıştır. Buna ek olarak hukuka uygunluk nedeni olarak gösteren kanunun, anayasa ile kurulmuş olan hükümeti devirme şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın "*hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz*" ifadesinin İç Hizmet Kanunu'ndan üstün olduğu tespitini yapmıştır. Yargıtay, bir iç hizmet kanunun Anayasa'yı değiştirme gücü veremeyeceğine ve ilgili kanunun bir hukuka uygunluk nedeni olarak yorumlanamayacağına hükmünde yer vermiştir.[29]

Çalışma içerisinde de görüleceği üzere, Yargıtayın kanunun üstünlüğü çerçevesinde yönetmeliği ihmal edip kanunu uyguladığı örnekler yaygındır. Ancak Anayasa'yı üstün tutup kanunu ihmal etmesi oldukça istisnai bir durumdur. Bu durumun istisnai olması öğretide "yaygın denetim" şeklinde kabul gören uygulamanın Türkiye'de mevcut olmaması ve kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemesi tekelinde olmasının doğal bir sonucudur.[30] Bu sonuç iptal edilmeyen kanunların karine olarak Anayasa'ya uygun olduğu ve uygulanması gerekliliği sonucunu doğurur. Yine de bu yaygın kabulün aksine bir istisnadan söz etmek gerekir. Yargıtay Anayasa'nın 177. maddesine atıfla kanun olmasa da usuli kazanılmış hak kavramını göz ardı etmiştir. Usuli kazanılmış hak kanunlarda yer almasa da öğretide[31] ve içtihatta yaygın bir yer edinmiş, kamu düzeninden görülmüştür.[32] Ancak Yargıtaya göre Anayasa'nın 177. maddesi taslaklarda yer almamış son tasarıda eklenmiştir. Bu durum da bu maddenin özellikle yeni Anayasa'ya aykırı olan kanun hükümlerinin bizzat ihmal edilerek Anayasa'nın doğrudan uygulanması imkanını yargı organlarına vermektedir.[33]

Yine Yargıtayın da atıfta bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararlarına göre doğrudan uygulanma olanağı, mevcut Anayasa'da değiştirilen maddeler için de geçerlidir.[34] Yargıtay bu tespitlerini Anayasa'nın değiştirilen 129/5 maddesi için uygulamıştır.[35] Maddeye göre kamu görevlilerinin kusurlarından dolayı açılabilecek olan rücu da-

---

29 Yargıtay, 16. CD, E. 2015/5829, K. 2016/4175, K.T. 21.06.2016. benzer yönde Bkz. Yargıtay, 16. CD, E. 2021/1223, K. 2021/4667, K.T. 30.06.2021.

30 Nazmiye Güveyi, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması* (On İki Levha 2015) 9.

31 Yargıtayın öğretide verdiği örnek referanslar aynen şöyledir: "*Prof. Dr. Baki Kuru, Usuli Muktesap hak - Recai Seçkin Armağanı, Sayfa 395/49 - Prof.Dr.Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 4, Sayfa 3411/3442 - Prof.Dr.Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku C.2, Kanun yolları ve Tahkim 1977, s.97 Prof.Dr. İlhan Pastacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri 1975, Sayfa 764*" Yargıtay, 4. HD, E. 1984/4071, K. 1984/4547, K.T. 08.05.1984.

32 Metin Tuluay, 'Usule İlişkin Kazanılmış Hak' (1984) 2 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, 64. Burçin Aydoğdu, *Kazanılmış Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi* (On İki Levha 2020) 129.

33 Halil Altındağ, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi* (On İki Levha 2016) 93.

34 Anayasa Mahkemesi, E: 1981/13, K. 183/8, K.T. 9.4.1984.

35 Yargıtay, 4. HD, E. 1984/4071, K. 1984/4547, K.T. 08.05.1984.

vaları öncelikle idareye yöneltilmelidir. Ancak halihazırda idare yerine doğrudan kamu görevlilerine yöneltilen davalar açısından bir "usuli kazanılmış hak" mevcuttur. Yüksek Mahkeme bu usuli kazanılmış hakkı kabul etmekle beraber Anayasa'nın doğrudan uygulanabilir olan bu yeni hükmü karşısında geçerli olmadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken de normlar hiyerarşisi teorisine başvurmuştur.

Yargıtayın normlar hiyerarşisini gözeterek Anayasa'yı özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uyguladığı örnekler de mevcuttur. İşçinin kullanamadığı izinlerin ücretini almasına ilişkin bir uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, Anayasa'da yer alan dinlenme hakkını zikretmiş ve dinlenme hakkına ilişkin değerlendirme eksikliğini bozma nedeni olarak görmüştür.[36] Boyar'a göre Anayasa'nın özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması yasaları bertaraf etmeye değil hakkın asgari içeriğini sağlama yükümlülüğüne hizmet etmektedir. Özel hukuk ilişkilerinde Anayasa'nın da gözetilmesi Anayasa'yı özel hukukun kaynaklarından birisi haline getirmektedir.[37]

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme kararlarında, Anayasa'nın üstünlüğü yalnızca kanunlar karşısında değil tüm norm ve işlemler karşısında geçerlidir. Yargıtay bazen Anayasa'yı doğrudan uygulayıp norm ya da işlemleri ihmal etse de bazen de anayasaya uygun yorum yöntemiyle Anayasa'yı bir kaynak norm haline getirmiştir.

IV. ULUSLARARASI ANLAŞMALARIN KONUMU

Çalışma kapsamında incelenen kararlarda uluslararası anlaşmaların ciddi bir oranda ölçü olarak kullanıldığı gözlemlenmiştir. Buradaki yoğunluk ve Yargıtayın bazı işlem ve düzenlemeleri ihmaline kaynaklık ettiği için uluslararası anlaşmaların özel bir başlık altında incelenmeye değer olduğu kanaati oluşmuştur.

Esasında uluslararası anlaşmaların konumuna ilişkin tartışmalar uzun yıllar süre gelmiştir. Öğretide bir görüşe göre Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrasının eklenmesi ile, uluslararası anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili tartışmalar sona ermiştir.[38] Buna göre uluslararası anlaşmalar kanundan üstün bir konuma kavuşmuştur.[39] Temel hak ve özgürlüklerle ilişkili uluslararası sözleşmelerin anayasal düzeyde diğer sözleşmelerin ise kanun düzeyinde olduğu öne sürülmüştür.[40] Ancak bir başka görüş Anayasa'nın ilgili hükümlerinin tartışmaları sona erdirmek için ye-

---

36 Yargıtay, 9. HD, E. 2016/32079, K. 2020/16628, K.T. 24.11.2020.

37 Boyar (n 28) 192.

38 Özge Okay Tekinsoy, 'Avrupa Kamu Düzeni Kavramı' (2011) 1 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 66, 74. Işıl Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk* (On İki Levha 2021) 85. Ayrıca Bkz. Olgun Akbulut, 'Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2014) 9 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 11–13.

39 Okay Tekinsoy (n 39) 74.

40 Ali Güzel and Deniz Ugan Çatalkaya, 'Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executıng) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine' (2024) 2 Çalışma ve Toplum 423, 433.

terli olmadığı yönündedir.[41] Aksi görüşe göre bazı anlaşmaların konumu netleşmişken, bazı anlaşmaların kanunla çatıştığında nasıl uygulanacağı gibi sorular henüz yanıtlanmamıştır.[42] Zira kanun ve uluslararası sözleşme arasındaki uyumsuzluk aykırılık değil bir çatışma durumu ortaya çıkarmaktadır.[43] Aybay'a göre Anayasa'nın 90/5. maddesi bir hiyerarşisi tesis ve tespit etmekten ziyade eşit düzeydeki normlar arasında bir çatışma kuralı getirmektedir.[44] Kanaatimizce de uluslararası sözleşmeler ve kanun arasındaki ilişki hiyerarşiden ziyade bir çatışma kuralı olarak yorumlanmalıdır. Zira Anayasa'nın 90. maddesi, uluslararası anlaşmaların kanunları ilga etmesine değil ihmal edilebilmesine cevaz vermektedir. Bu durumda uluslararası anlaşmanın değişmesi, ilga edilmesi ya da anlaşmadan çekilinmesi halinde kanun yeniden uygulanabilirlik kazanacaktır.[45]

Yargıtay kararlarında Anayasa'nın 90/son maddesi çerçevesinde, uluslararası sözleşmeleri üst norm olarak uygulama eğilimi gözlemlenmektedir. Örneğin sigortalılık borçlanmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta sigortaya giriş tarihi olarak Almanya'da rant sigortasına girilen tarih olarak kabul edilmesinde yasa hükmüne rağmen Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında yapılan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi esas alınmıştır.[46] Benzer şekilde Fransa[47] ve Avusturya[48] gibi ülkeler için de sigortaya giriş yaşının hesaplanmasında kanun değil uluslararası sözleşmeler esas alınmıştır. Neticede Yüksek Mahkeme uluslararası anlaşmalar ve kanunlar arasındaki ilişkiyi çatışma kuralları şeklinde yorumlamamış, normlar hiyerarşisi teorisi çerçevesinde tanımlamıştır.

Bu başlıkla sınırlı olmak üzere usuli kazanılmış hak kavramına ilişkin karar

---

41 Esasında tartışmalar yalnızca normlar hiyerarşisi düzeyiyle sınırlı değildir. Zira Sözleşme'nin resmi metinleri ile çevirileri arasındaki farklar da uygulamaya dönük sorunlar yaratmaktadır. Bu sorunların ele alındığı ve Türk hukuk terminolojisine göre bir çeviri alternatifinin sunulduğu bir makale için Bkz. Tolga Şirin, 'İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu' (2021) 9 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergis 1.the official versions of which are in English and French. Nine different Turkish translations of this document have been identified. The first of these translations was published in the Official Gazette in 1954; this translation, however, is rarely used in practice. The second translation was published on the website of the European Court of Human Rights (ECtHR

42 Faruk Bilir, 'Anayasa Madde 90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri' (2005) 13 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 78.

43 ibid 83.

44 Yeliz Şanli Atay, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2019) 10 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 590.

45 Şirin, Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı (2. Baskı, On İki Levha 2019) 248.

46 Yargıtay, 10. HD, E. 2013/18071, K. 2014/1157, K.T. 23.01.2014. Benzer yönde diğer kararlar: Yargıtay, 10. HD, E. 2015/2538, K. 2015/10727, K.T. 02.06.2015; Yargıtay, 10. HD, E. 2015/3742, K. 2015/15173, K.T. 15.09.2015; Yargıtay, 10. HD, E. 2013/15933, K. 2014/7711, K.T. 03.04.2014.

47 Yargıtay, 10. HD, E. 2014/25823, K. 2014/22410, K.T. 26.12.2014.

48 Yargıtay, 10. HD, E. 2013/14351, K. 2013/19059, K.T. 11.10.2013.

örneklerine de kısaca yer vermek isteriz. Yargıtay, bir kanun hükmüne göre karar verilmiş ancak kesinleşmemiş davalar için Anayasa Mahkemesinin ilgili kanun hükmünü iptali halinde usuli kazanılmış haktan söz edilemeyeceğini belirtmiştir.[49] Ancak aksi yönde örnekler de mevcuttur. Yargıtay karşı oyunda yer edinmiş bir başka önemli tespit de usuli kazanılmış hak kavramının Anayasa ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırı yorumlanmayacağına ilişkindir. Türkiye Futbol Federasyonu'nda (TFF) görev yapan bir hakemin cinsel yönelimlerinden dolayı *TFF Merkez Hakem Kurulu İç Talimatnamesi*'nin 25. maddesindeki "*Sağlık problemleri nedeniyle askerlikten muaf tutulanlar hakemlik yapamazlar.*" hükmü çerçevesinde görevine son verilmiştir. Yargıtay usuli kazanılmış hak kavramından hareketle neticede derece mahkemesinin göreve sonra verme kararının hukuka uygun olduğu kararını onamıştır.[50] Buna rağmen karşı oyda mesleki hayatın kişinin manevi varlığını geliştirme hakkının bir parçası olduğu ve kendisine yapılan ayrımcılık nedeniyle bu hakkının ihlal edildiği belirtilmiştir. Kanaatimizce karşı oydaki tespitler ve çıkarımlar Anayasa Mahkemesi ve İHAM[51] kararlarına ve sistematiğine uyumludur. Karşı oyda üzerinde durulan husus usuli kazanılmış hakkın yasal dayanağının olmadığı, ancak öğreti ve içtihattaki asıl amacının ötesinde yorumlanarak Anayasa ve İHAS'a[52] aykırı bir karar veriliyor olduğu yönündedir.[53]

Yine karşı oy ile belirginleşen bir diğer tartışmalı uygulamada kanser hastalığının tedavisi için öngörülen bir ilacın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanıp karşılanmamasına ilişkindir. Uyuşmazlık konusu ilacın kanser hastalığını tam olarak tedavi etmediğinden hareketle Kurum'un tebliğinde yer almadığı dolayısı ile bu ilaç için ödeme yapılmayacağı belirlenmiş ve buna dair karar Yargıtay tarafından onanmıştır.[54] Ancak bizim de katıldığımız karşı oyda söz konusu ilacın karşılanmasının yalnızca hastalığın tedavisi ile ilgisi yoktur. Bir ilacın hastanın

---

49 Yargıtay, 10. HD, E. 2021/5629, K. 2021/8326, K.T. 15.06.2021.

50 Yargıtay, 4. HD, E. 2020/3822, K. 2021/1035, K.T. 08.03.2021.

51 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi. Literatürde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olarak da adlandırılmaktadır.

52 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi. Literatürde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak da adlandırılmaktadır.

53 Karşı oyda şu ifadeye yer veilmiştir: "*Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, Anayasa'nın 20. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddelerinde; ayrımcılık yasağı ise Anayasa'nın 10. ve AİHS'nin 14. maddelerinde düzenlenmiş, önemli temel hak ve özgürlüklerdendir. Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası ile 148. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca AİHS ve eki Protokoller Türk hukuk sisteminin bir parçası hâline gelmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşmaların esas alınacağı açıkça belirlenmiştir. Söz konusu Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma niteliğindeki AİHS, normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstün bir konuma yükseltilmiştir.*"

54 Yargıtay, 10. HD, E. 2022/2240, K. 2022/4759, K.T. 31.03.2022.

ömrünü uzatması, acı ve ağrılarını dindirmesi, görece kaliteli bir yaşam sağlaması bu ilacın karşılanması gerekliliğini doğurur. Bu gereklilik aynı zamanda anayasal bir yükümlülüğe tekabül eder ve normlar hiyerarşisi gereği tebliğ karşısında üstün konumda görülmelidir.[55]

Yargıtay, uluslararası sözleşmelerin kanunlar karşısında öncelikli olduğunu kararlarında zikretse de Anayasa'dan üstün olmadığını belirtmektedir. Emeklilerin sendika kurma hakkıyla ilgili bir uyuşmazlıkta Yargıtay sendika hakkının grev ve toplu sözleşme gibi kavramlar olmaksızın manası olmadığını da ekleyerek sendika kurmanın aktif olarak çalışan kişilere özgülendiğini ifade etmiştir.[56] Yüksek Mahkeme bu kararında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi›nin 22 ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi›nin 8 maddelerinde "Herkes" ifadesi kullanılsa da bu durumun Anayasa'nın 51. maddesi ile çeliştiğini işaret etmiştir. Mahkeme herkesin dernek kurma hakkı mevcutken, sendika kurma hakkının Anayasa gereği yalnızca çalışanlara ait olduğunu ifade etmiştir.[57]

Yargıtay her kararda uluslararası sözleşmeleri kanunu ihmal etmek için kullanmamıştır. Hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kurduğu sendika ile ilgili uyuşmazlıkta Mahkeme, Türkiye'de meslek esaslı değil iş kolu esaslı sendika sisteminin benimsendiğini belirtirken bunun özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesindeki sözleşmelere uygun olduğunu öne sürmüştür. Mahkeme, iş kolu esaslı örgütlenmenin sendikaların gücünün bölünmemesi ve grev gibi araçları daha etkili kullanmanın yolu olduğunu da eklemiştir.[58] Kararda dikkat çeken unsur iki ayrı karşı oydur. Esasında ilki karşı oydan ziyade farklı oydur. Zira bu karşı oyu yazan üyeye göre hâkim ve savcıların sendikal haklarının kısıtlanması uluslararası sözleşmelerin tanıdığı takdir marjı dahilindedir. Diğer karşı oy ise anılan kararın gerekçesinde yer alan Sözleşmelerin hâkim ve savcıların sendika hakkını kısıtlayan somut bir hükme yer vermediğinden bahisle kanunla bu hakkın kısıtlanmasının olanağının olmadığı yönündedir. Gerçekten de Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın Örgütlenme Özgürlüğü ve Teşkilatlanma Hakkının Korunması ile ilgili 1948 tarihli Sözleşmesi'nde devletin takdir marjının içerisinde hangi meslek gruplarının olacağı belirlidir. Bu gruplar arasında hakimler ve savcılar mevcut değildir. Öte yandan kararda ki çoğunluk görüşünde geçen iş kolu esaslı sendikalaşmanın da Anayasa'ya uygunluğu şüphe götürmektedir. Keza aynı iş kolunda diğer kalem, büro memurları ile sendikal iş birliğinde bulunan hakim ve savcıların Anayasa'da öngörülen bağımsızlık ve tarafsızlıkları nasıl temin edilecektir. Zira grev kararı almak için yardımcı personel ile müzakerelere girmek zorunda kalacak olan hakim ve savcıların bağımsız-

---

55 Benzer yönde, Yargıtay, 10. HD, E. 2021/12352, K. 2022/4766, K.T. 31.03.2022.

56 Yargıtay, 9. HD, E. 2021/999, K. 2021/4943, K.T. 25.02.2021.

57 Mahkeme gerekçesinde İHAM'ın bu konuda ihlal görmediğine ilişkin karara da yer vermiştir. Bkz. İHAM, Tüm Emekliler Sendikası/ Türkiye, B. No:31846/08, K.T. 17.05.2018

58 Yargıtay, 9. HD, E. 2011/49782, K. 2012/4945, K.T. 21.02.2012.

lık ve tarafsızlığı konusuna gölge düşecektir. Kararda öğretiden de referanslar ile etkililiği öne çıkartılan iş kolu esaslı örgütlenmenin faydaları yadsınamaz. Ancak günümüzde aynı iş kolunda bulunan farklı mesleklerin, iş veren ya da idare karşısında eşit bir konumda olduğunu söylemek güçtür. Yani günümüz koşulları bu tarz katı ayrımları kaldırmamaktadır. Sırf aynı adliye binasında bulunduğu için hakim ve savcılar ile yardımcı personelin eşit konumda olduğunu varsaymak bu meslek gruplarının aynı özlük hakları, aynı atama ilkeleri ve aynı teminaları haiz olduğu gibi bir sonuca götürür ki bu da doğru değildir. Bu kararda Yargıtay uluslararası sözleşmelerdeki sınırlama ilkelerini genişletmiş hatta Anayasal prensiplerin önüne geçmek için sadece gerekçe olarak kullanmıştır.[59]

V. KANUNLARIN ÜSTÜNLÜĞÜ

Çalışmanın amacı doğrultusunda ana gövdeyi teşkil ettiği söylenebilecek olan norm türü kanunlardır. Kanunların normlar hiyerarşisinde bulunduğu konumun, çoğu kez uluslararası anlaşmalar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile paylaşıldığı ileri sürülmektedir. Biz giriş bölümünde bu yeni usule değinme ihtiyacı hissetmediğimizi belirtmiştik. Ancak kararlar kapsamında olmasa da kanunları incelemeden evvel Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin de kısaca görüşümüzü ifade etmek isteriz.

Öğretide *Barın'ın* da ileri sürdüğü bir görüşe göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ihdas edilme usul ve şeklinin bir kanuna bağlı olmaması, onların kanundan altta bir norm olmadığı anlamına gelir.[60] *Güneş'e* göre de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tamamı normlar hiyerarşisinde aynı düzlemde bulunmamaktadır.[61] *Güneş'in* değindiği ayrım Anayasa'nın münhasıran Cumhurbaşkanı kararnameleriyle düzenlenmesini öngördüğü alanlardan kaynaklanmaktadır. Ancak değerlendirmemizi olağan, münhasıran özgülenmemiş, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlandıralım. Kanaatimizce geçerlilik kaynağını kanunlardan almasa dahi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunun altında yer almaktadır.[62] Zira yürürlükte bulunabilme, hukuk düzeninde etkili olabilme kabiliyetini yine kanundan alır. Fakat kanun var olmayarak, varlığını başlatmayarak geçerlilik tanımaktadır. Kanun yürürlüğe girdiği an hukuk düzenindeki etki kabiliyeti biter. Demek ki geçerliliği yine parlamento elindedir. Burada norm kadar normu yaratan öznenin iradesi de önemlidir. *Gülgeç'e* göre de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısında kanunlar üstündür. Yazar, bu iki norm arasındaki çatışma halinde normalde aynı derecedeki

---

59 Benzer yönde Yargıtayın çalışma hayatına ilişkin uluslararası sözleşmelere yeterince yer vermediği ya da yorumlayıcı organ kararlarına değinmediği yönünde eleştiriler için Bkz.Dilek Dulay Yangın, *İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler - Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (On İki Levha 2021) 204.

60 Taylan Barın, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi* (On İki Levha 2020) 33.

61 Güneş (n 6) 170.

62 Öğretide benzer yönde görüşler için Bkz. Sezer (n 22) 360.

normlar arasında uygulanan çatışma kuralları uygulanmayacağını da iki norm arasındaki hiyerarşiyi göstermek için kullanmıştır.[63]

Konuyla ilgili yorumlarımızı Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden önce var olan bir düzenleme türü olan kanun hükmünde kararnamelere[64] dair bir kararla sona erdirebiliriz. Yargıtay Kanun hükmünde kararnameler ve kanunlar arasında bir normlar hiyerarşisi bulunmadığını belirtmektedir.[65] Karar tarihinde yürürlükte olan Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin[66] 49. maddesi gereği fikri haklara karşı fiilin işlendiği yer (genel yetki kuralıyla beraber) mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Ancak davalı taraf 6100 sayılı HMK'nın daha sonradan yürürlüğe girdiği ve *lex posterior derogat legi priori*[67] ilkesi gereğince KHK'daki yetki hükmünün değil HMK'daki genel yetki hükmünün yani davalının yerleşim yeri mahkemelerinin yetkisinin geçerli olacağını iddia etmiştir. Yargıtay Kanun ve KHK arasında hiyerarşi farkı olmadığını; KHK'nın HMK karşısında özel hüküm niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle *lex specialis derogat legi*[68] generali ilkesi gereğince KHK hükmünün geçerli olacağını belirtmiştir. Ancak 2017 Anayasa değişiklikleri neticesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki çatışma, yukarıdaki gibi geleneksel çatışma kuralları ile çözümlenmemekte, kanunların üstünlüğü sonucunu vermektedir.[69] Bu yönü ile uygulamanın önceki içtihadından ayrılacağını söylemek mümkündür.

Kanunların konumuna geri dönecek olursak, kanunların konumu genellikle düzenleyici işlemler karşısındaki üstünlüğü ile belirlenmektedir. Bu üstünlük düzenleyici işlemin kanuna dayanma ve kanuna uygun olma kriterlerinden kaynaklanmaktadır.

İncelenen kararlar genellikle kanuna uygun olma kriteriyle ele alınmıştır. Ancak

---

63 Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm* (n 4) 125.

64 Her ne kadar bu düzenleme türü ilga edilmiş ve yerine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ihdas edilmiş olsa da bu iki düzenleme türü birbirinden farklıdır. Zira her öncelikle kanun hükmünde kararnamenin aksine cumhurbaşkanlığı kararnameleri için bir yetki kanunu mevcut değildir, ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğunu belirten bir anayasal hüküm de bulunmamaktadır. Ayrıca münhasır alan kavramı ve kanunun mevcut olduğu durumlarda geçerli olan çatışma kuralları da bu düzenleme türünü kanun hükmünde kararnameden ayıran etmenlerdendir. Şirin, Tolga (n 46) 165.

65 Yargıtay, 11. HD, E. 2016/5687, K. 2016/5894, K.T. 30.05.2016

66 Kanun Hükmünde Kar.nin Tarihi: 24/6/1995, No: 554, Yetki Kanununun Tarihi: 8/6/1995, No: 4113, Yayımlandığı R.G. Tarihi: 27/6/1995, No: 22326. Açıklama: KHK 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6769 sayılı Kanunun geçici maddeleri gereğince mülga KHK'nin bazı hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden uygulayıcıya kolaylık sağlamak amacıyla 554 sayılı KHK sistemde korunmuştur.

67 Sonradan çıkan hüküm öncekini ilga eder.

68 Özel hüküm genel hükmü ilga eder.

69 Abdurrahman Eren, 'Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi' (2019) 36 Anayasa Yargısı 1, 65.

kanuna dayanma da Yargıtayın bir düzenleyici işlemi ihmal etmesine gerekçe oluşturabilir. Örneğin Kamu İhale Kurumunun, kanunla tebliğ çıkarma yetkisinin bulunmadığından hareketle davayla ilgili tebliği uygulamamıştır.[70]

Bir düzenleyici işlem kanuna dayansa dahi kanundaki tanımları genişletemez. Örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 418. Maddesine göre kanunda ya da şirket esas sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça olağan genel kurulda kararların olağan çoğunlukla alınacağı belirtilmiştir. Ancak Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmeliği'nin 22. Maddesinde ise önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satışı için şirket sermayesinin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyu gerektiği belirtilmiştir. Ancak Yargıtay, kanunun nitelikli çoğunluğu hangi hallerde istediğinin açık olduğu yönetmelikle buna ek getirilemeyeceğini ifade etmiştir.[71] Bu açıdan bakılırsa nitelikli çoğunluk şartını getirecek olan yönetmelik değil esas sözleşmedir. Yüksek Mahkeme, kanunda farklı durumdaki şirketler ve işlemler için nitelikli çoğunluğun işaret edildiğini de belirterek bir kanun boşluğundan söz edilemeyeceğini de eklemiştir.[72]

Bir üst normla yasaklanmayan bir hususun bir alt normla yasaklanması hukuk devleti ilkesine uygun değildir.[73] Yargıtay kanunla getirilen sorumluluğun yönetmelik ile ne daraltılabileceğini ne de genişletilebileceğini belirtmiştir.[74]

Bir düzenleyici işlemin kanunun saydıkları dışında yeni bir şart getiremeyeceği Yargıtay kararlarında dile getirilmektedir. Yargıtay, mirasın reddi işlemi için özel yetkili vekaletname şartı getiren uygulama Tüzük'ünün, böyle bir şarta yer verme-

---

70 Yargıtay, 23. HD, E. 2016/5663, K. 2019/939, K.T. 11.03.2019. Benzer nitelikte Bkz. Yargıtay, 23. HD, E. 2015/3772, K. 2016/194, K.T. 18.01.2016.

71 Yargıtay, 11. HD, E. 2020/306, K. 2021/6945, K.T. 08.12.2021

72 Öğretide de konunun normlar hiyerarşisine aykırılığına ilişkin Bkz.Tuğba Semerci Vuraloğlu, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (On İki Levha 2018) 301. Yine öğretide ikincil düzenlemeler ile kanuna ek yükümlülükler getirilmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu gösteren ticaret hukuku alanındaki monografiler için Bkz. İbrahim Çağrı Zengin, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar* (On İki Levha 2020) 145. İsmail Cem Soykan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (On İki Levha 2019) 352.

73 Mustafa Erkan, 'Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Incelenmesi' (2019) Public and Private International Law Bulletin Public and Private International Law Bulletin 2, 425.

74 Yargıtay, 19. HD, E. 2013/11341, K. 2013/16570, K.T. 24.10.2013. Kararda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. Maddesindeki hükme rağmen Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelikv ve Sağlık Uygulamaları Tebliği ile trafik kazalarından sonra yapılan tedavi masraflarının farklı hesaplamaya tabii tutulması normlar hiyerarşisine aykırı görülmüştür. Yargıtay bu kararında ilgili yönetmelik hükmünün iptal edildiğine de dikkat çekmiştir. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 19. HD, E. 2012/15290, K. 2013/8446, K.T. 09.05.2013; Yargıtay, 17. HD, E. 2019/4941, K. 2020/7154, K.T. 17.11.2020; Yargıtay, 17. HD, E. 2019/2609, K. 2020/7891, K.T. 01.12.2020; Yargıtay, 17. HD, E. 2015/6775, K. 2015/9800, K.T. 29.09.2015.

yen kanun karşısında uygulanamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, bu tespitine yer verirken özel yetkili vekaletnamenin hangi işlemler için geçerli olduğunun zaten kanunda gösterildiğini, kanunda gösterilmeyen işlemler için genel vekaletnamenin yeterli olacağı sonucunu çıkartmıştır. [75]

Mahkeme Tapu Sicil Tüzüğü'nde öngörülen, yazım hataları için öncelikle tapu müdürlüklerine başvurma şartına ilişkin bir uyuşmazlığı ele almıştır.[76] Esasında, tapu belgelerindeki isim hatalarının tapu müdürlüklerine başvurularak düzeltilmesi gerektiği ve tüzüğün de bu amaca hizmet ettiğini teyit etmiştir. Ancak uygulamada ise tapu müdürlüklerinin, başvuruculara dava açmaya yönelttikleri ve yargı yükü oluşmasına sebep olduğu gözlemini paylaşmıştır. Yargıtay, bu yolun etkililiğine ilişkin tespitleri ile beraber tüzükle bir dava şartı getirilmesinin hak arama özgürlüğüne / adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. Maddesinde dava şartlarının genel olarak sayıldığı buna ek olarak ayrıca diğer kanunlarla da dava şartları eklenebileceği hükmünü yinelemiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda tüzükte belirtildiği gibi tapu sicil kaydının düzeltilmesi için tapu müdürlüğüne başvurulmasının bir dava şartı olarak kabul edilmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu belirtilmiştir.[77]

Yargıtay haksız fiilde yetkli mahkemenin yerinin tespitiyle ilgili bir kararında kanunların gerekçelerine dayanılarak hüküm verilemeyeceğini belirtmiş ne kanunların ne de Anayasa'nın gerekçesinin kanun hükmünde bir güce kavuşturulamayacağını eklemiştir.[78]

Sağlık güvencesinden eşin yararlanmasını sağlayan bir kanuni düzenlemenin yönetmeliğe yansımaması da normlar hiyerarşisine aykırı görünmüştür.[79] Yargıtay, 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun[80] Ek 11 ve 12. maddeleri gereği sigortalının eşinin sağlık yardımı alabileceğini belirtmiş. Ancak karar tarihinde Bağ Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinin 5/son maddesinin buna engel olduğunu tespit etmiştir.

---

75 Yargıtay, 2. HD, E. 1997/6795, K. 1997/8177, K.T. 11.07.1997. Benzer bir başka karar için Bkz. Yargıtay, 2. HD, E. 1997/6795, K. 1997/8177, K.T. 11.07.1997.

76 Yargıtay, HGK, E. 2017/3165, K. 2021/211, K.T. 04.03.2021.

77 Benzer yönde Bkz. Yargıtay, HGK, E. 2017/1230, K. 2021/210, K.T. 04.03.2021.

78 Yargıtay, 3. HD, E. 2015/5376, K. 2016/3455, K.T. 09.03.2016. Yargıtayın trafik kazalarına ilişkin bazı kararlarında da benzer yönde bir ifadesi mevcuttur: "*Hemen belirtilmelidir ki Anayasanın gerekçesi dahi bağlayıcı değildir. Gerekçelerin bağlayıcı olmadığı ve Anayasa metninde mevcut olmayan bir müessesenin, Anayasa gerekçesi ile yaratılamayacağı açıktır (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1998, s.309). Aksi düşünce gerekçeleri normlar hiyerarşisinde yasa düzeyine yükseltir ki, böyle bir kabulün olanaksızlığını, izaha dahi gerek yoktur.*" Yargıtay, 17. HD, E. 2016/2249, K. 2016/3457, K.T. 17.03.2016; Yargıtay, 17. HD, E. 2014/21458, K. 2016/3452, K.T. 17.03.2016; Yargıtay, 17. HD, E. 2016/2245, K. 2016/3443, K.T. 17.03.2016.

79 Yargıtay, HGK, E. 2006/10-586, K. 2006/649, K.T. 11.10.2006

80 02/09/1971 tarihli ve 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Resmî Gazete: 13956, 14/09/1971.

Yüksek Mahkeme, normlar hiyerarşisi dikkate alındığında yönetmelik hükmünün hukuki sonuç doğurmayacağını belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki düzenlemeye rağmen yönetmelik ve tebliğ ile özel hastane ve üniversite hastanelerinin trafik kazaları sonucu yaptıkları tedavinin ücretini tahsil etmesini açıkça normlar hiyerarşisine aykırı bulmuştur.[81] Yüksek Mahkeme düzenleyici işlemlerle kanunun ne daraltılabileceğini ne de genişletilebileceğini belirtmiştir.

Yargıtay normlar hiyerarşisini gözetirken sadece şekil ve içerik denetimi yapmakla yetinmemiş kanunun amacını da dikkate almıştır. İşverene ait sigorta primlerine sağlanacak olan katkı ödemesinin Kamu İhale Tebliği'nde yapıacak düzenleme ile kamudan ihale alacak olan işverenlere uygulanmasına kısıtlama getiren düzenleme de bu bağlamda incelenmiştir. Mahkeme, kanunla getirilen desteğin istihdam hacminin daha da kötüleşmemesi ve işçilik maliyetlerinin azaltılarak işten çıkartmaların önüne geçmeyi amaçladığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, tebliğdeki düzenlemenin de bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekir. Mahkeme, kanunun amacına aykırı olduğunu belirttiği tebliği uygulamamıştır.[82]

Yargıtay kanunen, hizmet ya da satışı yapan kişinin bedel üzerinden vergi mükellefi olduğunu ve bunun asgari ücret tarifesiyle değiştirilemeyeceğini belirtmiştir.[83] 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun[84] 8. maddesine göre *mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanlar verginin mükellefi*'dir. Ancak derece mahkemesinde verilen kararda karşı taraf vekalet ücretine hükmedilirken asgari ücrete ek olarak Katma Değer Vergisi (KDV) oranı şeklinde hüküm kurulmuştur. Yargıtay bu yaklaşımın kanuna aykırı olduğunu belirterek kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme bu kararı verirken, normlar hiyerarşisine göre Katma Değer Vergisi Kanunu'nun asgari ücret tarifesinden üstün olduğunu dikkate almıştır. Asgari tarife ile kanunun değiştirilemeyeceğini belirtmiştir.[85] Yüksek Mahkeme aynı uyuşmazlık

---

81 Yargıtay, 4. HD, E. 2021/883, K. 2021/1612, K.T. 25.05.2021.

82 Yargıtay, 19. HD, E. 2013/11341, K. 2013/16570, K.T. 24.10.2013. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 19. HD, E. 2012/15290, K. 2013/8446, K.T. 09.05.2013.

83 Yargıtay, 1. HD, E. 2004/507, K. 2004/1186, K.T. 18.02.2004.

84 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi (KDV) Kanunu, Resmî Gazete: 18563, 02/11/1984.

85 Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 1. HD, E. 2004/12606, K. 2004/12837, K.T. 10.11.2004; Yargıtay, 1. HD, E. 2004/4212, K. 2004/4798, K.T. 22.04.2004. Karar gerekçelerinde yer ala ifade şöyledir: "*Diğer taraftan, Anayasanın 73. maddesi "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" düzenlemesini içermekte olup, öğreti ve uygulamada "verginin yasallığı" olarak nitelendirilen bu ilke, vergi, resim, harç ve benzeri kamusal güce dayalı tüm yükümlülüklerin yasayla düzenlenmesi zorunluluğunu öngörmektedir. Vergi yükümlülüğünün konusu, yükümlüsü ve oranı gibi unsurların yanında, vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin de yasayla düzenlenmesi gereği anılan hükmün zorunlu sonucudur. Bu hale göre; 04.12.2002 gününde yürürlüğe giren Avukatlı Asgari Ücret Tarifesinin 21. maddesindeki "Bu tarifede yer alan ücretlere 3065 s. yasa hükümleri gereği katma değer vergisi ayrıca ilave edilir" ifadesinin yukarda sıralanan kanuni gerekler gözetilerek oluşturulmuş bir düzenlemeyi içermediği gibi, normlar hiyerarşisine*

ile ilgili olarak farklı gerekçelere de başvurmuştur. Örneğin Katma Değer Vergisi Kanunu'na göre KDV ücretinin müşteriye intikal ettirilemeyeceğine dair hükmün asgari ücret tarifesi ile hükümsüz kılınamayacağı da bazen farklı bir dayanak olarak gerekçede yer alabilmektedir.[86]

Yargıtayın normlar hiyerarşisini gözetirken karşılaşabileceği bir zorluk ve buna bağlı bir soru mevcuttur. Bir yönetmeliğin kanuna uygunluğu değerlendirilirken bütün kanunlar dikkate alınmalı mıdır? Soruyu daha anlaşılabilir kılmak adına bir yönetmeliğin normlar hiyerarşisine uygunluğu açısından kanunları üç kategoriye ayırabiliriz: Dayanak kanun, yönetmelikte belirtilen ve düzenlemeye dayanak olan kanun(lar), yakın kanun, yönetmelikte dayanak olmayan fakat konuyla doğrudan ilgili olan kanunlar, diğer tüm kanunları kapsayan uzak kanunlar.[87] Öncelikle son yıllardaki teknolojik gelişmeler bir tarafa bırakılacak olursa tüm kanunların taranmasının güçlüğü dikkat çekecektir. Uygulamada taraflarca yargılamada gündeme getirildiği için yakın kanunların dikkate alındığı gözlemlenmektedir. Bunun yanında dayanak kanun doğal olarak yönetmeliğin uyumunun değerlendirilmesinde ölçü normdur.[88]

Kanunların üstünlüğü yalnızca düzenleyici işlemler karşısında değil aynı zamanda özel hukuk işlemleri karşısında da geçerlidir. Ancak yine de özel hukuk ilişkileri açısından kanunların hepsinin aynı kategoride değerlendirilmesi olanaklı değildir. Kanunun emredici hükümleri sözleşme ile değiştirilemese de yedek hüküm niteliğindeki normlar veya kanundaki boşlukların sözleşme ile doldurulması mümkündür.[89] Emredici hükümler ise sözleşme serbestisini kısıtlayan normlardır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun 1264/4. Maddesinde yer alan sigorta şartlarının sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm emredici bir hüküm olarak görülmüştür. Bu nedenle yönetmelik ya da sözleşme ile sigorta tarihinden sonra değişiklik öneren bir norm ya da sözleşme bu emredici hüküm karşısında normlar hiyerarşisinde altta bir hükümdür.[90] Yargıtayca başka kararlarda da sigorta ettiren

uygun hukuksal bağlayıcılık kazanmış bir düzenleme niteliğini kazandırdığından söz edilemez.".

86 Yargıtay, 3. HD, E. 2005/8056, K. 2005/10190, K.T. 17.10.2005. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 3. HD, E. 2005/7959, K. 2005/10187, K.T. 17.10.2005; Yargıtay, 3. HD, E. 2005/2265, K. 2005/3987, K.T. 12.04.2005; Yargıtay, 3. HD, E. 2005/2757, K. 2005/3985, K.T. 12.04.2005.

87 Yargı kararlarının normlar hiyerarşi testi yaparken yönetmelikle daha yakından ilişkili olan kanunu dikkate alıp diğer kanunları göz ardı ettiği ve adeta bir yakın-uzak norm ayrımı güttüğü yönünde de eleştiriler mevcuttur. Uzak-norm yakın norm yaklaşımının örneklerle incelendiği bir çalışma için Bkz. Kaya and Dağli (n 3) 604.

88 "*Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uyarınca çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "Hukuki Dayanak" başlıklı 3. maddesinde söz konusu yönetmeliğin müstenidi gösterilen yasalar içinde 6831 Sayılı Yasanın bulunmadığı dolayısıyla 6831 Sayılı Kanunun ilgili hükümleri gözetilerek bir düzenleme yapılmasının söz konusu olmadığı, 6831 Sayılı Kanunun öngördüğü hususu usulü iptal etmediği, normlar hiyerarşisibakımından da bunun mümkün olmadığı…*" Yargıtay, 3. CD, E. 2006/319, K. 2006/7051, K.T. 02.10.2006. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 19. CD, E. 2018/4583, K. 2018/11546, K.T. 08.11.2018.

89 Yargıtay, 11. HD, E. 1995/1993, K. 1995/3369, K.T. 14.04.1995.

90 Yargıtay, 11. HD, E. 2009/11171, K. 2011/4102, K.T. 08.04.2011.

lehine yaklaşım sergilenmiştir. Bu da TTK'da ki emredici hükümlere bağlanmıştır. Yüksek Mahkeme, Sözleşme hükümlerinin normlar hiyerarşisine göre kanun karşısında ikincil olduğunu ifade etmiştir.[91] Vakıf senetleri de kanuna aykırı düzenlemeler içerememektedir. Vakıf senetlerinde faize yönelik hükümler konması kanunlarca öngörülen faiz oranını değiştirmek için yeterli değildir.[92]

Son olarak bu başlıkta sınırlı olarak değindiğimiz özel hukuk işlemlerinin kendi arasında bir hiyerarşi olup olmadığına bakılabilir. Doğrusu bu konu daha kapsamlı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Ancak biz şimdilik bir örnekle yetinelim ve normlar hiyerarşisi teorisinin özel hukuk işlemleri arasında bir hiyerarşi tesis etmek için de kullanılabildiği gerçeğini göz ardı etmemiş olalım. Yargıtay, toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmesinden üstün olduğunu ifade etmiştir.[93] İki özel hukuk belgesi arasındaki ilişkiyi değerlendirirken normlar hiyerarşisi teorisine başvurmuştur. Ancak buradaki hiyerarşi kanun ve yönetmelikler arasında olduğu kadar katı değildir. Yargıtay kararlarında, bunun istisnasının bireysel iş sözleşmesinde yer alan işçi lehine hükümler olarak belirlemiştir.[94] Ancak toplu iş sözleşmesinin kanunla çatıştığı noktalarda toplu iş sözleşmesinin kanunu değiştiremeyeceği konusundaki tavır daha nettir.[95] Özetle, özel hukuk işlemleri arasındaki hiyerarşi görecelidir ve bu hiyerarşi işçi yararına yorum gibi ilkelerle şekillenmektedir.

VI. YÖNETMELİKLERİN ÜSTÜNLÜĞÜ

Yargıtay Anayasa'da sayılan yürütmenin düzenleyici işlemlerinin (kanun hükmünde) kararname, tüzük ve yönetmelik olduğunu ancak uygulamada bunun dışında "kararname", "karar", "teblig", "sirküler", "yönerge", "talimat", "tarife" gibi değişik

---

91 Yargıtay, 17. HD, E. 2016/5074, K. 2019/5820, K.T. 09.05.2019. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 17. HD, E. 2013/21162, K. 2015/10683, K.T. 15.10.2015.

92 Yargıtay, 10. HD, E. 2016/11820, K. 2019/5491, K.T. 26.06.2019.

93 Yargıtay, 7. HD, E. 2015/20959, K. 2016/236, K.T. 19.01.2016. Benzer yönde kararlar için Bkz. Yargıtay, 7. HD, E. 2015/20960, K. 2016/237, K.T. 19.01.2016; Yargıtay 9. HD, E. 2015/8107 K. 2015/18889 T. 25.05.2015; Yargıtay 9. HD, E. 2015/7658 K. 2015/18880 T. 25.05.2015; Yargıtay 9. HD, E. 2015/7664 K. 2015/18886 T. 25.05.2015; Yargıtay 9. HD, E. 2015/7665 K. 2015/18887 T. 25.05.2015; Yargıtay 7. HD, E. 2015/20961 K. 2016/238 T. 19.01.2016; Yargıtay 7. HD, E. 2015/7937 K. 2015/3051 T. 02.03.2015; Yargıtay 7. HD, E. 2015/41071 K. 2015/25182 T. 14.12.2015; Yargıtay 7. HD, E. 2015/41072 K. 2015/25183 T. 14.12.2015; Yargıtay 7. HD, E. 2015/12414 K. 2015/5860 T. 30.03.2015; Yargıtay 7. HD, E. 2016/3166 K. 2016/3348 T. 16.02.2016; Yargıtay 7. HD, E. 2015/41070 K. 2015/25181 T. 14.12.2015; Yargıtay 7. HD, E. 2015/7939 K. 2015/3053 T. 02.03.2015.

94 Yargıtay, 9. HD, E. 2021/2913, K. 2021/6633, K.T. 23.03.2021; Yargıtay 9. HD, E. 2021/2914 K. 2021/6635 T. 23.03.2021; Yargıtay 9. HD, E. 2013/10617 K. 2014/25520 T. 08.09.2014.

95 "*Davacının iş sözleşmesinin 166/5 maddesindeki düzenlemeye göre zorunlu olarak feshedildiğinden, normlar hiyerarşisi gereği davalı işverenliğin yasal düzenlemeye uygun olarak yaptığı fesih işleminde TİS hükümlerinin uygulamasına hukuken imkân bulunmamaktadır. Mahkemece TİS hükümlerine dayalı olarak tazminat talebinin kabul edilmesi yerinde değildir. Bu nedenle birleşen dava yönünden davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır…*" Yargıtay, 9. HD, E. 2014/20234, K. 2015/33418, K.T. 24.11.2015.

isimlerde genel, soyut ve objektif hukuk kurallarının varlığını kabul etmektedir.[96] Burada anılan düzenleyici işlemlerden yönetmelikten sonra sayılanlar, öğretide adsız düzenleyici işlemler olarak adlandırılmaktadır. Yönetmeliklerin üstünlüğü de bu adsız düzenleyici işlemler karşısında değerlendirilecektir.

Yargıtayın bazı kararlarında yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde son sırada yer aldığı ifade edilmektedir.[97] Ancak bu sonuç adsız düzenleyici işlemler ve yönetmelikler arasındaki ilişkinin tespiti için yeterli değildir. Nitekim diğer kararlarda ise ağırlıklı olarak yönetmeliklerin adsız düzenleyici işlemlerden üstün olduğu tespitinde bulunulmuştur. Neticede adsız düzenleyici işlemler denetim açısından yönetmelikle aynı usule tabii olsa da yönetmelikler adsız düzenleyici işlemlerden üstündür.[98] Yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler arasındaki ilişki bazı Yargıtay kararlarında da *idari normlar hiyerarşisi* olarak da tanımlanmaktadır. [99]

Adsız düzenleyici işlemler için uygulayıcı kurallar terimi de kullanılmaktadır.[100] Yönetmeliklerin aksine adsız düzenleyici işlemler Anayasa'da düzenlenmemiştir; ancak yürütme görevinin yerine getirilmesi için düzenlenmesi zaruri metinler olarak kabul görmektedir.[101] Yürütmenin yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemler yapması yürütme erkinin getirdiği doğal bir sonuç olarak görülmektedir.[102] Yürütmenin bu erki kullanırken takdir yetkisini objektif kurallara bağlaması hukuk devleti açısından da olumlu bulunmalıdır. Ancak adsız düzenleyici işlemlerin çeşitliliği ve çokluğu hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesini zedelemekte, mevzuatın ulaşılabilirliğini zorlaştırmaktadır.[103]

Yargıtay genelgeleri yönetmeliklerin altında görmüştür.[104] Örneğin bir kararında *Sağlık Bakanlığı Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği*'nin kendisine tanıdığı takdir hakkı ile ödeme güçlüğü bulunan bazı hastalardan ücret almayan ya da indirim uygulayan Baş Hekimin idareyi zarara uğrattığı iddiası ile yargılandığı davada iddia makamı *Fiyat Tarifesi Genelgesi*'ne aykırılığı öne sürmüştür. 1999 yılına ait Fiyat Tarifesinin 21. maddesinde *"...Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 55-i maddesi uyarınca kurum Baştabipliklerince uygulanmakta olan tahakkuk edilen tedavi giderlerinde indirim veya ücretsiz tedavi yapma yetkisi fiilen*

---

96 Yargıtay, 3. HD, E. 2014/2058, K. 2014/8743, K.T. 03.06.2014.

97 Karşı oyda kullanılan bir örnek için Bkz. Yargıtay, 20. CD, E. 2016/2604, K. 2016/5471, K.T. 09.11.2016. Bazen de "çok sonra gelen" ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Yargıtay, 7. HD, E. 2015/23664, K. 2015/13244, K.T. 29.06.2015.

98 Fatma Didem Sevgili Gençay, 'Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2014) 63 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 397, 403.

99 Yargıtay, 10. HD, E. 2021/5629, K. 2021/8326, K.T. 15.06.2021.

100 Gençay (n 99) 415.

101 ibid 403.

102 Bu görüşlerle ilgili derlemeler için Bkz. ibid 401; Güneş (n 6) 171.

103 Gençay (n 99) 411.

104 Yargıtay, 10. HD, E. 2021/5629, K. 2021/8326, K.T. 15.06.2021.

uygulanmayacaktır." şeklinde bir hüküm yer almaktadır.[105] Yargıtay bu hüküm ile yönetmelikteki takdir yetkisinin ortadan kalkmayacağını belirtmiştir.

Yargıtay bir başka kararında, sivil yolcu uçaklarının 5 saat ve üzeri gecikmesinin uçuş tehiri mi yoksa uçuş iptali mi sayılacağı sorusuna yanıt aramıştır. *Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi*'nde 5 saat ve üzeri gecikmelerin uçuş iptali ile eş değer sayılacağı belirtilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, *Hava Yolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik*'in 5 saat üzeri tehirlerin de uçuş iptali kabul edileceğine dair bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre genelge ile yönetmelikteki tanım değiştirilemez.[106]

Diğer adsız düzenleyici işlemlerde olduğu gibi sigorta genel şartlarının da kanunun kapsamını daraltacak şekilde düzenlenemeyeceği yine Yargıtay kararlarına yansımıştır. Yargıtay kanunu daraltıcı *Sigorta Genel Şartları'*nı normlar hiyerarşisi ilkesine aykırı bulmuştur.[107]

VII. ÜST NORMA AYKIRI NORM OLMASI HALİNDE UYGULANACAK USUL

Yargıtayın normlar hiyerarşisini uygularken bir normu üst norma uygun bulabilir; üst normla uygun bir şekilde yorumlayabilir ya da normu ihmal edebilir. Çalışma kapsamında karşılaştığımız kararlar daha çok alt normun ihmal edildiği kararlardır. Bu sonuç gayet anlaşılırdır. Zira Yargıtayın bir alt normla ilgili aykırılık görmediği hallerde "normlar hiyerarşisinden" söz etmesine gerek yoktur ve bu durum nadirdir.

VIII. ÜST NORMA UYGUNLUK KARİNESİ

Bu başlığa, istisnai olan üst norma uygunluk karinesinin gözetildiği bir örneğe yer vererek başlanabilir.[108] Yargıtay, kayıp-kaçak bedellerinin faturaya yansıtılması

---

[105] Yargıtay, 4. HD, E. 2004/10686, K. 2005/8525, K.T. 19.07.2005. İlgili hüküm Danıştay 10. Dairesi tarafından dava sürerken iptal edilmiştir.

[106] Gerçi kararda hem yönetmelik hem genelgede tazminat hakkı tanınmadığı sonucu yer alsa da gerekçede genelgenin yönetmeliğe aykırı olamayacağı hususu normlar hiyerarşisine bağlanmıştır. Yargıtay, 11. HD, E. 2021/3736, K. 2022/704, K.T. 27.01.2022.

[107] Yargıtay, 4. HD, E. 2021/23327, K. 2022/10884, K.T. 27.09.2022. Benzer yönde diğer kararlar için Bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2021/26005 K. 2022/5356 T. 21.03.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/22793 K. 2022/5790 T. 24.03.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/8288 K. 2022/1147 T. 31.01.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2022/11446 K. 2022/14617 T. 14.11.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2022/4226 K. 2022/12736 T. 20.10.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/3371 K. 2021/3313 T. 21.06.2021; Yargıtay 4. HD, E. 2021/11627 K. 2022/6346 T. 30.03.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/13975 K. 2022/7544 T. 20.04.2022; Yargıtay 4. HD, E. 2021/12001 K. 2022/4532 T. 10.03.2022; Yargıtay, 4. HD, E. 2021/3766, K. 2021/4963, K.T. 20.09.2021;Yargıtay 4. HD, E. 2021/8582 K. 2022/1473 T. 02.02.2022. Nitekim bu Anayasa Mahkemesinin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 90/İ maddesinin de iptal edilmiş olması gerekçede yer almıştır. Yargıtay, 4. HD, E. 2021/2511, K. 2021/2452, K.T. 07.06.2021.

[108] Aranılan kararlar açısından istisnai niteliğinden dolayı bu ifadeye yer verilmiştir. Fakat bu belirleme istatiksel olarak kesin ve doğru bir yöntem iddiası taşımaz. Zira Yargıtayın normlar hiyerarşisini zikretmediği ya da düzenleyici işlemin kanuna aykırılığına değinmediği tüm kararlar için üst norma uygunluk karinesini zaten izlediği sonucu çıkartılabilir.

ile ilgili bir uyuşmazlıkta bu bedellerin Enerji Piyasası Denetleme Kurulu (EPDK) tarafından kanuna uygun bir şekilde tarife ve kararlarla belirlendiğini belirtmiştir. Mahkeme EPDK kararlarının da adsız düzenleyici işlem olarak kabul edileceği ve bunların normlar hiyerarşisi kapsamında Anayasa, kanun ve diğer üst normlara aykırı "olamayacağını" ifade etmiştir.[109] Mahkeme bu ön kabule ek olarak bu işlemlere karşı idari yargıda iptal davası açılabileceğini ancak fatura tarihinde böyle bir iptal kararı olmadığını eklemiştir. Neticede fatura ve tarifelerin dayandığı kararın iptal edilmemiş olmasından hareketle kayıp-kaçak bedeli alınmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Görüleceği üzere bu istisnai yaklaşım, çalışmada kapsamındaki kararlardaki baskın tutumdan ayrıktır. Yargıtay bu kararında adeta, düzenleyici işlem iptal edilmedikçe kanuna uygundur ve kanundan önceliklidire varacak bir sonuca kapı aralamıştır. Yargıtay, düzenleyici işlemler için idari yargıyı örnek göstermiş ve önüne gelen bir uyuşmazlık karşısında iptal edilmeyen düzenleyici işlemi hukuka uygun bulmuştur. Aslında bu tutum Duran ve Yasin'in yukarıda andığımız görüşleri ile uyumludur.[110] Yasin'e göre iptal yetkisi olmayan bir mahkeme, ihmal de edemez.[111] Ne var ki bu yaklaşım idarenin düzenleyici işlemler yapmak suretiyle kanunun fiilen uygulanamaz hale getirebilmesi olanağına da kapı aralamaktadır.[112]

IX. BİR ÜST NORMA UYGUN YORUMLAMA

Yargıtayın normlar hiyerarşisi teorisine başvurduğu bir diğer kararlar kategorisi ise alt normun üst norma uygun olarak yorumlanmasıdır. Buna göre hukuk kuralları bir bütündür ve alt norm üst norma aykırı bir şekilde yorumlanamaz. Bu kategorideki bazı kararlara anayasaya uygun yorum şeklinde verilen örneklerle Anayasa'nın Konumu başlığında yer vermiştik.

Yargıtaya göre hukuk düzeninin tekliği, bütünlüğü ilkesi doğrultusunda, bir fiilin hukukun bir sahasında hukuka uygun, diğerlerinde hukuka aykırı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuka aykırılığı kaldıran nedenler hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.[113]

---

109 Yargıtay, 3. HD, E. 2014/2058, K. 2014/8743, K.T. 03.06.2014.

110 Melikşah Yasin, 'İdari Yargılama Usülünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi' (2013) 16 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 23. Lütfü Duran, 'Yargıtayın Kamu Hukukuna Değin Son Kararları Üzerine Mülahazalar' (1985) 9, 18 Amme İdaresi Dergisi 27, 24.

111 Yasin (n 111) 23. Karşı yönde Bkz. Kemal Gözler, 'Yorum İlkeleri', *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması (Kamu Hukukçuları Platformu)* (TBB 2012) 15, 99.

112 Nitekim çalışmada da değindiğimiz, Anayasa hukuku literatüründe Amerikan modeli olarak adlandırılan yaygın denetim usulünün kendisi normların iptal edilmeksizin ihmaline dayanan bir denetim usulüdür. Buna göre derece mahkemelerinin ihmal kararları Federal Yüksek Mahkeme tarafından değerlendirilir ve bu değerlendirmeler sonraki olaylar için emsal etkisi (stare decisis) teşkil eder. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (7. Baskı, Seçkin 2024) 787.

113 Yargıtay, 16. CD, E. 2015/5829, K. 2016/4175, K.T. 21.06.2016.

Yargıtay, özellikle kanunlar söz konusu olduğunda anayasaya uygunluk karinesini kabul etmekte ve iptal edilmeyen bir kanun hükmünün geçerli olduğu kabulüyle hareket etmektedir. Ancak kanunların da anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.[114]

Bu tarz kararlar genellikle kanunların yorumlanmasında dikkate alınmaktadır. Ancak düzenleyici işlemlerin kanunlar karşısındaki durumu söz konusu olduğunda daha önce belirttiğimiz gibi yok sayma / ihmal etme eğilimi kendisini göstermektedir.

X. YOK SAYMA / İHMAL ETME YA DA ÖNCELİKLE UYGULAMA

Yukarıda istisna olduğunu belirttiğimiz örnek kararda düzenleyici işlemin kanuna aykırı olamayacağına yönelik karara değinmiştik. Oysa normlar hiyerarşisi ilkesinin kabul edilmesine rağmen yönetmelikler kanun veya tüzüğe aykırı olabilir. Buna karşı Yargıtayın kanuna aykırı bulduğu bir yönetmelik hükmünü uygulaması beklenemez. Bu sorun alt normların yok sayılması yoluyla çözümlenebilir.[115] Çalışma kapsamında da Yargıtayın yaygın tutumunun bu çözüm türü yönünde olduğu görülmektedir.[116]

İdarenin düzenleyici işlemlerin yok sayılması olgusu bilhassa idare hukukçuları tarafından Yargıtayın iptale yetkili olmadığı yönünde eleştirilmektedir. Ancak meseleye bir diğer cepheden bakarsak, söz konusu tutum idari işlemin yok sayılmasından önce üst normun öncelikli uygulanmasıdır. Yani kanun ile çözümlenebilecek bir hukuki uyuşmazlık için bir alt norma gerek yoktur.

Yargıtay, *"normlar hiyerarşisi içinde uyuşmazlıkların çözümünde; anayasal ve yasal kuralların uygulanabileceği saptandığı taktirde tüzük, yönütmelik, genelge, tamim gibi yürütme organı ve idareye ait ve alt sırada bulunan tasarruflarla sonuca gidilemeyeceği ilkesi…"* ifadesini kullanarak normlar hiyerarşisinin uygulamada adeta uyuşmazlığı çözmek için bir zaruret yoksa bir alt norma inme yasağını da içerdiğini işaret etmiştir.[117] Nitekim bir başka kararında Yargıtay normlar hiyerarşisini

---

[114] Anayasaya uygun yorum yapma gerekliliği bazen karşı oylarda da zikredilmiştir. Buna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması çerçevesinde açıklanmayan hükmün açıklanması şartının temyiz yolu açık bir hüküm olarak yorumlanması zarureti 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne uygun olarak yorumlanmasının doğal bir sonucudur. Yargıtay, 9. CD, E. 2021/3843, K. 2022/5798, K.T. 08.06.2022. Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 9. CD, E. 2021/12600, K. 2022/2095, K.T. 09.03.2022.

[115] Yargıtay, 17. HD, E. 2009/4432, K. 2010/2734, K.T. 25.03.2010

[116] Yargıtayın kanuna aykırı ikincil düzenlemeleri uygulamama eğilimi özel hukuk alanındaki monografilerde de ele alınmış ve sonuç kısmında yer bulmuştur. Fatma Beril Özcanlı, *Şirketler Hukukunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması* (On İki Levha 2021) 498.

[117] Yargıtay, 10. HD, E. 1999/3577, K. 1999/6133, K.T. 28.09.1999. İlgili kararda yurt dışı çalışma borçlanması ve yaşlılık aylığı almak için kanun'da bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen yönetmelik ile "kesin dönüş" şartı getirilmesinden doğan bir uyuşmazlık ele alınmıştır. Yargıtay, kanunda yer almayan bu kısıtlamanın olaya uygulanmasına gerek olmadığını zira uyuşmazlığın halihazırda kanun seviyesinde çözümlenebileceğini ve kanunda da bu yönde bir kısıt olmadığını belirtmiştir.

"*tu patere legem quam facisti*"[118] prensibinin bir sonucu olarak görmüştür. Bunun sonucunda yasal kurallara aykırı bir düzenleyici işlemin yürürlükte olması halinde ise bu idari işlem yerine yasal düzenlemenin uygulanabileceğini belirtmiştir.[119]

Örneğin 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilme lerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'a dayanılarak Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanmasi Hakkındaki Yönetmelik'in[120] 10. Maddesi, "*506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3 üncü maddesinin II nci fıkrasının A bendi hükmü saklıdır."* ifadesi ile Kanun'da mevcut olmayan bir kayıt eklemiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, "*normlar hiyerarşisine göre yönetmelikler Kanunlara aykırı hüküm içeremeyeceğinden uygulanma niteliği mevcut değildir*." diyerek normu ihmal ederek bir hüküm vermiştir. [121]

Yargıtay, kanunda mevcut olmayan bir sınırlamayı öngören düzenleyici işlemlerde de yok sayma tutumunu sürdürmüştür. Örneğin Bağ-Kur sigortalıların eşlerinin sigorta kapsamında sağlık yardımlarından istifade edemeyeceğine dair bir kanun hükmü yokken Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliği'ndeki daraltıcı hükmün "normlar hiyerarşisi dikkate alındığında hukuki sonuç doğurmayacağını" bir gerçek olarak nitelendirmiştir.[122]

Yargıtayın bazı kararlarında düzenleyici işlemleri değiştirme çağrısında bulunduğu da görülmektedir. Ancak bu çağrı özellikle bir muhatapa yöneltilmesi veya kararın bir örneğinin düzenlemeyi yapan idareye gönderilmesi gibi bir uygulamaya rastlanılmamaktadır. Örneğin delil avansının ne zaman yatırılmasına dair yönetmelik hükümlerinin kendi içinde çelişmesini tespit eden Mahkeme, yönetmeliğin değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[123] Mahkeme, sorunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120 ve 321. maddeleri ışığında zaten çözülebileceğini de eklemiştir. Karar, yönetmeliğin değiştirilmesi çağrısı bir yana bırakılırsa, yönetmeliklerin göz ardı edilerek sorunun çözüldüğü örneklerden birisidir. Yargıtayın tarifelerin kanuna aykırılığı ile ilgili bazı uyuşmazlıklarda bozma yerine düzelterek onama yaptığı da görülmektedir.[124]

---

[118] Yüksek Mahkeme bu prensibi, "Genel kurallar, usulü dairesinde değiştirilinceye veya kaldırılıncaya kadar, düzenleyici işlem tesis etme yetkisi olan makam ve kurumları da bağlar" şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay, 20. HD, E. 2017/5583, K. 2018/4072, K.T. 29.05.2018.

[119] Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 20. HD, E. 2017/5427, K. 2018/1373, K.T. 26.02.2018.

[120] Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi : 25/10/1982, No: 8/5488, Yayımlandığı R. Gazetenın Tarihi : 14/1/1983, No: 17928.

[121] Yargıtay, 10. HD, E. 2000/8477, K. 2001/39, K.T. 22.01.2001.

[122] Yargıtay, 10. HD, E. 2006/14527, K. 2007/1883, K.T. 12.02.2007.

[123] Yargıtay, 3. HD, E. 2012/21609, K. 2012/25698, K.T. 13.12.2012.

[124] Yargıtay, 9. HD, E. 2022/12172, K. 2022/14935, K.T. 21.11.2022. "*Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 21. maddesinde yer alan, "Bu tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı kanun hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir." ifadesinin, yukarıda sıralanan yasal gerekler gözetilerek*

Yoksa sayma işleminden söz etmişken bunun hukuki niteliğine ilişkin de bir değerlendirme yapmak gerekir. Çalışma kapsamında kullanılan örnek kararlar Yargıtayın ağırlıklı olarak yasaya aykırı düzenleyici işlemleri yok sayma eğilimini göstermektedir. Bu yok saymanın karşılığı Amerikan modeli de denilen yaygın anayasal denetimine benzetilirse, kanaatimizce hatalı olmaz. Bu tarz denetim yönteminde kanunlar tek bir anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmez, bilakis ihmal edilerek fiilen uygulanmasının önüne geçilir.[125] Yaygın denetimin yol açtığı karakteristik imkanlardan birisi de ülkede tek bir mahkemenin değil, tüm mahkemelerin anayasaya aykırı kanunun uygulanmasını engelleyebilmesidir.[126] Bu noktada ortaya çıkan soru şudur: mahkemelerin kanunu ihmal etme yönünde farklı tutumları olması halinde üst normun yeknesak biçimde uygulanması nasıl temin edilecektir. Bu sorunun yanıtı da şudur: yüksek mahkemeler, temyiz yoluyla kendilerine gelen kararları denetler ve mahkemenin ihmal etme tutumunu hukuka uygun ya da aykırı bulur.[127] İşte bu noktada Yargıtayın işlevi de derece mahkemelerinin kararlarını incelemesi ve ihmal etme işleminin hukuka uygunluğuna ilişkin son sözü söylemesidir.

Yargıtayın bir yasa mahkemesi[128] olarak kabul edilebilmesi için onun yasaların altındaki düzenleyici işlemleri iptal edebilme yetkisini haiz olması gerektiği tartışılmaktadır. Nitekim düzenleyici işlemlerin iptal yetkisinin idari yargıda olduğu da açıktır. Ancak bir normun iptal edilmemesi ya da edilmemiş olması onun her koşulda uygulanması sonucunu da getirmez. Zira 2557 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 7. Maddesi dahi bir düzenleyici işleme dayanılarak gerçekleştirilen ikincil

---

oluşturulmuş bir düzenlemeyi içermediğinden ve normlar hiyerarşisine uygun hukuksal bağlayıcılık kazanmış bir düzenleme niteliğini kazanmadığından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesinde yer almayan bir unsurun da yargılama giderleri kapsamında hüküm altına alınmış olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Kuşkusuz bir kimsenin Katma Değer vergisi mükellefi olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklar adli yargı yerinde çözümlenemez. Ne var ki, bu aykırılığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden karar bozulmamalı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır." Benzer yönde Bkz. Yargıtay, 10. HD, E. 2003/913, K. 2003/1153, K.T. 25.02.2003; Yargıtay, 10. HD, E. 2004/1777, K. 2004/2071, K.T. 18.02.2004.

125 Ceren Yıldız, *Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim* (On İki Levha 2018) 73.

126 Anayurt (n 113) 787. Demet Çelik Ulusoy, *Federal Sistemlerde Yetki Paylaşımı ve Yetki Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü* (On İki Levha 2018) 307.

127 Ulusoy (n 127) 307. Altındağ (n 34) 93. Serdar Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (On İki Levha 2012) 130.

128 Altını çizerek belirtmek gerekir ki özellikle medeni usul hukuku çerçevesinde de Yargıtayın "kanun mahkemesi" olarak tanımlanması yaygındır. Özünde benzer bir amaç ve işleve (zira Yargıtay kanunun ülke genelinde yeknesak bir şekilde uygulanması amacını gütmektedir) işaret etse de bu çalışmada kastedilen bundan farklıdır. Çalışmada "yasa mahkemesi" ifadesi, Yargıtayın normlar hiyerarşisi içerisinde kanunların üstünlüğünü ve işlerliğini koruma işlevine atıfta bulunmak için kullanılmıştır. Diğer kullanımlar için örneğin Bkz. İbrahim Özbay, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar' (2011) LXIX İÜHFM 411, 414. Mikail Bora Kaplan, *Medenî Usûl Hukukunda Bozma Kararının Sonuçları* (Yetkin 2023) 275; Ali Güzel, 'İçtihat Uyuşmazlığı Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali' (2023) 3 Çalışma ve Toplum 1993, 1993.

bir işlemin iptal edilmesine olanak tanımaktadır. Yani kanun idari yargıya, halihazırda düzenleyici işlemlerin ihmal edilebilmesine olanak tanımaktadır.[129] Burada anlattığımız kısım da Yargıtaya biçtiğimiz işlev ve rolü açıklamak için henüz yeterli değildir. Zira burada anlatılan düzenleyici işlemin ihmali yetkisine vardırılamayacak sınırlılıktadır. İdari yargının ihmal yetkisi ikincil işlemlerle sınırlıdır.[130] Hatta öğretide Yasin tarafından öne çıkarılan bir görüşe göre ihmal yetkisinin yalnızca düzenleyici işlemi iptal etme yetkisine sahip mahkemece kullanılması gerekmektedir.[131]

Yukarıda anlatılanlar ışığında Yargıtayın gerçekleştirdiği ihmal işlemlerinin idari yargıdan farklı bir perspektifle değerlendirilmeye değer olduğu açıktır. Zira Yargıtay ihmal yetkisini sadece ikincil işlemler için değil kanunun altındaki tüm normlar için kullanabilmektedir. Buna ek olarak Yargıtay, iptal etme yetkisinin olmadığı normları ihmal etmektedir. Hatta Yargıtayın ya da adli yargı bünyesindeki derece mahkemelerinin kanuna aykırı bulduğu düzenleyici işlemleri ihmal etmesi doktrinde bazı eleştirilere de sebep olmuştur.[132] Buna göre Yargıtay idari yargının görev alanına girmektedir.[133]

Şimdilik çalışmanın Yargıtayın faaliyetlerine odaklandığını yineleyerek bu kerteye bu kadar değinmekle yetinmiş olalım. Zira idari yargıda iptal ya da ihmal yetkisi halihazırda literatürde zengin bir seçkide yer bulmuştur. Fakat yukarıda yer verdiğimiz tartışma ve tespitlerin çalışmaya ilham veren Yargıtayın bir yasa mahkemesi olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu da hatırlatalım ve bu soru üzerine sonuç bölümünde son kez değerlendirme yapalım.

XI. YARGITAYIN ROLÜ ÜZERİNE ARA DEĞERLENDİRME

Yargıtayın işlevini belirlemeden önce kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini kabaca hatırlatmak gerekir. Raz'a göre hakimlerin verdiği kararlar da bir tür hukuk yaratma faaliyetidir. Ancak bu faaliyet diğer yasama aktörlerinden farklıdır.

---

129 Serkan Seyhan, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi* (On İki Levha 2017) 214. Yeliz Neslihan Akın, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdari Başvuru Yolları Ve Başvuru Ehliyeti* (On İki Levha 2019) 133.

130 Hatta bir birel işlemin dava edilmesi halinde sonradan düzenleyici işlemin iptali talep edilememektedir. Esra Aslan, *İdari Yargılama Hukukunda Bir Müessese Olarak Islah* (On İki Levha 2020) 173.

131 Yasin (n 111) 23.

132 ibid 74. Duran (n 111) 23.

133 Duran, bu durumun oluşmasında daha evvel cari olan "yorum davası" yolunun 6 Ocak 1982 tarihli ve 2557 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nda yer almamasına bağlamaktadır. Yorum davası, adli yargı mercilerine, idari düzenlemelere ilişkin sorunları idari yargıya sevk etme ve bunu ön sorun yapma imkânı taşıyan bir yoldur. Duran (n 111) 33. Duran'ın görüşü sınırlı bir dava türü için çözüm sağlayabilir. Ancak bu durumda da ek sorular kendini gösterecektir. Öncelikle adli merciler önündeki bir kanun, bilhassa özel hukuk ilişkileri ile ilgiliyse, adli yargı mercileri tarafından daha iyi yorumlanabilir ve düzenleyici işlemlerle kanun hükmüne aykırı bir işlem tesis edilmesi engellenebilir. Yani özetle adli yargı, bazı konularda idari yargıdan daha uzman olabilir. Bu durumda kanunu düzenleyici işlem karşısında doğrudan uygulama tekeli idari yargı mercileriyle sınırlı kalacaktır.

Mahkemeler saf hukuk yaratma gücü kullanmazlar ve bu kararlar diğer mahkemeler tarafından tekrar edildikçe hukuku dönüştüreceği için diğer yasama faaliyetleri kadar bağlayıcı değildir.[134]

Mahkeme kararlarının da normlar hiyerarşisine dahil olduğu kabul edilmelidir.[135] Gülgeç, yönetmelikleri denetleyen ve gerektiğinde iptal edebilen idari yargının kararlarının yönetmeliklerden üstün olduğunu belirtmiştir.[136] Hakeza Anayasa Mahkemesi kararlarının kanunların üstünde olduğu sonucunu öne sürmektedir.[137] Yazar iptal ve mülga yeterliliğinin üst normun belirlenmesinde kolaylaştırıcı olduğunu öne sürmektedir.[138] Ne var ki Anayasa Mahkemesi kararlarının bu işlev ve konumu kararların Resmî Gazete'de yayınlanması şartıyla da ilgili görülmüştür.[139] Zira normun maddi unsuru bir üst norma bağlılığının maddi, görünebilir ve saptanabilir olması gibi şartlarla ilişkilendirilebilir.[140]

Yukarıdaki düşüncelerden hareketle ortaya çıkan soru şudur: Düzenleyici işlemleri iptal etme yetkisi olmayan ancak ihmal edebilen Yargıtayın kararları idari düzenleyici işlemlerden üstün müdür? Kanaatimizce yok saymak ya da iptal etmek bir normu hukuk dünyasında etkisiz kılmak anlamına gelmektedir. Ancak bu etkisiz kılma eyleminin çeşitli ölçüleri olabilir. Şöyle ki, örneğin Danıştayın iptal kararı bir normu hukuk dünyasında tüm eylem ve işlemler için etkisiz kılabilmektedir. Ancak Yargıtayın ihmal yaklaşımı ise önündeki uyuşmazlıkla sınırlı olarak etkisiz kılabilmektedir. Etkinin sınırlı olması Yargıtay kararlarının düzenleyici işlemlerden üstün olduğu sonucunu değiştirmez. Ancak o normu iptal edebilen Danıştay kararının daha üstün olduğu sonucunu da sağlar. O halde çalışma sonucunda Türk hukukunda aşağıdaki gibi bir (tüketme iddiası olmaksızın) normlar hiyerarşisinden söz etmek mümkündür[141]: *Anayasa / Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler / Anayasa Mahkemesi Kararları / Kanun – Uluslararası Sözleşmeler – Anayasa'nın münhasıran öngördüğü alanlardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri / Diğer Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri / Danıştay (İdari Yargı) İptal kararları /* ***Yargıtay Kararları*** */ Tüzükler / Yönetmelikler / Adsız Düzenleyici İşlemler…*

---

134 Zengin (n 73) 111.

135 Yargı kararlarının da hukuk üretimi olduğu görüşü esasında öğretide, öncesinde, başkaca yazarlar tarafından da öne sürülen bir olgudur. Konuyla ilgili benzer yönde Bkz. Güneş Çap, 'Hukukun Performativitesi' (2021) 16 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1607, 1623.

136 Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi* (n 8) 300.

137 Benzer yönde Bkz. Sezer (n 22) 360.

138 Yahya Berkol Gülgeç, *Lex Superıor İlkesi : Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması* (On İki Levha 2018) 124.

139 ibid 125.

140 Muhammed Emin Yıldız, *Yasada Psikolojik Unsur* (On İki Levha 2021) 29.

141 Esasında konuyu karmaşıklıktan arındıran bir görüşe yer vermek gerekir. Normlar hiyerarşisini tek boyutlu ele almamak gerekir. Sezer'in de dikkat çektiği gibi normlar hiyerarşisi çok boyutlu bir şekilde algılanabilir. Yazarın görüşünden hareketle boyutlardan birisinin de ihmal edebilme kriterine göre ele alınabileceği söylenmelidir. Bkz. Sezer (n 22).

Görüleceği üzere Danıştayın iptal yetkisi Yargıtayı tek başına yasa mahkemesi olarak nitelemeyi zorlaştırmaktadır. Ancak adli yargı kolunun faaliyet alanının genişliği, Yargıtayın herhangi bir iptal talebi ile bağlı olmaksızın kanuna aykırı düzenlemeleri ihmal edebilmesi onu bir "*yasa mahkemesi*" olarak nitelendirmeyi olanaklı kılmaktadır.

SONUÇ

Çalışma kapsamında incelenen Yargıtay kararlarında, Yargıtayın çeşitli adlarla da olsa normlar hiyerarşisi kavramından haberdar olduğu ve hukukun bu evrensel ilkesini üç ana yöntem ile hayata geçirdiği görülmektedir.

Yargıtayın uyguladığı ve görece nadir olan yöntem düzenleyici işlemlerin kanuna uygun olduğu kabulüdür. Yargıtay, bu kategorideki örneklerde, düzenleyici işlemlerin iptal edilmediği sürece kanuna ve hukuka uygun olduğunu bir karine olarak kabul ederek önündeki somut olaya herhangi bir çekince olmaksızın uygulamaktadır.

Yargıtay kararlarında gözlemlediğimiz bir diğer uygulama ise alt normun üst norma uygun bir şekilde yorumlanmasıdır. Yine görece nadir olduğunu söyleyebileceğimiz bu yöntem daha çok kanunlar ve Anayasa arasındaki yorum ilişkisinde uygulanmaktadır.

Yargıtay kararlarında gözlemlenen yaygın uygulama ise üst norma aykırı bulunan düzenleyici işlemin ihmal edilmesi / yok sayılması eğilimidir. Yargıtay bu gibi kararlarda düzenleyici işlemin uygulanma alanı bulamadığını belirterek doğrudan kanunu uygulamaktadır. Hatta nadir de olsa bazı kararlarında alt norma inmeye gerek görmemiş, hukuki sorunun üst norm ile çözülebilmesini yeterli bulmuştur. Bu kararlar normlar hiyerarşisinin, "alt norma inme yasağını" da kapsayacak şekilde anlaşılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Hakeza bu yasak olmaksızın normlar hiyerarşisi teorisinin sadece kural koyucuları bağlayan bir teoriden ibaret yorumlanması tehlikesi doğmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu "alt norma inme yasağının" mümkün olup olmadığı ve nasıl gerçekleştirilebileceği sorularına ışık tutmaktadır. Alt norma inme yasağı kanunilik prensibini de perçinlemektedir. Zira düzenleyici işlemlerin sayısı kanunlardan, doğal olarak, fazladır. Bireylerin bu denli düzenleme yoğunluğu içinde kaybolması karşısında idarenin düzenleyici işlemlerinin yalnızca kanunla işin içinden çıkılamayan durumlarda devreye girmesi belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine de hizmet eder.

Yargıtayın idarenin düzenleyici işlemlerini ihmal edebilmesi ona adeta bir yasa koruyucu işlev atfetmektedir. Ne var ki yasa koruyucu işleminin pekişmesi ve Yargıtayın bir "yasa mahkemesi" olarak nitelendirilmesi için onun düzenleyici işlemleri ihmal edebilmesi yeterli değildir. Zira düzenleyici işlemleri iptal etme yetkisi idari yargının görev alanına girmektedir ve onun bu gücü karşısında Yargıtayın salt kanun mahkemesi olarak nitelendirilmesi uzak bir olasılık görünmektedir. Bununla birlikte Yargıtayın kanunlar lehine düzenleyici işlemleri ihmal etme uygulaması normlar hiyerarşisi bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay bu tarz kararlarında

çoğu kez düzenleyici işlemin kanuna aykırı yönlerini tespit etmektedir. Bu tespit hukuk evreninde iptal ile sonuçlanmasa da düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki sınırlar içerisinde kalması adına önem arz etmektedir. Kanunları uygulama gücünü haiz bir yüksek Mahkemeye düzenleyici işlemleri ihmal etme yasağı da getirilemeyeceğinden bir ara çözüm gerekliliği aşikardır.

Bu nedenle Yargıtaya biçmeye niyetlendiğimiz rolün pekiştirilmesi için özellikle düzenleyici işlemlerin ihmal edildiği kararların Resmî Gazete'de yayınlanmasının önü açılmalıdır. Bu kararlar, kategorik olarak söz konusu düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Ancak ihmal kararları çoğunlukla düzenleyici işlemin kanuna aykırılığına dayandırılmaktadır. İdari yargıda kanuna aykırı olduğu Yargıtayca öne sürülen düzenleyici işlemin iptali için özgün bir yol açılması tartışılmalıdır.

Düzenleme şeklindeki normlar arasındaki hiyerarşi, bizzat terim zikredilmese de Anayasa'da yer almalıdır. Bu bağlamda Anayasa'nın 138. maddesine "yönetmelik ve idarenin diğer düzenleyici işlemleri" ibaresinin eklenmesi akla gelebilir. Ancak kanatimizce bu ibarenin olmaması yargı erkini idarenin düzenleyici işlemleri karşısında korumakta ve erklerin işbirliği ve dengesine hizmet etmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut O, 'Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2014) 9 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-45

Akın YN, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdari Başvuru Yolları Ve Başvuru Ehliyeti* (On İki Levha 2019)

Altındağ H, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi* (On İki Levha 2016)

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (7. Baskı, Seçkin 2024)

Aslan E, *İdari Yargılama Hukukunda Bir Müessese Olarak Islah* (On İki Levha 2020)

Aydoğdu B, *Kazanılmış Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi* (On İki Levha 2020)

Barın T, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi* (On İki Levha 2020)

Bilir F, 'Anayasa Madde 90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri' (2005) 13 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-107

Boyar O, *Anayasa ve Özel Hukuk* (On İki Levha 2019)

Çap G, 'Hukukun Performativitesi' (2021) 16 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1607-1633

Dengiz H, *Hans Kelsen'in Temel Norm Kuramı* (On İki Levha 2021)

Duran L, 'Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değin Son Kararları Üzerine Mülahazalar' (1985) 18 Amme İdaresi Dergisi 27-44

Eren A, 'Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi' (2019) 36 Anayasa Yargısı 1-72

——, *Anayasa Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Seçkin 2021)

Erkan M, 'Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Incelenmesi' (2019) Public and Private International Law Bulletin Public and Private International Law Bulletin 415-446

Gençay FDS, 'Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2014) 63 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 397-417

Göksu HT, '6494 Sayılı Kanun İle Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa'ya Uygunluğu' (2014) 2 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 161-181

Gözler K, 'Yorum İlkeleri', *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması (Kamu Hukukçuları Platformu)* (TBB 2012) 15-119

——, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (27. Baskı, Ekin 2023)

Gülener S, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (On İki Levha 2012)

Gülgeç YB, *Lex Superıor İlkesi : Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması* (On İki Levha 2018)

——, *Normativite ve Pozitivizm* (On İki Levha 2020)

——, *Normlar Hiyerarşisi* (3. Baskı, On İki levha 2022)

Güneş M, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeli Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri' (2020) 11 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166-179

Güveyi N, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması* (On İki Levha 2015)

Güzel A, 'İçtihat Uyuşmazlığı Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali' (2023) 3 Çalışma ve Toplum 1993-2042

Güzel A and Ugan Çatalkaya D, 'Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executıng) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine' (2024) 2 Çalışma ve Toplum 423-458

Kaplan MB, *Medenî Usûl Hukukunda Bozma Kararının Sonuçları* (Yetkin 2023)

Kaya E and Dağli A, 'Uygulama Boyutuyla Normlar Hiyerarşisi' (2023) 5 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 578-604

Kelsen H, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Ertuğrul Uzun tr, Nora 2016)

——, *Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problema* (Franz Steiner Verlag 2020)

Koç U, 'ABD ve Türkiye'de Başkanlık Sisteminde Devlet Başkanının Düzenleme Yetkisi' (2021) 156 TBB Dergisi 1-32

Okay Tekinsoy Ö, 'Avrupa Kamu Düzeni Kavramı' (2011) 1 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 66-79

Özbay İ, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar' (2011) LXIX İÜHFM 411-438

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Baskı, Yetkin 2013)

Özcanlı FB, *Şirketler Hukukunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması* (On İki Levha 2021)

Özkan I, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk* (On İki Levha 2021)

Şanli Atay Y, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2019) 10 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579-593

Seyhan S, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi* (On İki Levha 2017)

Sezer A, 'Normlar Hiyerarşisi Ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]' (2019) 36 Anayasa Yargısı 353-412

Şirin T, 'İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu' (2021) 9 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergis 1-64

——, 'Anayasanın Anlamı Nedir? Semantik Bir Yanıt' (2022) 28 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 694-712

Şirin, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (2. Baskı, On İki Levha 2019)

Soykan İC, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (On İki Levha 2019)

Tanör B and Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Beta 2023)

Tatar DB, *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme* (On İki Levha 2020)

Tuluay M, 'Usule İlişkin Kazanılmış Hak' (1984) 2 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-67

Tüzüner Ö, 'Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması Hakkında Güncel Hukuki Gelişmeler ve Öneriler' (2019) 10 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 614-632

Ulusoy DÇ, *Federal Sistemlerde Yetki Paylaşımı ve Yetki Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü* (On İki Levha 2018)

Vuraloğlu TS, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (On İki Levha 2018)

Yangın DD, *İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler - Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (On İki Levha 2021)

Yasin M, 'İdari Yargılama Usülünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi' (2013) 16 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 9-27

Yıldız C, *Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim* (On İki Levha 2018)

Yıldız ME, *Yasada Psikolojik Unsur* (On İki Levha 2021)

Zengin İÇ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar* (On İki Levha 2020)

Kararlar

Anayasa Mahkemesi, E: 1981/13, K. 183/8, K.T. 9.4.1984.

Yargıtay, 4. HD, E. 1984/4071, K. 1984/4547, K.T. 08.05.1984.

Yargıtay, 11. HD, E. 1995/1993, K. 1995/3369, K.T. 14.04.1995.

Yargıtay, 2. HD, E. 1997/6795, K. 1997/8177, K.T. 11.07.1997.

Yargıtay, 10. HD, E. 1999/3577, K. 1999/6133, K.T. 28.09.1999.

Yargıtay, 10. HD, E. 2000/8477, K. 2001/39, K.T. 22.01.2001.

Yargıtay, 1. CD, E. 2001/3266, K. 2001/3811, K.T. 23.10.2001.

Yargıtay 10. HD, E. 2002/5337 K. 2002/6403 T. 17.09.2002.

Yargıtay, 10. HD, E. 2003/913, K. 2003/1153, K.T. 25.02.2003.

Yargıtay, 10. HD, E. 2003/2908, K. 2003/3890, K.T. 29.04.2003.

Yargıtay, 16. HD, E. 2003/7697, K. 2003/9213, K.T. 15.10.2003.

Yargıtay, 1. HD, E. 2004/507, K. 2004/1186, K.T. 18.02.2004.

Yargıtay, 10. HD, E. 2004/1777, K. 2004/2071, K.T. 18.02.2004.

Yargıtay, 16. HD, E. 2003/13179, K. 2004/3320, K.T. 02.03.2004.

Yargıtay, 16. HD, E. 2003/11684, K. 2004/4764, K.T. 25.03.2004.

Yargıtay, 1. HD, E. 2004/4212, K. 2004/4798, K.T. 22.04.2004.

Yargıtay, 16. HD, E. 2004/7754, K. 2004/11131, K.T. 13.10.2004.

Yargıtay, 16. HD, E. 2004/6772, K. 2004/11523, K.T. 26.10.2004.

Yargıtay, 1. HD, E. 2004/12606, K. 2004/12837, K.T. 10.11.2004.

Yargıtay, 3. HD, E. 2005/2265, K. 2005/3987, K.T. 12.04.2005.

Yargıtay, 3. HD, E. 2005/2757, K. 2005/3985, K.T. 12.04.2005.

Yargıtay, 4. HD, E. 2004/10686, K. 2005/8525, K.T. 19.07.2005.

Yargıtay, 3. HD, E. 2005/8056, K. 2005/10190, K.T. 17.10.2005.

Yargıtay, 3. HD, E. 2005/7959, K. 2005/10187, K.T. 17.10.2005.

Yargıtay, 3. CD, E. 2006/319, K. 2006/7051, K.T. 02.10.2006.

Yargıtay, HGK, E. 2006/10-586, K. 2006/649, K.T. 11.10.2006

Yargıtay, 10. HD, E. 2006/14527, K. 2007/1883, K.T. 12.02.2007.

Yargıtay, 17. HD, E. 2009/4432, K. 2010/2734, K.T. 25.03.2010

Yargıtay, 11. HD, E. 2009/11171, K. 2011/4102, K.T. 08.04.2011.

Yargıtay, 9. HD, E. 2011/49782, K. 2012/4945, K.T. 21.02.2012.

Yargıtay 10. HD, E.2011/2500, K.2012/9052, 17.5.2012.

Yargıtay, 3. HD, E. 2012/21609, K. 2012/25698, K.T. 13.12.2012.

Yargıtay, 19. HD, E. 2012/15290, K. 2013/8446, K.T. 09.05.2013.

Yargıtay, 10. HD, E. 2013/14351, K. 2013/19059, K.T. 11.10.2013.

Yargıtay, 19. HD, E. 2013/11341, K. 2013/16570, K.T. 24.10.2013.

Yargıtay, 10. HD, E. 2013/18071, K. 2014/1157, K.T. 23.01.2014.

Yargıtay, 10. HD, E. 2013/15933, K. 2014/7711, K.T. 03.04.2014.

Yargıtay, 3. HD, E. 2014/2058, K. 2014/8743, K.T. 03.06.2014.

Yargıtay 9. HD, E. 2013/10617 K. 2014/25520 T. 08.09.2014.

Yargıtay, 10. HD, E. 2014/25823, K. 2014/22410, K.T. 26.12.2014.

Yargıtay 7. HD, E. 2015/7937 K. 2015/3051 T. 02.03.2015.

Yargıtay 7. HD, E. 2015/12414 K. 2015/5860 T. 30.03.2015.

Yargıtay 9. HD, E. 2015/8107 K. 2015/18889 T. 25.05.2015.

Yargıtay 9. HD, E. 2015/7658 K. 2015/18880 T. 25.05.2015.

Yargıtay 9. HD, E. 2015/7664 K. 2015/18886 T. 25.05.2015.

Yargıtay, 10. HD, E. 2015/2538, K. 2015/10727, K.T. 02.06.2015.

Yargıtay, 7. HD, E. 2015/23664, K. 2015/13244, K.T. 29.06.2015.

Yargıtay, 10. HD, E. 2015/3742, K. 2015/15173, K.T. 15.09.2015.

Yargıtay, 17. HD, E. 2015/6775, K. 2015/9800, K.T. 29.09.2015.

Yargıtay, 17. HD, E. 2013/21162, K. 2015/10683, K.T. 15.10.2015.

Yargıtay, 9. HD, E. 2014/20234, K. 2015/33418, K.T. 24.11.2015.

Yargıtay 7. HD, E. 2015/41071 K. 2015/25182 T. 14.12.2015.

Yargıtay 7. HD, E. 2015/41070 K. 2015/25181 T. 14.12.2015.

Yargıtay, 23. HD, E. 2015/3772, K. 2016/194, K.T. 18.01.2016.

Yargıtay, 7. HD, E. 2015/20959, K. 2016/236, K.T. 19.01.2016.

Yargıtay, 7. HD, E. 2015/20960, K. 2016/237, K.T. 19.01.2016.

Yargıtay 7. HD, E. 2015/20961 K. 2016/238 T. 19.01.2016.

Yargıtay 7. HD, E. 2016/3166 K. 2016/3348 T. 16.02.2016.

Yargıtay, 3. HD, E. 2015/5376, K. 2016/3455, K.T. 09.03.2016.

Yargıtay, 17. HD, E. 2016/2249, K. 2016/3457, K.T. 17.03.2016.

Yargıtay, 17. HD, E. 2014/21458, K. 2016/3452, K.T. 17.03.2016.

Yargıtay, 17. HD, E. 2016/2245, K. 2016/3443, K.T. 17.03.2016.

Yargıtay, 11. HD, E. 2016/5687, K. 2016/5894, K.T. 30.05.2016

Yargıtay, 16. CD, E. 2015/5829, K. 2016/4175, K.T. 21.06.2016.

Yargıtay, 20. CD, E. 2016/2604, K. 2016/5471, K.T. 09.11.2016.

Yargıtay, 20. HD, E. 2017/5427, K. 2018/1373, K.T. 26.02.2018.

Yargıtay, 20. HD, E. 2017/5583, K. 2018/4072, K.T. 29.05.2018.

Yargıtay, 19. CD, E. 2018/4583, K. 2018/11546, K.T. 08.11.2018.

Yargıtay, 10. HD, E. 2016/7886, K. 2018/10926, K.T. 20.12.2018.

Yargıtay, 23. HD, E. 2016/5663, K. 2019/939, K.T. 11.03.2019.

Yargıtay, 17. HD, E. 2016/5074, K. 2019/5820, K.T. 09.05.2019.

Yargıtay, 10. HD, E. 2016/11820, K. 2019/5491, K.T. 26.06.2019.

Yargıtay, 17. HD, E. 2019/4941, K. 2020/7154, K.T. 17.11.2020.

Yargıtay, 9. HD, E. 2016/32079, K. 2020/16628, K.T. 24.11.2020.

Yargıtay, 17. HD, E. 2019/2609, K. 2020/7891, K.T. 01.12.2020.

Yargıtay, 11 HD, E. 2020/449, K. 2020/5811, K.T. 10.12.2020.

Yargıtay, 9. HD, E. 2021/999, K. 2021/4943, K.T. 25.02.2021.

Yargıtay, HGK, E. 2017/3165, K. 2021/211, K.T. 04.03.2021.

Yargıtay, HGK, E. 2017/1230, K. 2021/210, K.T. 04.03.2021.

Yargıtay, 4. HD, E. 2020/3822, K. 2021/1035, K.T. 08.03.2021.

Yargıtay, 9. HD, E. 2021/2913, K. 2021/6633, K.T. 23.03.2021.

Yargıtay 9. HD, E. 2021/2914 K. 2021/6635 T. 23.03.2021.

Yargıtay, 4. HD, E. 2021/883, K. 2021/1612, K.T. 25.05.2021.

Yargıtay, 4. HD, E. 2021/2511, K. 2021/2452, K.T. 07.06.2021.

Yargıtay, 10. HD, E. 2021/5629, K. 2021/8326, K.T. 15.06.2021.

Yargıtay, 4. HD, E. 2021/3371 K. 2021/3313 T. 21.06.2021.

Yargıtay, 16. CD, E. 2021/1223, K. 2021/4667, K.T. 30.06.2021.

Yargıtay, 4. HD, E. 2021/3766, K. 2021/4963, K.T. 20.09.2021.

Yargıtay, 11. HD, E. 2020/306, K. 2021/6945, K.T. 08.12.2021

Yargıtay, 11. HD, E. 2021/3736, K. 2022/704, K.T. 27.01.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/8288 K. 2022/1147 T. 31.01.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/8582 K. 2022/1473 T. 02.02.2022.

Yargıtay, 9. CD, E. 2021/12600, K. 2022/2095, K.T. 09.03.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/12001 K. 2022/4532 T. 10.03.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/26005 K. 2022/5356 T. 21.03.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/22793 K. 2022/5790 T. 24.03.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/11627 K. 2022/6346 T. 30.03.2022.

Yargıtay, 10. HD, E. 2022/2240, K. 2022/4759, K.T. 31.03.2022.

Yargıtay, 10. HD, E. 2021/12352, K. 2022/4766, K.T. 31.03.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2021/13975 K. 2022/7544 T. 20.04.2022.

Yargıtay, 9. CD, E. 2021/3843, K. 2022/5798, K.T. 08.06.2022.

Yargıtay, 4. HD, E. 2021/23327, K. 2022/10884, K.T. 27.09.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2022/4226 K. 2022/12736 T. 20.10.2022.

Yargıtay 4. HD, E. 2022/11446 K. 2022/14617 T. 14.11.2022.

Yargıtay, 9. HD, E. 2022/12172, K. 2022/14935, K.T. 21.11.2022.

Yargıtay, 3. CD, E. 2021/4197, K. 2023/2716, K.T. 09.05.2023.

Yargıtay, 3. CD, E. 2021/4383, K. 2023/2717, K.T. 09.05.2023.

Yargıtay, 1. HD, E. 2022/5387, K. 2023/2803, K.T. 23.05.2023.

İHAM, Tüm Emekliler Sendikası/ Türkiye, B. No:31846/08, K.T. 17.05.2018

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683771

HEGEL'İN HUKUK FELSEFESİNDE ÖZGÜRLÜK VE KODİFİKASYON

Freedom and Codification in Hegel's Philisophy of Law

Rıdvan DEĞİRMENCİ*

Özet

Hegel, Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*) adlı eseriyle özgürlük ve hukuk arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Bireyin sivil toplumda özgürce eyleyebilmesi için devleti zorunlu bir müessese olarak tanımlayan Hegel, devletin doğası hususunda doğal hukukçu kuramcılardan ayrılır. Hegel'e göre devlet, yalnızca doğal haklarımızı sınırlandıran bir görev ifasıyla açıklanamaz, devlet özgürce eylemeyi mümkün kılar. Bu itibarla edilgen ve ikincil konumda olmayıp, aile, sivil toplum ve devlet olmak üzere üç kısımda incelediği etik alanın (Die Sittlichkeit/etik yaşam) parçası olmakla, mübadele ve ihtiyaç giderilme alanı olan sivil toplumu özgürlük perspektifinden düzenler. Bu amaçla Hegel, düzenlemenin temel aracı olarak kanun ve kanunlaştırmanın işlevi hususunda incelemelerde bulunur. Hegel Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri adlı eserini yazmadan birkaç yıl evvel Thibaut ve Savigny arasında kanunlaştırmaya dair tartışmanın temel argümanları oluşmuştu. Hegel, özgürlük ve devlet otoritesi geriliminde kanunların kaynağı ile işlevine ve kodifikasyon sürecine her ikisinden farklı yaklaşmaktadır. Hegel'e göre kodifikasyon modern toplumu barbar toplumdan ayırır. Bir kanunun kötü ve eksik düzenlenmesi onun hiç düzenlenmemesine kesinlikle tercih edilmelidir. Öte yandan bu düzenleme yapılırken bir toplumun kanun yapabilme becerisi elinden alınmamalı, onun bu beceriyi ağır aksak da olsa kullanabilme imkânı oluşturulmalıdır. Böylelikle toplum içinde yaşayan bireyler kanunları anlayarak, eleştirerek, haklarını arayarak uygulanmasını sağlayacak ve özgürlüklerini koruyabilecektir. Bu anlamda Hegel'in yaklaşımının Thibaut ve Savigny'den farklı olduğu ifade edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Hegel, kanunlaştırma, kanun, özgürlük, devlet.

Abstract

Hegel analysed the relationship between freedom and law in his work Philosophy of Right (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*). Hegel, who defines the state as a necessary institution for the individual to act freely in civil society, does not agree with the natural law theorists on the nature of the state. According to Hegel, the state cannot be explained solely in terms of the fulfilment of a duty that limits our natural rights; the state makes it possible to act freely. In this respect, it is not in a passive and subordinate position, but being a part of the ethical field (Sittlickheit / Ethical life), which it analyses in three parts as family, civil society and state, it regulates civil society, which is the field of exchange and need satisfaction, from the perspective of freedom.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.10.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, AHBV Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi A.B.D, Ankara-Türkiye, ridvan.degirmenci@hbv.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-8408-1033

For this purpose, Hegel analyses the law as the basic instrument of regulation and the function of codification. A few years before Hegel wrote his 'Philosophy of Right', the basic arguments of the debate between Thibaut and Savigny on legalisation had been formed. In the tension between freedom and state authority, Hegel approaches the source and function of laws and the process of codification differently from both. According to Hegel, codification distinguishes modern society from barbarian society. Poor and incomplete regulation of a law is definitely preferable to no regulation at all. On the other hand, while making this arrangement, the ability of a society to make laws should not be taken away from it, but the opportunity should be created for it to use this ability, albeit slowly. In this way, individuals living in society will be able to understand the laws, criticise them, seek their rights, ensure their implementation and protect their freedoms. In this sense, it can be stated that Hegel's approach is different from Thibaut and Savigny.

Key words: Hegel, codification, the law, freedom, state.

GİRİŞ

Hegel'in kanun ve kanunlaştırmaya dair düşüncelerine bakıldığında onun devlet ve özgürlük kavrayışının totaliter bir yönetimi gerekçelendirmediği, modern bireyin ihtiyaçlarına çözüm aradığı görülebilir. Nitekim Hegel, kanun ve kanunlaştırmayı özgürlüğün bir şartı olarak görmekle birlikte bunları barbar toplumdan medeni topluma geçişin bir aşaması olarak tasavvur eder. Bu yönüyle, keyfilik ve basitlik içeren arkaik toplum hukukundan çıkarak, kanunların belirli olduğu ve hukuki güvenliğin sağlandığı modern toplumun devlet pratiğiyle uyumlu şekilde kurulmasını arzular. Buradan hareketle, Hegel'in totaliter devletten ziyade bireyin özgürlüğüne dair kavrayışının daha ön planda olduğu görülebilecektir.

Bu çalışmada Hegel'in kanunlaştırma üzerine görüşleri 19'uncu yüzyıl başında Almanya'da yaşanan kodifikasyon tartışmaları bağlamında incelenecektir. Hegel devlet, özgürlük ve özgür irade üzerine düşüncelerini Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*) adlı eserinde dile getirmiştir. Bu eser, daha önce tabii hukukçu paradigma çerçevesinde ele alınan hukuk, özgürlük ve devlet arasındaki ilişkiyi farklı bir bağlamda sunmasıyla felsefe literatüründe önemli bir yerde durmaktadır. Hegel'in özgürlük ve devlet arasındaki ilişkiyi bir karşıtlıktan ziyade uyum içerisinde ele alması, devletin özgürlükleri sınırlayan değil aynı zamanda onu mümkün kılan bir müessese olarak açıklaması ulus devlet pratiğinde devletin rolünü genişletmiştir. İlk başlıkta bu ilişkinin Hegel tarafından nasıl izah edildiği açıklanacaktır.

Kanunlaştırmaya dair Thibaut'nun çağırısı ve Savigny'nin cevabı, esasında 19'uncu yüzyıl tartışmalarının iki kutbunu oluşturur. Bu tartışma, bir kanunlaştırma pratiğinin gerekliliği ve yöntemi hususunda Thibaut'nun tezleri ile Savigny'nin bu pratik karşısında hukuk ilminin kurucu rolünün sürdürülmesi ve kanunlaştırma pratiğine karşı argümanları ile şekillenmiştir. Thibaut, Alman devletlerinde uygulanmak üzere medeni kanun hazırlanması gerektiği fikrindedir. Kodifiye edilmiş medeni kanun, uygulamadaki farklılıkları giderecek ve Alman toplumunda birliği sağlayacaktır. Savigny ise hukukun hukukçular tarafından halkın ruhunda tespit edildiğini düşünür, ona göre dil ve hukuk kültürü gerekli olgunluğa ulaştığında

ancak kodifikasyon faaliyeti yapılabilecektir. İkinci başlıkta Thibaut ve Savigny'nin kanunlaştırma pratiğine dair yaklaşımlarına genel hatlarıyla değinilecektir.

Üçüncü başlıkta ise Hegel'in kanuna ve kanunlaştırmaya dair yaklaşımı izah edilerek bu tartışmaya dair görüşleri incelenecektir. Hegel, Thibaut ile yakın bir dostluk kurması ve Savigny ile arasında yıllar süren çatışma olmasına rağmen, ikili arasındaki tartışmaya katıldığı görüşleriyle özgürlük ve devlet arasındaki ilişkiye dair kurduğu felsefi düzlemden yaklaşmaktadır. Hegel, kanunu devletin özgürlüğü mümkün kılma yükümlülüğünün bir parçası olarak görmekte ve bu çerçevede Savigny'nin kanunlaştırmaya karşı argümanlarına katılmamaktadır. Diğer taraftan kanunun tarihsel ve yerel ögeler içermesi gerektiği fikriyle Savigny'nin hukuk anlayışına bir açıdan yaklaşmaktadır. Ayrıca kanunlaştırmayı özgürlüğün bir gereği olarak görmekte, kanunlaştırma ile hukukun belirliliği ve genelliğinin sağlanabileceğini ifade etmektedir.

I. HEGEL DÜŞÜNCESİNDE DEVLET VE ÖZGÜRLÜK

Hegel'den önce doğal hak ve doğa durumu varsayımı yeni hukuk ve devlet paradigmasının özünü teşkil ediyordu. Özellikle devrimler sonrası ortaya çıkan belgelerde, doğal hukuk ve doğal haklara yönelik vurgu, bu kavrayışın derin etkilerini göstermesi bakımından önemlidir. Diğer taraftan J.J. Rousseau'nun doğal hak varsayımından hareketle inşa ettiği teorisinde, iktidarın meşruiyetini de genel irade ile açıklamış[1], genel iradeyi ise özgür bireylerin iradelerinin ortaklaşmasının sonucu olarak tanımlamıştır. Rousseau'nun genel irade tezi esasında özgürlüğün temeli olarak varsayılmıştır. Rousseau'ya göre kurala uyan kişi doğanın ve kültürün kendisine koyduğu sınırlara değil, kendi aklı ve belirlediği kurala uyarak özgürleşir. Hegel ise nesnel tinin ortaya çıkmasıyla kişinin özgürleşebileceğini varsayar. Bu görünüm ancak nesnel tinin kurumları ve kuralları ile işler hâle gelmesi, sivil toplumu düzenlemesi ve orada bireyin özgürce eyleyebilmesine imkân tanımasıyla mümkün hâle gelir. Genel irade isteğe bağlı olarak ifade edilmişse de nesnel tin tek tek bireylerin iradesi ile değil, tarihin getirdiği birikimin neticesinde ortaya çıkacaktır[2].

Hegel, Tarihte Akıl adlı eserinden itibaren doğa durumu varsayımını eleştirmiştir. Hegel'e göre doğal hukuçuların doğa durumu varsayımı insanın doğada özgür doğduğu, bu başıboşluğun ortaya çıkardığı sorunların çözümü için devletin gerekliliği anlayışına dayanır. Buradan hareketle, insanın devlet kurumundan evvel özgürlüğünü sınırsızca yaşadığı bir evren tasavvur edilerek onun doğal hakları olduğu düşüncesine varılmaktadır. Oysa bu çıkarım Hegel'e göre hatalıdır. Zira bir kere insanın bu şekilde bir yaşayışa sahip olduğu ampirik olarak kanıtlanamaz, insanın

---

1 "Daha önce ortaya koyduğumuz ilkelerin ilk ve en önemli sonucu şudur: Yalnız genel istem (irade) devletin güçlerini devletin kuruluş amacına, yani herkesin iyiliğine uygun olarak yönetebilir." J.J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi,* (Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2013) 23.

2 Arthur Ripstein 'Universal and General Wills: Hegel and Rousseau' (1994), 22 (3) (1994) Political Theory, 444 456-457.

yabanıl yaşamının izlerine başka coğrafyalarda rastlansa da bu örneklerde özgürlükten ziyade kaba istek ve şiddet eylemleri ile bezeli bir yaşamdan söz edilebilir[3]. Hegel'e göre özgürlük keyfilikten farklı bir anlam taşımalıdır[4].

Kant, Hegel ile aynı noktadan hareketle, doğa durumu ve sosyal sözleşme varsayımının ampirik olarak kanıtlanamayacağını kabul etmiş, bununla birlikte iktidar karşısında özgürlük kavramının tesisi için pratik bir araç olduğunu ifade etmişti[5]. Oysa Hegel, özgürlük kavramının yeniden düşünülmesi ile bu pratik gerekliliği ortadan kaldırmıştır. Hegel'e göre özgürlük, doğal olarak verili kabul edilen bir kavram değildir, özgürlük inşa edilir. Bu inşa etmenin ve özgürlüğün kazanılmasının esas temeli bilme ve istemenin eğitilerek sonsuz bir dolayımın (*mediation*) kurulması mümkün olur[6]. Özgürlük, eylemlerimizin sebebini belirlemekle ve bu sebepler üzerinde kontrol sahibi olmakla mümkün hâle gelir. Keyfiliğin önüne geçilmesi için tutkuların değil, aklın seçimlere rehberlik etmesi gerekir[7]. Özgürlük kuramcılarının doğa durumunu varsaydıklarının aksine, burada Hobbes'a yaklaşır. Hegel'e göre doğal durum haksızlık, şiddet, dizginlenmemiş doğal içgüdü, insanlık dışı eylemler ve duygulanımlar durumudur. Hobbes'un doğa durumunda insanı özgür kabul ederken aynı zamanda insanlar arasında çatışmayı zorunlu kılan görüşünden bazı noktalarda ayrılır. Hobbes'un devlet kuramında iktidar mutlak itaat edilmesi gereken bir yapı iken Hegel için devlet nesnel tinin görünümü ve genelin yararını düşünen bir noktadadır. Bu bağlamda Hobbes özgürlükten vazgeçildiğini ifade ederken, Hegel için devlet, özgürlüğü sağlayan nihai yapıdır. Burada Hobbes'tan özgürlük kavramı ve devlet ilişkisi bağlamında ayrılmaktadır. Hobbes, hâla feodal kurumların kalıntılarıyla kuşatılmış bir toplumda güçlü bir devletten yanadır. Buna karşılık Hegel, özel mülkiyeti demokratik yeniden dağıtımdan korumak için güçlü bir monarşik devleti benimser[8].

Aslında Hegel'in özgürlük kavramı, insanın doğal içgüdülerinin onu zorlamasından kurtularak aklı ve istencini uyumlaştırdığı bir süreci imler. İnsanın tutku ve isteklerinin peşinden gitmesinin özgürlük, bunu sınırlamanın özgürlüğün sınırlandırılması olarak kabul edilmesini eleştiren Hegel, insanın tutku ve istenç tarafı sınırlandırıldığında özgürlüğün ortaya çıkabileceğini belirtir[9].

---

3 Hegel, *Tarihte Akıl,* (Önay Sözer, Kabalcı Yayınları, 2014) 123.

4 Hegel'e göre özgürlük keyfilik değildir. Thom Brooks, 'Hegel's Contextual Theory of Freedom How 'The Free Will Wills the Free Will'', in Paolo Diego Bubbio, Andrew Buchwalter (Eds) *Justice and Freedom In Hegel*, (Routledge, 2024) 32.

5 Patrick Riley, 'On Kant As The Most Adequate of The Social Contract Theorists', (1973) 1 (4) Political Theory, 450, 451.

6 Hegel (n 3), s. 124.

7 Brooks (n 4) 33.

8 Renato Cristi, *Hegel on Freedom and Authority* (University of Wales Press, 2005) 20.

9 Hegel (n 3) 124.

Bir imkân olarak özgürlüğün fiile dönüşerek gerçekleşmesi için Aristoteles'i hatırlayarak özgür iradenin gerçekleşmesi için gereken politik ve hukuki alanı temellendirmeye koyulur. Ancak bir uyarıyla yapar bunu, felsefe sadece Yunan dünyasının bu zamana uyarlanması ile mümkün olmaz zira akli olanın gerçek olmasını sağlamak için bir uyarlamadan fazlasına ihtiyaç duyulur.

İlk olarak Antik Yunan ile modern zamanlar arasında felsefeye yaklaşım farklılığı söz konusudur. Antik Yunan'da felsefe, devletin himayesinde bir kamu hizmeti olarak görülür ve Yunanlılar bunu bir sanatın icrası gibi bir şevkle yaparlardı. Oysa Hegel için felsefe, hukuk ve siyasete yöneldiğinde özgürlük alanını mümkün kılacak açıklamaları bize sunmakla işlevini yerine getirecektir[10]. Bunun yanında Hegel'in dikkat çektiği ikinci husus, Antik Yunan'da bir sivil toplumun yokluğu meselesidir. Hegel'e göre her bir faaliyetin kamusal alanda yürütülmesi ve sivil topluma alan tanınmaması bireyin özgürlüğünü sağlayacak anlayışın tezahürünü mümkün kılmamıştır. Bu sebeple Antik Yunan'da etik, polisin yasalarının ve geleneklerin bireyin davranışlarında içselleştirilmesi olarak biliniyordu[11].

Modern devlet ise özgürlüğün örgütlenmesinden ibarettir ve bir yandan bireyin iradesini özgür kılarak onun eyleme ve isteme eylemlerini özgürleştirirken, diğer yandan bireyi bir toplumla bütünleştirmeyi mümkün kılar. Bunun için modern felsefe, Antik Yunan'dan farklı olarak hukuku, siyaseti, kamusal olanı işlevi sebebiyle değil, özgürlük prensibinin hayata tatbiki olarak kavrar.

Antik Yunan'da Aristoteles'in devleti insanın adalete olan meylinin bir sonucu olarak ifade etmesini hatırlamak gerekir. Aristo'ya göre aile ve ailelerden oluşan köy hayatı insanın zaruri ihtiyaçlarını gidermesi için oluşan doğal kurumlardır. Oysa, insanın sadece zaruri ihtiyaçlarını giderdiği tabii kurumlar, onun tekamülü için yeterli değildir. İnsan aynı zamanda doğal olarak adaleti arzular. İnsanların bir toplum içinde yaşamaları, karınca ve arıların bir arada yaşamalarından bu açıdan farklıdır. Dolayısıyla, insanların adalet ihtiyacını gideren bir yapı olarak devlet ne tam olarak doğaldır ne de sonradan insan eliyle tasarlanmıştır. O, mutluluğun gerçekleşmesi için gerekli olan ve belirli bir anayasal düzen çerçevesinde örgütlenmesi gereken bir yapıdır[12].

Hegel'e göre ise devlet, ne tek tek bireylerin iradesinin ürünüdür ne de özel kişilerin kamusal iyiyi gözetmesine aracılık eden bir yapıdır. Hegel için politik yapı, doğal veya biyolojik mülahazalarla açıklanamaz, o tinin iradesinin bir nesnesi, yansımasıdır. Devlet, tinin iradesinin bir yansıması ise hukuku da tinin iradesinin yansıması olarak kabul etmek gerekir. İnsanın arzuları ve ihtiyaçları, tabii hukukçuların ifade ettiği üzere dürtü ve duyguların değil aklın ürünüdür. Bu sebeple, kar-

---

10 Alfredo Ferrarin, *Hegel and Aristotle* (Cambridge University Press, 2004) 349.

11 JeanFrançois Kervégan, 'A Legal Concept of Justice', in Paolo Diego Bubbio, Andrew Buchwalter (Eds) *Justice and Freedom In Hegel*, (Routledge, 2024) 98-99.

12 Aristotle, *Politics*, (Benjamin Jowett, Batoche Books 1999). 5-6.

şıtlık, doğal ve yapay bedenler arasında değil, dışsal bir olumsal doğa ve ikinci bir doğa arasındadır. İkinci doğanın özünü ise ruhun özgürlüğü ve kendi kaderini tayin etme durumu oluşturur[13]. Bu durumda, Hobbes'un doğa durumu tasviri ve ölüm korkusu veya Spinoza'nın kendini koruma olarak ifade ettiği prensipler devletin ve hukukun kaynağı olamaz. Devlet ve hukuk, doğuştan gelen ve orijinal durumda elde olan hakların sınırlandırılması olarak da açıklanamaz[14].

Hegel'e göre devlet ve hukuk, istencin oluşumudur, o aklı ve istenci, devlet ve hukukun zorunlu kaynağı olarak kabul eder. Aristo ve Hegel'in mülkiyete bakışı bu durumu bize daha yakından tanıtacaktır. Mülkiyet Aristo'ya göre araçsaldır, bu itibarla özgürlük ve devletin temellendirilmesinde ikincil plandadır. Oysa Hegel'e göre mülkiyet, bilen öznenin iradesini sahip olduklarına yansıtması ve diğerlerinden bunu kabul etmelerini talep ederek ona sonsuz bir değer kazandırmasıdır. Bu durum, benin içselliğinin dışsal yansımasıdır ve benin izini taşıdığından tanınmalı ve saygı duyulmalıdır[15].

Antik Yunan düşüncesinde özgürlük kavramına yer verilmemesi Hegel'e göre, Roma Hukuku'nda da kendisini göstermektedir. Hegel'e göre Roma Hukuku, kişilerin ve şeylerin hukuku arasında ayrım yaparak yanlıştadır. Hukukun tekamülünü sıralar biçimde özgür iradenin aşamalarını sıralar ve soyut hak, ahlak alanı, etik yaşam olmak üzere üçe ayırır. Etik yaşam alanını ise aile, sivil toplum ve devlet olmak üzere üç başlıkta incelemiştir. Hegel için objektif ahlaklılığın içerisinde sivil toplumu ele almak, Antik Yunan'ın polisinden farklılaşmayı sağlar. Antik Yunan düşüncesinde bireyin özgürce eyleyebileceği alan kabul görmez. Oysa Hegel'e göre sivil toplum bireyin özgür istencinin sonsuz dolayımla var olabileceği yegane alandır. Modern devleti Antik Yunan polisinden ayıran en mühim husus budur. Polis, dinsel siyasal ve kültürel birlik içerisinde bireyin polise olan vazifesi cihetinden kurumsallaşırken, modern devlet kişinin özgürlük alanının inşası için sivil toplumu düzenlemek adına kurumsallaşmalıdır.

Platon'un Politeia (*Devlet*) adlı eserinde ortaya koyduğu anlayışı bireyin özgürlüğünü yadsıması sebebiyle eleştirir. Hegel'e göre Platon, bireyin özgürlüğünü ve meslek seçimini tanımaz[16]. Bireyin özgürlüğünün tanınmadığı ve Platon'un eserinde ifade ettiği üzere bir kast sistemi içerisinde yaşamını sürdürmesine yönelik anlayış antik dünya ile modern dünya arasındaki temel farkı gösterir[17].

Hegel'e göre, toplumsal uzlaşım, tözsel tümellik aşamasında yani devlet aşamasında gerçekleşir. Devlet aşamasından evvelki tüm uzlaşımlar gerçek evrenselliği sağlamadan uzaktır. Devlet, gereksinimler ve doyumların giderim alanı olan sivil

13 Hegel, *Hegel's Right Philosophy,* (S. W. DYDE, M.A., D.Sc., George Bell and Sons 1896) 11.

14 Hegel (n 3) 123 v.d.

15 Alfredo Ferrarin (n 10) 360.

16 Hegel (n 13) 188.

17 Hegel (n 13) 203.

toplumu düşünür ve onu, bilinçsizce mekanik biçimde işleyen ekonomik toplumun üzerine yerleştirir[18]. Ayrıca politik ve hukuki istikrarı sağlayarak özgür bireyin eyleyebileceği politik alanı oluşturur. Doğanın bir parçası olan insan, hukukla ikinci bir doğa yaratmakta ve bu sayede, saygınlık, paylaşım ve özgürlük gibi temel problemlerini çözebilmektedir.

II. 19. YÜZYIL KODİFİKSAYON TARTIŞMALARINDA THIBAUT VE SAVIGNY

19. yüzyıl kodifikasyon tartışmaları Hegel henüz Hukuk Felsefesinin Prensipleri'ni yazmadan evvel başlamıştı. Thibaut'un önerisi, tıpkı Fransa'da olduğu gibi, Alman toplumu için ulusal medeni kanunun hazırlanması ve uygulanması yönündeydi. Savigny ise bu hususa karşı çıkmış, orta çağdan o güne dek gelen bazı örneklerden hareketle, kodifikasyon faaliyetinin yapılmaması tezini savunan ve hukukçular hukukunun daha faziletli olduğunu ispata yönelik eserler kaleme almıştır[19].

Thiabut, "*biçimsel ve maddi olarak mükemmel olması; hükümlerini açık, net ve kapsamlı bir şekilde ortaya koyması ve sivil kurumları tamamen tebaanın ihtiyaçlarına göre akıllıca ve amaca uygun bir şekilde düzenlemesi*" şeklinde yeni bir medeni kanunun gerekliliğini ifade ederken devletin sivil toplumun ihtiyaçlarını tam ve düzgün şekilde giderebilmesi ve sağlamlaştırması için kanunlaştırmayı zaruri görmektedir[20]. Thibaut'ya göre bir kolaj şeklinde olan Alman hukuku, şekilsiz, anlaşılmaz, çelişkili ve parçalı olmanın yanı sıra hukuki ilişkileri düzenlemekte acizdi. Aynı zamanda, bu parçalı yapı avukatlar ve hakimlerin hukukun mevcut durumunu bilmelerini imkânsız hâle getiriyordu[21].

Thibaut, ortak bir kanunun oluşturulmasını akademik öğretim ve bilimsel araştırma için iyi bir fırsat olarak görmektedir. Öğretim yöntemi ve akademik araştırma bir yandan mevcut kanunun analizini, diğer yandan kanunun çözüm bulamadığı sorun alanlarının tespiti ve eleştirisi hususlarında akademik yazını geliştirecektir[22]. Medeni kanunun bir avantajı ise, özellikle dönemin parçalı yapısı göz önüne alındığında, uygulama farklılıklarının giderilerek milli bilincin güçlendirilmesi olarak açıklanabilir[23]. Medeni kanunun uygulama yapısında birlik sağlamasındaki amaç,

---

18 Tulin Bumin, *Hegel,* (YKY Yayınları 2013) 139.

19 Kodifikasyon tartışmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gonca Kuru, 'Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri' (2016) 22/1 MÜHF HAD, 201 202 v.d.

20 Michael W. Müller, *Zeit in Gesetzen erfasst – G. W. F. Hegels Theorie der Kodifikation,* (Duncker ve Humbot, 2022) 22.

21 Markus G. Puder, 'Dystopian Or Not: Alternate Realities For Thibaut And Von Savigny's Codification Debate', (2024) 70 Loyola Law Review 343 351.

22 Karner Natascha, *Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny - Die Frage nach der Notwendigkeit eines bürgerlichen Gesetzbuches*, (Diplomarbeit, Institut für Römisches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Neuere Privatrechtsgeschichte Karl-Franzens-Universität 2015) 12.

23 Müller (n 20) 22.

esasında zamanın siyasi koşullarında Almanya toplumu içerisinde gözlemlenen hukuk uygulamaları arasındaki farklılıkların giderilmesidir. Bunun için yerel uygulamaların yerini ulusal çapta geçerli bir kanun almalı ve hem yasal hem de uygulama bakımından kesinlik sağlanmalıydı[24].

Savigny ise Thibaut'a Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*) adlı çalışması ile cevap verir. Savigny, kodifikasyon için bazı ön koşulların gerçekleşmesini gerekli görür. Hukuk açısından belirli bir görüşe sahip, ancak dil ve mantık sanatından yoksun genç halklar, bir kodlaştırma faaliyetinde bulunurlarsa bu her anlamda eksik olacaktır. Dildeki gelişmemişlik ve hukuk alanındaki bilgi yetersizliği göz ardı edilerek yapılan kodifikasyon her açıdan problem oluşturacaktır[25].

Savigny ileri bir zamanda hukuku kodlaştıracak güçlü ve etkili bir dilin oluştuğu aşamada kodlaştırma faaliyetinin yürütülebileceğini ifade ederken, dil ve bilgideki eksikliğin temel sorun olduğuna vurgu yapmaktadır[26]. Savigny, Alman Milleti içinde var olan hukuk uygulamasındaki farklılıkların giderilmesi için kodifikasyon yerine farklı bir çözüm getirmektedir. Ona göre, hukuki belirsizlik hukuku yoktan var etme yöntemiyle aşılamaz. Hukuki belirsizliğin sebepleri, hukuk kaynaklarında değil, hukukun uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Bunu aşmanın yolu ise bir kanun yapmak değil, hukuk ilminin geliştirilmesidir[27].

Thibaut'nun pragmatizmi ve kodifikasyonun siyasi olarak mümkün olduğu fırsat penceresini kaçırma korkusu, Savigny'nin bir kod taslağı hazırlama becerisi konusundaki şüpheciliği ve kötü mevzuat yoluyla zarar verme endişesiyle çatıştığı görülmektedir[28]. Thibaut ise Savigny'nin bilim yoluyla aşılabileceğini düşündüğü hukuki belirsizliğin yasalaştırma yoluyla daha kesin çözüme kavuşacağını ifade eder[29]. Thibaut, Alman toplumunun hukuk oluşturma hususunda yetersizliğini bir ironi ile anlatır. Thibaut, keşke der hukuk konusunda, korkaklığı ve yetersizliği topluma gösteren Herman gibi bir tanrı olsaydı. Bu durumda, özgüveni kazanarak gücü yeniden kazandığında, Alman toplumu eski hukuku gölgede bırakacak bir hukuk inşa edebilecektir[30].

---

[24] Thibaut ve taraftarları açısından tartışma aynı zamanda ulusal birliğin sağlanması tartışmasıdır. Thibaut Roma hukukunu tam da bu gerekçeyle eleştirmektedir. Karmaşık, birbirinden farklı yorumları olan ve tek tip hukuk öğretimini mümkün kılmayan, üstüne üstlük başka bir ulus tarafından, bambaşka bir dönemde yapılmış Roma hukuku, Thibaut'nun milliyetçi, yurtsever siyasal görüşlerini tatmin etmez. Kasım Akbaş, 'Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği' (2016) 74/1 İÜHFM 53 58.

[25] Friedrich Carl von Savigny, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine,* (Ali Acar, Pinhan Yayıncılık 2018) 54.

[26] Savigny (n 25) 71.

[27] Savigny (n 25) 125.

[28] Müller (n 20) 26.

[29] Thiabut Savigny'ye cevabı "Yine de eski kanseri kesip atalım; genç, daha iyi et yeniden büyüyecek ve kötü suları yapay olarak bölmeye ya da bilim yoluyla yavaş yavaş kurutmaya çalıştığımızdan daha çabuk ve daha emin bir şekilde iyileşeceğiz". Müller (n 20) 27.

[30] Thibaut'dan aktaran Müller (n 20) 27.

Thibaut'ya göre Alman toplumlarının hukukuna çok farklı bir millet olan Romalıların hukukunun kaynaklık etmesi kabul edilemez. Roma Hukuku'nun kaynağı Roma toplumunun çöküşünün derinliklerine kadar uzanmakta ve bu her sayfasında görülmektedir[31]. Thibaut'ya göre medeni kanun, bir toplumun ilişkilerini basit biçimde değil kapsamlı ve eksiksiz biçimde düzenlemelidir. Becchi'nin ifade ettiği üzere, Thibaut'ya göre modern toplumda yaşayan bireyin mensup olduğu sınıfa göre ticaretini, dini yaşamını ve diğer meselelerini düzenleyen yasa basit olamaz. Bu sebeple 1794 yılında hazırlanan Prusya Yasası'nı basit ve yetersiz bulur. Böyle bir yasa hazırlığında örnek alınması gereken yasanın toplumun birliğini sağlamış ve bireyin meselelerini eksiksiz biçimde düzenlemiş olması gerekir. Bu amaca binaen yasa hazırlığında Napolyon Kodu ve Avusturya Kodu model alınmalıdır[32].

Savigny'ye göre hukuk, halkın ruhundan doğar, bunun bir yasa hâline gelip gelemeyeceği ise hukukun ve halkın yaşamına ve gelişimine göre değişir. Bu durumda hukuku kodlaştırma niyeti taşınsa bile, bunun organik olarak gerçekleşmesi gerekir, bir müdahale ile bu gidişatın etkilenmesi pek az mümkündür. Savigny'nin bu öngörüsü Alman medeni kanununun 1900'lü yıllarda kodifiye edildiği göz önüne alınırsa haklı görülebilir. Zira bu tartışmadan birkaç yıl sonra değil yaklaşık bir asır sonra milli bir medeni kanun yapımı gerçekleşebilmiştir[33]. Savigny'ye göre hukuk kültürün ürünüdür. Dil gibi toplumun bilincinde oluşur ve hukukçu tarafından tespit edilir. Oysa Hegel'e göre devlet rasyonel biçimde sivil toplumu ve bireyin istenciyle diğerleri arasındaki ilişkiyi özgürlük bağlamında düzenler. Bu sebeple, mükemmel bir yasanın oluşturulması için hukukun olgunlaşmasını beklemez. Zira hukukun oluşturulması ve uygulanması hususunda yalnızca hukukçuları değil, üniversite eğitimi almış bürokraside istihdam edilen kamu görevlilerini bu düzenleme biçiminin bir aktörü olarak konumlandırır. Kamusal yetkiler kültürel ve tarihsel olarak güçlü olanlarca değil, eğitim yoluyla zihni olgunluğa erişmiş, hak bilincine sahip bürokratlardan oluşan kurumlarca kullanılacaktır[34]. Bu sebeple sivil toplumda ihtiyaç duyulan düzenlemeler o an için gerekliliği tespit edilen ve uygulanan kural ve politikalarla belirlenecektir. Savigny için hukukun hukukçuların tekelinde oluşma ve olgunlaşması beklenirken, Hegel için özgürlük alanını düzenlemekle görevli devletin etkinliği kanunların vaz edilmesi ve uygulanması ile mümkün olacaktır. Savigny için hukukun kodifiye edilmesi nihai bir amaçken Hegel düşüncesinde kanunlaştırma özgürlük alanının tesisi için bir gereklilik olarak kabul edilmektedir.

---

31 Thibaut'dan aktaran Paolo Becchi 'German Legal Science: The Crises of Natural Law Theory, Histıricism, and Conceptual Jurisprudence' in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann (Eds) A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900 (Springer, 2009) 196.

32 Becchi (n 31) 197.

33 Müller (n 20) 28.

34 Hegel (n 13) 305.

III. HEGEL DÜŞÜNCESİNDE KODİFİKASYON

A. Kodifikasyon Tartışmalarında Hegel

Hegel, Thibaut'un dostu ve Savigny ile pek çok konuda anlaşmazlığı olan bir düşünür olarak bu kodifikasyon tartışmasına bazı eleştirileri ile katılmıştır[35]. Hegel'e göre hukukî zorlama, Kant'ın ifade ettiği üzere özgürlüğün engellenmesinin engellenmesi olarak belirmez[36]. Özgürlük, verili ve doğal olarak bulunan ve diğer insanların müdahalesiyle veya devlet tarafından sınırlanan bir kavram değildir. Özgürlük, ancak kişisel kimliğin kolektiviteye ve onun kurumlarına bağımlılığını içeren sosyal, siyasi ve etik boyutta tam olarak gerçekleşir[37]. Mora'ya göre Hegel düşüncesinde soyut hukuk ve sivil toplum arasındaki ilişki birbirini tamamlar niteliktedir. Böylelikle otoritenin cezalandırma görevi yasaklama ve şiddet bağlamında değil haklı ve adil bir ceza olarak ortaya çıkmaktadır[38].

Hegel'in hukuk felsefesinin gayesi, devlet sistemini kurma, burada özgür iradenin eyleyebileceği alanı düzenleyici ve genelleştirici şekilde kavrama imkanını araştırmaktır. Hegel'in var olanı düzenleyici ve genelleştirici bir şekilde kavrama isteği, hukuk felsefesinin temelini oluşturur. Hukuk devletinin kurulması ve eleştirisi de Hegel'in hukuk teorisinin biçimsel olarak detaylandırılmasını tamamlar. Bu şekilde hukukun eleştirisi, en yüksek biçimiyle hukuka dayalı toplum, tüm metin için bir eksen işlevi görür. Kanunlaşarak görünen hukuk, tinin kültür ve ahlak biçimindeki müteakip evrimi için bir başlangıç noktası sağlar[39].

Aslında bu amacını meşhur ifadesi olan "Ne mantıklı/akla uygunsa önemlidir, ne önemli ise akla uygundur"[40] sözüyle bizlere sunar. Önemli ve aklîlik arasındaki ilişki düşünülebilir olanın önemli olduğu yaklaşımından hareketle açıklanır. Hegel'in kodlaştırma faaliyetinin genel görünümüne ve bu hususa ilişkin tartışmalara da değindiği görülmektedir. Öncelikle Hegel, birbiri ile ilişkili çok katmanlı bir yapı olan medeni kanunun hukuk kodu aracılığı ile çözülmesi meselesine eğilmektedir[41].

Bir yasa yapımının halk için gerekli götürülmemesi veya yabancı bir ulus için yapılmış yasanın halka uygulanması hususundaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir ki bu ifadeden Hegel'in kodifikasyon tartışmalarında durduğu yer görülebilir; *"Eğitimli bir ulusu ya da onun içindeki hukukçu sınıfını bir hukuk kodu oluşturma*

---

35 Savigny'nin Polonyalı ve Yahudi öğrencilerin hukuk öğrenimi görmelerine karşı çıkışı Hegel ile aralarında görüş farklılıklarının doğmasına sebep olmuştur. Terry Pinkard, *Hegel*, (Mehmet Barış Albayrak, Türkiye İş Bankası Yayınları 2017) 491 526.

36 Ana María Miranda Mora, 'Law's Authority and Power The Normative Foundations of Legitimate Coercion' (2024) 57 Hegel Studien 47 75.

37 Mora (n 36) 76.

38 Mora (n 36) 74.

39 Michael H. Hoffheimer, 'Hegel's Criticism of Law', (1992) 27 Hegel Studien 27 51.

40 Hegel (n 13) XXVII.

41 Müller (n 20) 14.

yeteneğinden mahrum etmek [...] bir ulusa ya da o sınıfa yapılabilecek en büyük hakaretlerden biri olacaktır."[42] Yeni ve eğitimli bir ulusun ya da onun içindeki hukukçu sınıfın bir yasa kodu yapma yeteneğini reddetmenin büyük bir sorun teşkil edeceğini vurgulayan[43] Hegel, kanunlaştırmanın gerekliliğine dair sorgulamayı devlet ve özgürlük perspektifinden ele alır.

Hegel'e göre kodifikasyon mevcut hukuki içeriği kendine özgü genelliği içinde tanımak, kanunun tikel olana uygulanmasının hukuka eklenmesiyle onu düşünerek kavramak anlamına gelir[44]. O, modern toplumun kuruluşunun hukukun kodlaştırılması ile tamamlanacağını düşünür ve kodlaştırmanın bir tercih değil, özgürlüğün zorunlu bir koşulu olması gerektiğini belirtir.

Hegel, Savigny ve Tarihçi Hukuk Okulu'nun Roma Hukuku'nun Germen Hukuku'na kaynaklık ettiği tezine katılmaz. Hegel'e göre Roma Hukuku tamamen farklı bir topluma ait, tamamen farklı bir zamanda ve yabancı bir dilde yazılmış bir hukuktu. Uygulanması, geliştirilmesi, mahkemeler ile avukatların ve halk için gizli ve erişilemez bir bilim olan hukuk biliminin tekelindeydi. Keza dönemin İngiliz Hukuku da mahkemeler ve hukuk üzerine söz söyleyen kişilerin kanun koyucu olduğu bir hukuk sistemi ortaya çıkarmıştır[45]. Bu erişilmezlik, bireyin sivil toplumda özgürce hareket etmesini engelleyecek nitelikte olduğu, ayrıca sivil toplumdaki ilişki biçimleri tarihin o zamanında olan ilişkilerden farklılık gösterdiği için hukukun kanunlaştırma pratiği ile bilinebilir, erişilebilir hâle getirilmesi gerekir. Bir anlamda, Kant'ın akıl ve etik alanında yapmış olduğu akıl rehberliğinde hareket etme tezi, Hegel'de kanunlaştırma pratiği ile hukukun esrar perdesini kaldırmaya dönüşür.

Hegel burada kodifikasyondan bir "yasama sistemi" olarak bahsetmekte, böylece başlangıçta kodifikasyonun görevinin 'hukuku sistematikleştirmek' olarak görüneceğini işaret etmektedir. Hegel, böylelikle hukukun genelliği ve hukukun bilinebilirliğinin sağlanacağını, mutlak ahlaki formun yasama yoluyla belirleneceğini ifade eder. Bu tezleri ile Thibaut'un kodifikasyon önerisini benimsediği ve Savigny'nin ortak kanun hazırlanmasına karşı çıkışına katılmadığı görülmektedir[46].

Hegel'in kanunlaştırma fikri bağlamında Thibaut ile benzer fikirlere sahip olduğu ifade edilse de; öğretide kanunun yerelliği ve tarihselliğine yaptığı vurgu sebebiyle Thibaut'dan ayrıldığı ifade edilmektedir. Hegel, kanunun sistematikleştirilirken mevcut koşulların göz ardı edilmesinden yana değildir. O, hukukun yerelliği ve tarihselliği hususunda Tarihçi Hukuk Okulu'nun tezlerine yaklaşırken, hukuku bir ide

---

42 Müller (n 20) 35; Georg Wilhelm Friedrich Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse,* (Suhrkamp Verlag, 1986) 363; Hegel (n 13) 208.

43 Müller (n 20) 35.

44 Müller (n 20) 14.

45 Hegel (n 13) 207.

46 Serhan Yıldırım, *19. YY. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri,* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018) 78.

olarak değil mevcut toplum yapısının mübadele ve etik kodlarının kavranarak ifade edilmesi olarak nitelemektedir. Bu anlamda geleneklerin kodifiye edildiğinde gelenek olmaktan çıkmayacağını ifade eden Hegel, bireyin mümkün kanunlar sonsuzluğunda günün koşullarına göre sistematikleştirme yetisine sahip olmadığını düşünmenin saçma olacağını belirtir[47]. Bu noktada Thibaut'nun kodlaştırma pratiğinde mevcut koşulların göz ardı edilmesi ve hukukun kanun koyucunun sözü neyi kanunlaştırdı ise o olduğu tezinden uzaklaşmaktadır[48]. Kodlaştırmanın iyi olduğunu belirtirken onun tüm sorunlara çare olacak bir araç olmadığını, kapsamlı ve tamamlanmış bir yasa hazırlamanın imkânsız bir ideal olduğunu dile getirir. Kanun burada, belirli bir zamanda mevcut toplum için çıkartılır, bu sebeple mükemmel olmasını ve tüm sorunlara çare olmasını beklemek Hegel'e göre mümkün değildir[49].

Hegel'e göre bir toplumun suç teşkil eden fiilleri kanun formunda ifade edilmediği takdirde, etik yaşam inşa edilemez[50]. Hem bireyin hem toplumun mutlak olarak uyması gereken normlar belirlenmelidir. Bu çerçevede, toplumun koruduğu hukuki değerler ve bu değerlerin ihlali sonrasında verilecek cezalar belirli olmakla toplum etik yaşamı inşa edebilir[51]. Aksi hâlde barbar toplum uygulamaları ve cezalandırma pratikleri vuku bulur ki bu modern yaşamın kurumsallaşamaması anlamına gelecektir. Ona göre, hukukun otoritesi ve gücü, "*evrensel olarak tanınan, bilinen ve irade edilen bir şey olarak ve bu bilinen ve irade edilen karakterin aracılık ettiği bir geçerliliğe ve nesnel bir gerçekliğe sahip olarak belirlenmiş bir varoluşa*" sahip olduğunda somutlaşabilir[52].

Hegel için bir toplumun geleneklerinin yasa hâline getirilmemesi bir beceriksizlik hatta barbarlıktır. Yasa hâline getirilen şey, evrensellik biçimini alır ve kendi gerçek karakterini kazanır[53]. Hegel'e göre geleneklerini yasa olarak ortaya koymayan toplum, özgürlüğü inşa edemez. Birey, günlük aktivitelerinde, kendi olumsal ahlaki niyetlerini mutlaklaştıramaz; ahlaki öğeyi bir ölçüde cisimleştiren nesnel yasalara göre davranmak zorundadır [54]. Hegel'e göre, bilmenin ve istemenin tikelliği, mutlak evrenselliği ya da özgürlüğün evrenselliğini yalnızca mülkiyet hakkının soyut biçiminde içerir. Ancak burada hak sadece örtük, gizli, soyut biçimde olmayıp, mülkiyetin adaletle uygulanması suretiyle korunmasıyla gerçek dünyada

47 Hegel (n 13) 208-209.

48 Paolo Becchi, 'Hegel und der Kodifikationsstreit in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts' (2005) 36 Rechgeschichtliche Vortrage 11-12.

49 Hegel (n 13) 213-214; Becchi (n 31) 212.

50 Hegel (n 13) 92-93; Hegel düşüncesinde hukukilik ve yaptırım ilişkisi için bkz. Mora (n 36) 80.

51 Hegel (n 13) 200; Müller (n 20) 31.

52 Hegel (n 13) 206; Mora (n 36) 81.

53 Hegel (n 13) 206.

54 Domenico Losurdo, 'Ahlaki Gerilim ve Politikalarının Önceliği', içinde Güçlü Ateşoğlu (Ed) *Alman İdealizmi Hegel* (Doğu Batı Yayınları, 2013) 481.

görünür[55]. Böylece soyut hakkı düzenleyen hukukun nesnel gerçekliği, geçerliliği ve gücünün bilinip, kabul edilmesiyle oluşur[56].

Hegel düşüncesinde hukuk, sivil toplumda özgürlük alanını tesis etmek için devlet tarafından kodifiye edilir. Toplumun değişmesi ile birlikte sivil toplum alanında mübadele ilişkileri ve ihtilaflar çeşitlenecektir. Bu itibarla hukuk, kültürel belirlemelerle nihai olarak düzenlenebilecek bir ideal durumda olmayıp; toplumdaki ihtiyaçlara göre şekillenebilecektir. Yasama organı, hukuku oluşturan erk olarak bu ihtiyaçları gözetip hukuku kodifiye eder.

B. Hegel'de Kanunun Özgürlük Açısından İşlevi

1. Barbarlıktan Modern Topluma Geçiş

Hegel'e göre barbarlık durumu, bir topluluğun özgürlüğü mümkün kılan devlet müessesesinden yoksun bir halk olmasıyla veya bir devlet olmakla birlikte bu devlette devlet ve bireylerin karşıtlık ve ayrılık içinde var olmasıyla meydana gelir. Hegel'e göre, toplumsal kurallarını soyutlama yoluyla kanun formunda ifade ederek, genele şamil ve bilinebilir hâlde ifade edemeyen toplum vasıfsızdır, bu toplum modern hayatın gerekliliklerini inşa edemeyeceği için ahlaki tekamülün son aşaması olan etik yaşamı da kuramaz[57].

Hegel'e göre, bir ulusun ortak aklı düşük ve zayıf olduğunda modern yaşam pratiklerinde geçerli olan ekonomik ilişkileri kuramaz, kölelik ve benzeri ağır hak ihlallerini sürdürür. İnsanlar, üst düzey toplumlardan "daha az gelişmiş" iseler barbar olarak muamele görürler[58]. Örfler doğal varlığı karakterize eden dolaysızlığı paylaştığından, ilerlemenin daha düşük bir aşamasını gösterirken, aracı temsiller daha yüksek bir yasal düzeni karakterize eder. Hukuk felsefesinin rolü, belirli bir toplumun hukuk bilincinin varsaydığı uygarlık aşamasını tanımaktır[59].

Hegel'e göre, bu cendereden çıkılmasını mümkün kılan husus, ortalama bir insanın ortak soyutlama biçimi olan yasayı tanıma ve onu bir yol gösterici ilkeler sistemine kadar takip etme yeteneğidir. Bu takip etme yeteneği bireyin kişisel çabalarını zorunlu kılmakla birlikte ancak yasanın yazılı hâle getirilerek bilinebilir, ulaşılabilir olması ile mümkün hâle gelir. Schlink, mülkiyet, sözleşme, kabahat gibi kavramların biçimsel ve soyut niteliğini görmeksizin anlamamızın mümkün olmadığını Hegel'den öğrendiğimizi ifade eder[60]. Devletin özgürlük alanını mümkün

---

55 Hegel (n 13) 204- 205.

56 Hegel (n 13) 206.

57 Hegel (n 13) 197.

58 Hegel (n 13) 345.

59 William E. Conklin, *Hegel's Law,* (Stanford University Press, 2008) 68.

60 Bernhard Schlink, 'The Inherint Rationality of the State in Hegel's Philosophy of Right', in Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (Eds) *Hegel and Legal Theory* (Routledge, 1991) 349.

kılması için mevcut ve etkin olması beklenir ki bunun realiteye tatbiki doğrudan doğruya yasaları zorunlu kılar.

Devletin sivil toplum üzerindeki etkisi, ihtiyaçların korunduğu ve mülkiyet hakkına saygıyla değiş tokuşun gerçekleştirildiği alanın korunmasıdır. Bu koruma ancak adalet idaresi ve polis tarafından özel çıkarlar bir kenara bırakılarak ve ayrıca keyfiliğe karşı yasal aklın etkinleştirilmesi ile mümkün hâle gelir[61]. Sivil toplumdaki mübadele, kişinin dışsal alanına dâhildir ve orada mülkiyetinde bulunan malları değiş tokuş yaparak piyasayı oluşturur. Burada devletin rolü, kişilerin özel çıkarlarını korurken keyfiliğe kaçmadan ve ortak yararı sağlama amacıyla kurumlarını ve zor gücünü harekete geçirmesidir. Bunu sağlayacak olan ise, kanunların yazılı forma getirilerek onların belirli kılınmasıdır[62].

Tarihin yalnızca olgusal olmadığı ve tarihin özgürlüğün tarihi olduğu dikkate alındığında, medeni gelişimin tamamlanabilmesi için hukukun gerekliliği ayrıca vurgulanmalıdır. Bu anlamda barbar ve medeni toplum arasındaki temel fark alışkanlıklar ve birçok farklı gelenekten daha ziyade hukukun bilinmesidir[63].

Hegel, hukukun oluşumunda yasama organına görev verir. Yasama organı, genel sorunları kavrayarak özgürlük fikrinin gerçekleşmesi için kamuoyunun oluşumunu sağlar[64]. Bunu yaparken belirli sınıfların çıkarları için değil, halkın genel iyiliği adına karar alır. Bu durum sınıfların olmaması ve temsilcilerin yasama organına görev almasıyla gerçekleşir[65]. Kamuoyu, halkın ne düşündüğünün ve ne istediğinin bilinmesini sağlayan örgütlenmemiş bir araçtır. Bu sebeple anayasa, devletin kamuoyu ile organik şekilde ilişkide olmasını düzenler. Bireysel özgürlüğün önemli ve anlam kazandığı modern zamanlarda kamuoyu daha güçlenmiştir[66]. Hegel, modern dünyada bireyin uymak zorunda olduğu hususun onun nezdinde meşrulaştırılması gerektiğini dile getirir. Bu sebeple kişinin kamuoyunda yapılan tartışmalara katılması, ondan sorumlu olduğunu ifade etmesi, kişinin öznelliğini oluşturur ve pek çok hususun uygulanmasına karşı çıkmaksına izin verir[67]. Hegel düşüncesinde hukukun ortaya çıkmasında yasama organının halkın katılımını ve kamuoyunu yasa biçiminde ortaya çıkarması, modern demokrasilerdeki temsil ilkesinin özünü öngörmesi bakımından önem taşımaktadır. Hegel, modern dünyada devletin sivil toplumu, politik özgürlüğün sivil özgürlüğü izlediğinin farkındadır[68].

---

61 Hegel (n 3) 102-104.

62 Hegel (n 13) 207; Müller (n 20) 34.

63 Hegel (n 13) 208.

64 Hegel (n 13) 309.

65 Hegel (n 13) 310.

66 Hegel (n 13) 322.

67 Hegel (n 13) 324.

68 Günter Zöller, 'Liberty and Freedom. Hegel on Civil Society and the Political State' (2022) 8 Studia Hegeliana 7 22.

2. Hukuki Belirliliğin Sağlanması

Hegel'e göre doğru olan şey ancak yasa hâline geldiğinde yalnızca genelliğin biçimini değil, gerçek kesinliği de kazanır. Bu anlamda yasanın kesinliği ve genelliği adaletin tecellisi için ilk şarttır. Yasaların bağlayıcılığı hususu öz bilinç hakkına dayandığından, yasalar herkes tarafından bilinmelidir. Tiran Dionysius'un yaptığı gibi, yasaları hiçbir yurttaşın okuyamayacağı kadar yükseğe asmak, yürürlükteki yasanın bilgisine yalnızca bu konuda bilgi sahibi olanların erişebilmesi için, kitapların, derlemelerin, farklı yargı kararlarının, geleneklerin, yabancı bir dilin geniş aygıtına gömmek aynı şekilde adaletsizliktir. Halklarına, Justinianus gibi şekilsiz bir derleme bile olsa, düzenli ve kesin bir kanun olarak bir toprak kanunu veren hükümdarlar, yalnızca onların en büyük hayırseverleri olmakla ve bunun için teşekkürle övülmekle kalmamış, aynı zamanda büyük bir adalet eylemi gerçekleştirmişlerdir[69].

Hegel'e göre eğer son zamanlarda halklar yasama görevinden mahrum bırakıldıysa, bu sadece bir hakaret değil, aynı zamanda rasyonelliğin inşa edilememesidir. Zira, Hegel'e göre rasyonellik evrensel olan ile bireysel olanın veya tümel ile tikel olanın birliğidir. Somutlaştığında ise genel özgürlükle bireysel özgürlüğün, genel istençle tikel istencin birleştirilmesidir. Bu ise ancak akıl yoluyla inşa edilmiş ve evrensel olan mutlak ve zorunlu yasalarla mümkündür[70].

Burada Hegel, yasa yapımının mükemmele ulaşamayacağı kanısıyla yasalaştırma eyleminden uzak durulmasına bir eleştiri getirir. Bir kere, yasanın mükemmel bir forma ulaşacağı beklentisi yasadan beklenen faydaların elde edilmesini geciktirir. Bir ağacın yaşlanırken yeni dallara ve ağaçlara vesile olması gibi bir yasa yapılmalı ve kusurlu da olsa sonradan iyileştirilmesine imkân tanınmalıdır. Zira her mükemmel, asil ve güzel olan daha da iyileştirilerek bir sonraki aşamaya getirilebilir. Yine de henüz olgunlaşmadığı gerekçesiyle bir yasa yapmamak, büyük ve ergin bir ağacın yeni dalları olacağı varsayımıyla yeni bir ağacın dikilmemesi kadar saçma olur[71].

Bu anlamda Hegel'in kanun anlayışı, kodlamanın neyi başarabileceğine ve ona nasıl yaklaşılması gerektiğine dair bir teori sunması bakımından Thibaut ve Savigny'den farklıldır. Savigny'nin dilsel ve bilişsel gelişim tekâmül etmediği için yasa yapma fikrine soğuk bakmasını eleştirir[72]. Hegel, Thibaut'nun kodifikasyon çağrısını destekler, ancak bunu hukukun tarihsel gelişimine ilişkin teorik değerlendirmelerle gerekçelendirir. Hegel ile diğer iki düşünür arasındaki farkın kanunlaştırma fikri ile sınırlı olduğu görülür, sadece Savigny ile olan kişisel anlaşmazlıklar veya Hegel'in Thibaut ile olan dostluğu ile açıklanamayacak yönleri mevcuttur. Hegel yasalaştırma konusunda Savigny'nin görüşlerine karşı çıkarken Thibaut ile tam olarak uzlaşmaz[73].

---

69 Hegel (n 13) 212.

70 Hegel (n 13) 241.

71 Hegel (n 13) 214.

72 Müller (n 20) 38.

73 Becchi (n 48) 14.

Hegel'in her iki düşünürden farklı yönleri hukukun zorunlu olarak toplanması ve yazılı olması, hukukun genelliği, hukukun tarihselliği ve sistem ile mükemmellik arasındaki ayrıma dayanmaktadır[74]. Hegel ne hukuki pozitivist ne de tabii hukukçudur. Ona göre, tarihsel olarak sınırlı bir geçerlilikten daha fazlasına sahip olan evrensel haklar, kültürel gelişim içinde ortaya çıkmakta ve ancak sivil toplumda mümkün hâle gelen bir eğitim (Bildung) süreciyle genel olarak tanınabilmektedir[75].

Ahlaktan (Die Moralitat) 'Etik yaşam'a (Die Sittlickheit) geçişin sağlanabilmesi için, genel ve tikelin mutlak özdeşliği gerekir ki bu özdeşlik sanılanın aksine kişinin iradesini devlete terk etmesi değil, özgürce eylemenin devlet tarafından tanınıp korunarak yasal ortamın hazırlanmasıdır [76]. Bu sağlanmadığı takdirde, devlet ve birey karşıtlık ve ayrılık içinde var olurlar. Bir yasanın kodifiye edilmesi sadece uygulanacak hukukun içeriğinin bilinebilir ve açık olması değil; aynı zamanda onun düzenli ve sistematik bir bütün olduğu; eksiksiz ve kendi kendine yeten nitelikleri taşıdığı yönünde kanaat oluşturur[77].

Hukukun bu birleştirici işlevi nedeniyle, kodifikasyon ve pozitif hukuk, özgürlüğün ve adaletin gereğidir. Özgürlüğün koşulu olarak hukuk bilgisi medeni bir ülkede tüm vatandaşların özgür olabilmesi için şarttır[78]. Ayrıca bir adalet eylemi olarak hukuk bilgisinin etkinleştirilmesi gerekir. Barbarlar, doğru/yanlış kodlamasına karşı kayıtsızlıkla yaşarlar. Tıpkı Güneş ve gezegenlerin kanunları olduğu ama onların bu yasaların farkında olmadıkları gibi, barbarlar dürtüler, gelenekler ve duygular tarafından yönetilirler ama bunların bilincinde değildirler. Hak, yasa olarak belirlendiğinde ve bilindiğinde, tüm rastgele sezgiler ve görüşler, intikam, merhamet ve kişisel çıkarlar ortadan kalkar[79]. Bu nedenle hukukun bilinmesini sağlamak, halkın bakış açısından, doğru ile yanlış arasındaki farkı ortaya koymak, hukukun içerik bakımından genelliği ile bireysel ve genel çıkarlar arasındaki uyumlaştırmayı sağlamak üzere sivil toplumda eyleyen birey için kanunlaştırma zaruridir[80].

Hegel, sivil toplumda, adalet ve özgürlük talebi olarak kodifikasyon kavramını biçimsel ve maddi anlamda felsefi gerekliliklerle desteklemekte ve böylece kendi sistemindeki kodlama gerekliliğini burjuva toplumunda adalet ve özgürlük talebi olarak meşrulaştırmayı başarmaktadır. Aynı zamanda, bugün hâlâ hukuk sisteminin merkezinde yer alan bir hukukun üstünlüğü ilkesini de devlet kuramının temeline yerleştirmiştir[81].

---

74 Müller (n 20) 53.

75 Hegel (n 13) 205; Andrew Arato 'Law, Family, Civil Society' in Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (Eds) *Hegel and Legal Theory,* (Routledge, 1991) 307.

76 Hegel (n 13) 266.

77 Dudley Knowles, *Hegel and Philosophy of Right,* (Routledge, 2002) 278.

78 Hegel (n 13) 212-218.

79 Hegel (n 13) 208.

80 Hegel (n 13) 208.

81 Müller (n 20) 57.

Böylece felsefi hukuk bilimi, hukukun konusunun basit ve genel bir şekilde sistematize edilmesine ve temel hukuki kurumların sunulmasına hizmet eder. Ancak Hegel'e göre bu aynı zamanda kodlamanın da görevidir. Hegel bu ilkelerin kodifikasyon için bir plan olarak anlaşılmasını istediğini açıkça belirtmez. Bununla birlikte, metodolojisi ile kodifikasyonun gereklilikleri arasındaki paralellikler ve hukuk ilkeleri sınıflandırmasını diğer kavramlarla ilişkili olarak kategorize ettiği açıklık göz önüne alındığında, bu çok uzak görünmemektedir. Hegel, hukuku sistematikleştirmenin ve ilan etmenin önemine felsefî olarak vurgu yapmak istemiştir. Buna karşılık Hegel, tüm hukuk kurallarının felsefi metodolojiyle hazırlanabileceğine inanmaz; tam tersine Platon ve Fichte'nin bunu yapma iddiasıyla dalga geçer. Hukukun sistem olarak inşası, mevcut hukuki ilişkilerin analizi ile temel ilkelerin belirlenmesi ve yasanın ihtiyaçlara göre uyarlanması hususlarında yol göstermeyi amaçlar[82].

SONUÇ

Hegel, 19. yüzyıl Alman toplumundaki kodifikasyon tartışmalarına, bir hukukçu değil filozof olarak hukukun devlet teorisindeki yerini ve özgürlükle ilişkisini açıklayarak katılmıştır. Hegel'e göre hukukun kodifiye edilmesi sadece hukukun işlevinin geliştirilmesi ve hukuki istikrarın sağlaması açısından önemli değildir. Aynı zamanda kodlaştırılmış hukuk, barbar toplumdan medeni topluma geçişin göstergesidir.

Barbar toplumda hukuk, gizemlerle dolu olmakla birlikte onun sözcülüğünü küçük bir zümre elinde tutmaktadır. Bu durum hukuki belirsizliği ve güvenliği sağlama hususunda pek çok problem barındırmakta, bireyin sivil toplum alanında özgürce eyleme kapasitesini ortaya çıkarmasını engellemektedir.

Diğer taraftan Hegel'e göre, bir toplumun kanun yapabilme potansiyelini elinden almak ona karşı yapılabilecek en büyük hakaretlerden birisidir. Bu düşüncesi, Savigny'nin hukukçular hukukunun devam etmesi yönündeki önerisine karşıdır. Hegel, hukukun tarihsel ve yerel ögeler barındırması gerektiğinin farkındadır. Doğal hukukçu kavrayışın karşısında durmakla birlikte, kanun koyucunun toplumun sorunlarına dair kanun yapmasını gerekli görmektedir. Bu itibarla Hegel'de kanunun işlevi, özgürlükleri sınırlayan devletin aracı olmak değil, özgür eylemeyi mümkün kılmaktır. Bu sebeple, eksik ve hataları olsa da bir kanunun hazırlanarak ilan edilmesi ve üzerinde kamuoyunca düşünülerek günün şartlarına uyarlanması, hiçbir hukuki düzenleme olmamasına tercih edilmelidir.

Hegel'e göre kanun mevcut zamana ve mevcut topluma göre hazırlanması gerekir. Bu perspektifle Thibaut tarafından dile getirilen başka toplumların pratiklerini model alarak kanunlaştırma fikrini açıkça benimsememekte, kanunun toplumun sorunlarını soyutlaştırarak sivil toplumu düzenleme amacıyla yasama organınca

[82] Müller (n 20) 68.

hazırlanması fikrini savunmaktadır. Ayrıca, kanunlaştırmanın eksiksiz ve kapsamlı bir düzenlemeyle toplumun tüm sorunlarına çare olacağı fikrinden uzaktır. Hegel düşüncesinde kanunlaştırma, özgürlük için gerekli ve barbarlıktan modern topluma geçişte bir aşamadır.

KAYNAKÇA

Akbaş K, 'Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği' (2016) 74/1 İÜHFM 53-72.

Andrew Arato 'Law, Family, Civil Society' in Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (Eds) *Hegel and Legal Theory,* (Routledge, 1991) 301-320.

Aristotle, *Politics*, (Benjamin Jowett, Batoche Books, 1999).

Bernhard Schlink, 'The Inherint Rationality of the State in Hegel's Philosophy of Right', in Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (Eds) *Hegel and Legal Theory* (Routledge, 1991) 347-354.

Brooks T, 'Hegel's Contextual Theory of Freedom How 'The Free Will Wills the Free Will'', in Paolo Diego Bubbio, Andrew Buchwalter (Eds) *Justice and Freedom In Hegel*, Ed., (Routledge, 2024) 29-39.

Bumin T, *Hegel,* (YKY Yayınları 2013).

Cristi R, *Hegel on Freedom and Authority* (University of Wales Press, 2005).

Domenico Losurdo, 'Ahlaki Gerilim ve Politikalarının Önceliği', içinde Güçlü Ateşoğlu (Ed) *Alman İdealizmi Hegel* (Doğu Batı Yayınları, 2013) 457-485.

Dudley Knowles, *Hegel and Philosophy of Right,* (Routledge, 2002).

Ferrarin A, *Hegel and Aristotle* (Cambridge University Press, 2004).

Friedrich Carl von Savigny, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine,* (Ali Acar, Pinhan Yayıncılık 2018).

Georg Wilhelm Friedrich Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse,* (Suhrkamp Verlag, 1986).

Hegel *Tarihte Akıl* (Önay Sözer, Kabalcı Yayınları, 2014).

Hegel, *Hegel's Right Philosophy,* (S. W. DYDE, M.A., D.Sc., George Bell and Sons, 1896)

Kervégan J F, 'A Legal Concept of Justice', in Paolo Diego Bubbio, Andrew Buchwalter (Eds) *Justice and Freedom In Hegel*, Ed., (Routledge, 2024) 94-109.

Kuru G, 'Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri' (2016) 22/1 MÜHF HAD 201-228.

Markus G. Puder, 'Dystopian Or Not: Alternate Realities For Thibaut And Von Savigny's Codification Debate', (2024) 70 Loyola Law Review 343-374.

Michael H. Hoffheimer, 'Hegel's Criticism of Law', (1992) 27 Hegel Studien 27-52.

Mora A M M, 'Law's Authority and Power The Normative Foundations of Legitimate Coercion' (2024) 57 Hegel Studien 71-88.

Müller M W, *Zeit in Gesetzen erfasst – G. W. F. Hegels Theorie der Kodifikation,* (Duncker ve Humbot, 2022).

Natascha K, *Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny - Die Frage nach der Notwendigkeit eines bürgerlichen Gesetzbuches*, (Diplomarbeit, Institut für Römisches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Neuere Privatrechtsgeschichte Karl-Franzens-Universität 2015)

Paolo Becchi 'German Legal Science: The Crises of Natural Law Theory, Histıricism, and Conceptual Jurisprudence' in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann (Eds) A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900 (Springer, 2009) 185-224.

Paolo Becchi, 'Hegel und der Kodifikationsstreit in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts' (2005) 36 Rechgeschichtliche Vortrage 3-14.

Pinkard T, *Hegel*, (Mehmet Barış Albayrak, Türkiye İş Bankası Yayınları 2017).

Ripstein A 'Universal and General Wills: Hegel and Rousseau' (1994), 22 (3) (1994) Political Theory , Aug., 444 – 467.

Riley P, 'On Kant As The Most Adequate of The Social Contract Theorists', (1973) 1 (4) Political Theory, 450-471.

Rousseau J, *Toplum Sözleşmesi* (Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2013).

Serhan Yıldırım, *19. YY. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri,* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018).

William E. Conklin, *Hegel's Law,* (Stanford University Press, 2008).

Zöller G, 'Liberty and Freedom. Hegel on Civil Society and the Political State' (2022) 8 Studia Hegeliana 7-24.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683777

NOTERLERİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDAKİ HUKUKİ SORUMLULUKLARI

The Legal Responsibilities of Notaries Under the Law on the Protection of Personal Data

Pınar AKTAŞ AVCİ*

Özet

Noter, hukuki güvenliği sağlamak amacıyla çeşitli belge ve işlemleri resmileştiren, kanunlarla belirlenmiş yetkilere sahip, özel nitelikleri ve kendine özgü hukuki statüsü olan bir kamu görevlisidir. Bunun yanında noterlerin hukuki sorumlulukları ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Noterlerin yaptıkları işlemlerden kusursuz sorumlu olması ilkesi gereği, işlemler nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak meydana gelebilecek zararlardan sorumlu olduğu, yüksek yargı kararları ve doktrinde de kabul görmektedir. Noterliklerin yaptığı işlemler ile oluşturulan belgeler önemli bir ispat gücüne sahiptir. İspat gücü yüksek bu hukuki belgeleri oluşturan kişi olan noter, işini yaparken özen yükümlülüğüne uygun şekilde işlem yapmalıdır. Noterler hem bizzat yaptıkları işlemlerde hem de yanlarında çalışan kişilerin yaptığı işlemlerden sorumludur. Görevleri gereği yaptıkları hukuki işlemlerin güvenliğini sağlamanın yanında, işlem yaptırmaya gelen kişileri aydınlatma yükümlülüğü bulunan noterlerin, Kişisel Verileri Koruma Kanunu kapsamında da bazı hukuki sorumlulukları ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Noter, Kişisel Verileri Koruma Kanunu çerçevesinde veri sorumlusu niteliğindedir. Bu bağlamda, verilerin korunması, hukuka aykırı işlenmesinin önlenmesi gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, herhangi bir zarara sebep olursa zararın noterce giderilmesi gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Noter, noterlik kanunu, sorumluluk, kişisel veri, veri sorumlusu.

Abstract

A notary is a public official with special qualifications and a unique legal status, authorized by law to formalize various documents and transactions to ensure legal security. In addition to this role, notaries also bear legal responsibilities and obligations. High court rulings and legal doctrine widely recognize the principle of strict liability, which holds notaries liable for damages arising directly or indirectly from their transactions. Documents created through notarial acts hold significant evidentiary value. As the person responsible for producing these high-value legal documents, a notary must act with due diligence in the performance of their duties. Notaries are accountable for their own and their employees' actions. Notaries are not only responsible for ensuring the security of the legal transactions they oversee but also for informing the individuals requesting them. Under the Personal Data Protection Law, notaries assume the role of data controllers.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.10.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erzurum-Türkiye, pinaraktas@atauni.edu.tr, https://orcid.org/0000–0001–8372–193X.

Within this framework, they have obligations such as protecting data and preventing its unlawful processing. Failure to fulfill these obligations, leading to any harm, would require the notary to compensate for the resulting damages.

Key Words: Notary, notary law, liability, personal data, data controller.

GİRİŞ

Günümüzde dijitalleşmenin bir sonucu olarak veri paylaşımının artmasıyla birlikte, kişisel verilerin korunması kavramının önemi giderek artmaktadır. Dünyada ve özellikle Avrupa'da var olan kişisel veriyi korumaya ilişkin düzenlemeler, ülkemizde yapılan kanunlaştırma çalışmaları ile beraber hukuk düzenimizde yer bulmuştur. Kişisel veri *kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak adlandırılmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması sürecinde birçok kamu görevlisi ve kurum gibi noterlerin de yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişisel verilerin korunması gereken çok sayıda mecradan biri, kişilerin hukuki işlemlerini resmileştirmekle görevli olan noterlerde gerçekleştirilen işlemlerdir. Noterlerin hukuki statüleri ve çalışma usulleri, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda düzenlenmiştir. Hukuki işlemlerin güvenliğini sağlamak, anlaşmazlıkları önlemek ve çeşitli belge ve işlemleri resmileştirmekle görevli olan noterler, kanun koyucuya göre kamu görevlisidir. Her ne kadar bir kamu görevlisi olarak nitelendirilseler de memur statüsünde olmayan noterlerin kendine özgü bir hukuki statüsü bulunmaktadır. Kendine özgü statüde bulunan noterlerin yapmış olduğu işlemlerin nitelendirilmesi ve sorunluluklarının sınırlarının belirlenmesi de doktrinde tartışmalı bir alan olmasına rağmen noterin yapmış olduğu tüm işlemlerde sorumluluğunun bulunduğu genel kabul görmektedir. Noterler, bilindiği üzere yalnız çalışan tüm işlemleri tek başına yapan kişiler değildirler. Noterliklerde çalışan personel, başvuranların hukuki işlemlerini yapılmasında fazlaca etkindir. Hatta uygulamada, işlemlerin çoğunlukla noterlik çalışanları tarafından yapıldığı, noterin yalnızca imza ve onay aşamasında devreye girdiği görülmektedir. Bu tür bir durum söz konusu olduğunda, ortaya çıkabilecek bir zarara noterlik çalışanının neden olması hâlinde, zararın giderilmesi açısından noterin sorumluluğunun niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Noterlerin yapmış oldukları işlemlerin içeriklerini özenle hazırlama ve işlemin taraflarını hukuki içerik hakkında bilgilendirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca noterler, hukuki işlem yapmak için gelen kişileri işlemlerinin hukuki boyutları hakkında aydınlatmakla yükümlüdür. Bu aydınlatma yükümlülüğünün yanında noterlerin, işlem yapan kişilerin kişisel verilerinin güvenliğini sağlama sorumluluğu da bulunmaktadır.

Ülkemizde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel veri kavramının içeriğini, kişisel verinin ihlali halinde kimin sorumlu olacağını ve kişisel verinin ihlali halinde karşılaşılacak yaptırımlar konularını kapsamaktadır. Ayrıca, kanun ile Kişisel Verileri Koruma Kurulu kurulmuştur. Kurulun kararları, kişisel verilerin korunması, işlenmesi ve bu alanda yaşanabilecek hak ihlallerinin önüne geçilmesi amacını gütmektedir. Bu bağlamda, çalışmamızın ortaya çıkmasına etki eden bir kararın-

da Kurul, noterlikte yapılan bir işlemde kişisel veri ihlali saptamış ancak; noterin kanun kapsamındaki sorumluluğuna değinmemiştir. Karar, bu yönüyle tarafımızca eleştirilmekle beraber, noterin kanun kapsamındaki sorumluluğunun dayanağını saptamak gerektiği kanısı ise bu çalışmanın başlangıç noktası olmuştur.

Bu bilgiler doğrultusunda çalışma "*Kavramsal Çerçeve*", "*Noterlerin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi ve Sorumluluğun Niteliğinin Tespiti*", "*Noterin Yükümlülükleri"* ve *"KVKK'ya Aykırılık Halinde Noterin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme"* olmak üzere dört ana başlıktan oluşmaktadır. "*Kavramsal Çerçeve*" başlığı altında "*Kişisel Veri Kavramı*", "*Verinin İşlenme Kavramı"*, "*Kişisel Veri Kavramının Ulusal ve Uluslararası Düzeydeki Kanuni Düzenlemelerdeki Yeri*", "*Noter Kavramı ve Noterin Hukuki Statüsü"* incelenmiştir. "*Noterlerin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi ve Sorumluluğun Niteliğinin Tespiti*" başlıklı ikinci bölümde "*Noter ile Noterlik İşleminden Zarar Gören Kişiler Arasındaki İlişki Bakımından Sorumluluğun Niteliği*", *Noterin Kendi Başına Yaptığı İşlemler ve Yanında Çalışanların Yaptığı İşlemler Bakımından Sorumluğunun Niteliği*" ve "*Noterin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği Hakkındaki Değerlendirmemiz*" yer almaktadır. Üçüncü bölümde "*Noterin Yükümlülükleri*" başlığı altında "*Aydınlatma Yükümlülüğü* ve "*Noterin KVKK Kapsamında Yükümlülüğü*", son bölümde ise "*KVKK'ya Aykırılık Halinde Noterin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme*"ler bulunmaktadır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Noterlerin, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamındaki hukuki sorumluluklarını değerlendirebilmek için öncelikle konu bağlamında temel kavramların açıklanması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, kişisel veri ve veri işleme kavramlarının tanımlanması, kişisel verilerin ulusal ve uluslararası düzeydeki hukuki düzenlemelerdeki yerinin incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca, noterlik kurumunun mesleki tanımı ve noterin hukuki statüsü gibi kavramların da açıklanması, konunun bütüncül bir şekilde ele alınmasına katkı sağlayacaktır. Bahsi geçen temel kavramların açıklanması, noterlerin kişisel veri işleme süreçlerinde hangi hukuki sorumluluklara tabi olduklarının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

A. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel veri ve veri işleme kavramlarının ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan tanımlarına değinmek gerekmektedir. Bu bağlamda önce kişisel veri kavramını daha sonra ise veri işleme kavramını açıklamak gerektiği kanısındayız.

Ülkemizde bahsi geçen kavramlara ilişkin temel düzenleme olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[1] (KVKK) ve söz konusu kanuna dayanak metin olan 95/46/

[1] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG Sayısı: 07/04/2016/ 29677.

AT sayılı Yönerge[2] ve bu yönergenin[3] yerine yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde[4] (GPDR-General Data Protection Regulation) bulunan kişisel veri tanımlarına değinmek sureti ile kavramın sınırları ve içeriğini belirlemek yerinde olacaktır. Öncelikle GPDR m. 4/1'de kişisel veri kavramı "*kimliği belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ("veri öznesi") ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır. KVKK 3/1 (d) bendinde ise kişisel veri *"kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak GPDR' ye uyumlu bir biçimde düzenlenmiştir. Tanımların içeriğinden de anlaşılacağı üzere kişisel veriden bahsedebilmek için üç unsur gereklidir[5]. Bu unsurlar verinin gerçek kişiye ait olması, kişiyi belirli ve belirlenebilir kılma ve her türlü bilginin kişisel veri olmasıdır. Söz konusu unsurların açıklanması kavramın içeriğini belirlemeye yardımcı olacaktır.

İlk olarak kişisel verinin gerçek kişiye ait olması unsurunu açıklamak gerekmektedir. Kişisel veri, gerçek kişiye ilişkin bilgileri ifade eder; bu nedenle tüzel kişilere ait veriler kişisel verinin sınırları içine girmez[6]. Bu doğrultuda, KVKK ve Genel Veri Koruma Tüzüğü tüzel kişi verileri için geçerli değildir. Ayrıca KVKK' nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendine göre, "ilgili kişi" kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade etmektedir.

İkinci unsur ise kişiyi belirli ve belirlenebilir kılma unsurudur. Kişiyi belirli ve belirlenebilir kılma, kişisel veriyi alelade veriden ayırmaya yarayan ölçüttür[7]. Kişinin belirli olması, gerçek kişinin kimliğinin açıkça belli olması hali iken, belirlenebilir

---

2 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal of the European Communities of 23 November 1995, No L. 281, 31. (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046) (Erişim Tarihi: 09/10/2024)

3 95/46/AT sayılı Yönerge "C.Kişisel Veri Kavramının Ulusal ve Uluslararası Kanuni Düzenlemelerdeki Yeri" başlığında ayrıntılı bir biçimde anlatıldığından tekrara düşmemek adına bu kısımda değinilmemiştir.

4 Regulatıon (Eu) 2016/679 Of The European Parlıament And Of The Councıl of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC General Data Protection Regulation. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679(Erişim Tarihi: 09/10/2024)

5 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, KVKK Yayınları No: 03,(2019),18 <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/185c2130-8070-4b2b-a91e-1d48322ca352.pdf>(Erişim Tarihi 02/10/2024) 18; Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, KVKK Yayınları No: 1, (KVKK Yayınları, Ankara 2019), 52; Çiçek Ersoy Kekevi, 'Genel Kavramlar', Pınar Çağlayan Aksoy ve Hüseyin Can Aksoy (eds), *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış– KVKK Yayınları No. 42* (Arkadaş Basım, Ankara 2023), 103.

6 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 18; GPDR Article 29 Data Protection Working Party Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data, 23 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf > (Erişim Tarihi 12/11/2024).

7 Gamze Turan Başara, "Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi" (2020), 8 (16), *Uyuşmazlık Dergisi* 57-90, 61.

kılma için bilginin ilgili kişinin kimliğini belirleyebilme "olanağı" bulunur[8]. Yani, mevcut bilgi setini başka bilgilerle ilişkilendirilerek kişinin kimliği tespit edilebiliyorsa, bu durumda yine kişisel veriden söz edilebilir[9]. Belirlenebilir olma unsuru KVKK' da açıkça tanımlanmamıştır ancak GPDR m. 4/1' de kimliği belirlenebilir kişi "*doğrudan veya dolaylı olarak isim, kimlik numarası, konum bilgisi veya çevrimiçi kimlik doğrulayıcı gibi bir tanımlayıcı veya fiziksel, psikolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel, ya da sosyal kimliğe dair bir veya birden çok unsur aracılığıyla belirli hale gelen bir gerçek kişi*" olarak nitelendirilmektedir. Bir verinin kişiyi belirlenir kılmasının saptanmasında somut olayın dikkate alınmasının gerektiği önerilmektedir[10].

Son açıklanması gereken unsur ise her türlü bilginin kişisel veri olabilmesidir. Belirli ya da belirlenebilir bir kişi ile ilgili her türlü bilgi kişisel veri olabilir. KVKK m.3'ün gerekçesine göre; "*sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir."* Buna göre kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilecektir[11].

B. Veri İşleme Kavramı

Değinilmesi gereken bir diğer önemli kavram ise veri işleme kavramıdır. Veri işleme KVKK m.3(e)'de; "*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yol-*

---

8 Başara, (n5) 62; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, (4.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020), 10; Alaattin Bük, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması,* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara2018), 33; Şeyma Sert, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması,* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019), 25; Sevgi Eraslan Türkmen, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019), 17.

9 Ersoy Kekevi, (n3) 105.

10 Başara, (n5) 62; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,* (2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017), 35; Hüseyin Murat Develioğlu, *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku,* (1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017), 30.

11 Ersoy Kekevi, (n3) 107.

larla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem" olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kişisel verinin işlenmesi, kişisel verinin elde edilmesi, depolanması ve imha edilmesi süreçlerinde verilerde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsamaktadır.

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde kişisel verilerin işlenmesi "Tanımlar" başlıklı m.4/2'de "*kişisel veriler veya kişisel veri setleri üzerinde otomatik veya otomatik olmayan yollarla yapılan her türlü işlem veya işlem bütünü*" şeklinde nitelendirilmiş ve "*kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi, düzenlenmesi, yapılandırılması, depolanması, uyarlanması veya değiştirilmesi, yenilenmesi, denetlenmesi, kullanılması, ifşası veya aktarılması, paylaşılması veya farklı bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi, sıralanması veya birleştirilmesi, sınırlandırılması, silinmesi veya yok edilmesi*" olarak örneklenerek sayılmıştır. Her iki düzenlemenin birbirine paralel olduğu görülmektedir. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesi kavramı hem Avrupa Birliği (AB) hukukunda hem de Türk hukuk sisteminde geniş yorumlanan bir kavramdır[12]. Şöyle ki verinin elde edilmesinden itibaren veri üzerinde gerçekleşen tüm işlemler veri işleme faaliyeti olarak kabul edilmektedir[13].

C. Kişisel Veri Kavramının Ulusal ve Uluslararası Kanuni Düzenlemelerdeki Yeri

Kişisel veri ve kişisel verinin korunması nispeten yeni birer kavram gibi anlaşılsa da özellikle Avrupa kıtasında söz konusu kavram 1970 yılında Almanya'nın Hessen eyaletinde yapılan Hessen Veri Koruma Kanunu (Hessische Datenschutzgesetz) ile ilk kez bir kanuni düzenlemede koruma altına alınmıştır[14]. 11 Mayıs 1973'te İsveç'te kabul edilen Veri Kanunu[15] (Datalag) ise kişisel verilerin ulusal düzeyde korunmasını sağlayan önemli düzenlemelerden biridir. On yıl içinde İrlanda, İtalya ve İngiltere dışındaki Avrupa Ekonomik Topluluğu üyeleri Hessen Veri Koruma Kanunu'na

---

12 ibid,114.

13 Kişisel verilerin hiçbir işlem yapmadan depolanması, kişisel verilerin internet sitelerine yüklenmesi, sistematik şekilde taranması, listelenmesi ve sunulması gibi tüm işlemler işleme faaliyeti kapsamına girmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020), 46-51; Stewart Room, *Data Protection & Compliance in Context* (Swindon: BCS Learning & Development Limited 2007), 41; Christopher Kuner, European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, (2. Edt, Oxford University Press, Oxford 2007),75.

14 Elif Küzeci, 'Kişisel Verilerin Korunması Hakkı', Pınar Çağlayan Aksoy ve Hüseyin Can Aksoy (eds), *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış– KVKK Yayınları No. 42*, (Arkadaş Basım, Ankara 2023) 31; Hessen Veri Koruma Yasası ile ilgili olarak bkz. Colin J. Bennett, "Regulating Privacy, Data Protection and Public Policy in Europe and United States", (1993) 87(4) *American Political Science Review,* 1035-1036.

15 Datalag (1973:289), https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/datalag-1973289_sfs-1973-289/, (Erişim Tarihi: 11/11/2024).

uygun düzenlemeler yapmışlardır. Tüm bu düzenlemelerin dikkat çeken ortak noktası -günümüzdekinin aksine- kişisel verinin insan hakkı olarak nitelenmesinden uzak olmaları ve veri bankalarının kullanım alanlarını belirlemeleridir[16]. Kısa sürede, etkin koruma sağlamak için mevcut önlemlerin yeterli olmadığı anlaşılmıştır[17]. Bu doğrultuda bireyin haklarını daha güçlü kılmak amacıyla bazı değişiklikler yapılmıştır; ispat yükümlülüğünün taraflarını değiştirmek ve sektöre özgü düzenlemeler getirmek gibi yeni yaklaşımlar benimsenmiştir[18]. Kişisel verilerin anayasal bir hak olarak tanınması ise 1976 yılında Portekiz Anayasası'nın kabulü ile olmuştur[19].

Ulusal bazdaki bu gelişmeleri uluslararası metinlerdeki düzenlemeler izlemiştir. Günümüze kadar gelen süreçte ilk uluslararası metin OECD'nin 1980 tarihli "Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler" dir. Söz konusu metinde yer alan veri toplamanın sınırlı olması, veri kalitesi, veri işleme amacının belirliliği, verilerin kullanımının sınırlı olması, veri güvenliği, veri açıklığı, bireyin sürece katılımı ve hesap verilebilirliğe ilişkin olan sekiz ilke bazı uluslararası ve ulusal metinlerin kabul edilmesinde içeriğin belirlenmesinde etkili olmuştur.

Avrupa Konseyi, kişisel verilerin korunmasına yönelik çalışmalarına erken dönemlerde başlamıştır. 1973 ve 1974'te alınan kararlar, özel sektör ve kamu kurumlarındaki veri işlemlerini düzenlemeyi amaçlamıştır. Ancak, bu dönemde tavsiye kararlarının yeterli olmadığı görülmüş, bu doğrultuda 1976'da bir komite kurularak bağlayıcı bir uluslararası sözleşme hazırlanması süreci başlatılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda, 28 Ocak 1981'de 108 sayılı "Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme" imzaya açılmıştır. 1 Kasım 1985'te yürürlüğe giren bu sözleşme, Konsey üyesi olmayan devletlerin de taraf olabileceği küresel bir standart oluşturmayı amacındaydı. Veri koruma otoriteleri ile sınır ötesi veri akışına ilişkin hükümler getiren Ek Protokol ise 2004 yılında yürürlüğe girmiştir. Ağustos 2021 itibarıyla, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tamamı ve 9 üye olmayan devlet sözleşmeye taraf olmuştur. Türkiye her iki metinin de tarafı olmasına rağmen söz konusu temel ilkeleri güvence altına alan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 2016 yılında yürürlüğe girmiştir.

Bahsedilmesi gereken bir başka düzenleme ise 95/46/AT sayılı Yönergedir[20].

---

16 Harry Henderson, *Privacy in The Information Age*, (Facts on File, New York 2006), 59-60; Simson Garfinkel, *Database Nation, The Death of Privacy in the 21st Century*, (O'Reilly 2000) 13.

17 Küzeci, (n6) 33.

18 ibid, 33.

19 Portekiz Anayasası m. 35 içeriği için bkz.;<https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005#s304 >, (Erişim Tarihi: 11/11/2024).

20 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal of the European Communities of 23 November 1995, No L. 281, 31. (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046) (Erişim Tarihi: 09/10/2024)

108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne üye devletlerinin büyük çoğunluğu kısa sürede taraf olmasına rağmen bu metin, ulusal hukuk sistemleri arasındaki uyumluluğu sağlayamamıştır. Avrupa Birliği içinde kişisel verilerin işlenmesini ve bu verilerin serbest dolaşımını kapsayan bir düzenlemeye ihtiyaç duyulması sebebiyle hazırlanan 95/46/AT sayılı Yönerge yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenleme kişisel verilerin etkin korunmasını ve verilerin AB içinde serbest dolaşımını sağlayabilmeyi amaçlamaktadır. 95/46/AT sayılı Yönerge, üye devletlerin veri koruma sistemlerini güçlendirmiştir. Yönergenin genel yapısı incelendiğinde, özellikle koruyucu önlemlerin ön planda olduğu dikkat çekmektedir. Yönerge kapsamında, veri sahibinin verinin kaynağını öğrenme, hatalı verileri düzeltme ve hukuka aykırı işlemlere karşı itiraz etme gibi hakları güvence altına alınmıştır[21]. Yönergenin uygulama alanı sınırlı kalınca, üye devletlerin hukuk sistemlerinde doğrudan uygulama gücüne sahip olan bir Tüzük çıkarma yolu izlenmiş ve GPDR 2016 yılında yürürlüğe girmiştir. GPDR, kişisel verisi işlenen bireylerin haklarını, veri işleme faaliyetini yürütenlerin sorumluluklarını, uyum sağlama yöntemlerini ve kurallara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımları belirlemektedir. Günümüzde giderek artan kişisel veri işleme faaliyetleri karşısında GPDR, veri gizliliği ve güvenliği alanında uluslararası aktörler ve üçüncü ülkeler üzerinde de etkili bir nitelik taşımaktadır.

Ülkemizde kişisel verilerin korunması kavramı, 2010 yılında 5982 sayılı Kanun ile Anayasa m. 20'ye eklenen fıkra ile anayasal bir hak olarak teminat altına alınmıştır. Bu çerçevede, bireylerin kendilerine ait kişisel veriler üzerinde sahip oldukları hak ve yetkiler ile kişisel verilerin hangi durumlarda işlenebileceği belirlenmiş; kişisel verilerin korunmasına yönelik usul ve esasların kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir[22]. Anayasal bu düzenlemeyi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi izlemiştir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Türkiye'de kişisel verilerin korunmasına yönelik temel çerçeveyi oluşturmak için 24 Mart 2016'da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş ve 7 Nisan 2016 tarihinde Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 95/46/EC sayılı Yönerge'den esinlenen KVKK, kişisel verilerin korunmasına dair AB standartlarına uyum sağlamayı amaçlamaktadır. KVKK'nın kabul edilmesindeki temel amaçlar; kişisel verilerin korunması, veri işleme standartlarının belirlenmesi, bireylerin haklarının güvence altına alınması ve veri koruma kurulunun kurulmasıdır. KVKK, özel sektör ve kamu sektöründeki veri işleme faaliyetlerine standartlar getirerek kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişilere yükümlülükler getirmiştir. Ayrıca veri sahibine aydınlatılma hakkı, verilerinin silinmesi veya yok edilmesi gibi haklar tanımıştır.

---

21 Küzeci, (n6) 46.

22 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Kapsamı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami> (Erişim Tarihi: 28/10/2024).

D. Noter Kavramı ve Noterin Hukuki Statüsü

Noterlik kurumu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu[23](NK) ile düzenlenmektedir. Noterlik Kanunu m.1'de çizilen çerçeveye göre noter, "*hukuki güvenliği sağlamak, anlaşmazlıkları önlemek ve çeşitli belge ve işlemleri resmileştirmekle görevli; kanunların belirlediği diğer yetkileri bulunan, özel niteliklere sahip ve kendine özgü hukuki bir statüsü olan kamu görevlisidir*"[24]. Bu hususta tartışma konusu olan mesele bir kamu görevlisi olan noterin memur statüsünde olup olmadığıdır. Kanunun ifadesinden noterin memur olup olmadığını anlamak mümkün değildir. Noterlik Kanunu'nun bazı hükümleri, noterlik mesleğini memurluğa yakın gibi düzenlese[25] de net bir şekilde memur kavramına dahil etmediği görülmektedir[26]. Noterliği memurluğa yakın olarak düzenleyen maddelere örnek olarak NK m.50 ve m. 51'de zikredilen noterliğin hiçbir başka bir görev ile birleşememesi ve çalışma saatlerinde mesai saatlerine uyma zorunluluklarının bulunması gösterilebilir. Buna karşılık, memurluktan uzaklaştıran hükümlere ise m. 40/2'de yer alan dairenin giderlerinin notere ait olması veya noterlere karşı işlenen suçları düzenleyen m.152'de noterlerin memur olarak kabul edilmemesi; ancak noterlere, memurlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı örnek olarak verilebilir.

Noterliğin serbest meslek olarak zikredildiği bir diğer düzenleme, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu[27] (GVK)'da yer almaktadır. Ancak bu düzenleme, noterler yönünden yalnızca gelir vergisinin tahsili ile sınırlı bir geçerliliğe sahiptir[28]. Şöyle ki GVK m. 65/2 de var olan serbest meslek tanımı noterlerin statüsü ile tam olarak bağdaşmamaktadır. Maddede ki tanıma göre serbest meslek mensubu; *"bir kimsenin, bir faaliyeti, bağımsız olarak bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapan"* kişidir. Halbuki noterler Noterlik Kanunu

---

23 Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG Sayısı: 05/02/1972/14090.

24 Ömer Ulukapı, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2013) 21 (1), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 211; Şebnem Akipek Öcal ve Hayriye Şen Doğramacı ve Gözde Çağlayan Aygün, "Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme", (2023) 9 (2), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergis*i, 235.

25 Kemal Toygar, 'Serbest Meslek mi, Kamu Hizmeti mi?', (1974) 3, *TNBHD,* 10; Leyla Müjde Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2019) 18 (2), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 86; Reşat Atabek, "Noter; Mali Sorumluluk Sigortası", 1974, 4, *TNBHD,* 16; Metin Topçuoğlu, "Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği", (2000) 20 (4), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 194; Mustafa Kıcalıoğlu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu",(2007) 2(11), *Terazi Hukuk Dergisi*, 131.

26 Topçuoğlu (n26), 194; Ömer Ulukapı, *Noterlik Mesleği ve Noterin Hak ve Yükümlülükleri,* (1.Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2003),48.

27 Gelir Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 193, Kabul Tarihi: 31.12.1960, RG Sayısı: 06/01/1961/10700.

28 Tuğçe Tekben, "Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", (2021) 86(3), 75; Ulukapı, (n27) 49, 50; Ömer Ulukapı ve Murat Atalı, *Noterlik Hukuku*, (3.Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2013) 9-10.

m.121'e göre; "*Adalet Bakanlığının ve Türkiye Noterler Birliğinin gözetim ve denetimi altındadır*." Noterlik mesleğine dair noterlik açılması, sınıflandırılması, noterlerin atanması ve izin işlemleri, çalışma süreleri, ücret ve diğer haklar, denetimler, görevlerin sona ermesi, hak ve yetkiler gibi hususlar Adalet Bakanlığı'nın bilgisi ve gözetiminde yürütülür. Ayrıca noterlerin, istedikleri yerde çalışma veya kendi ücretlerini belirleme gibi bir serbestlikleri yoktur. Bu nedenle noterler, kamu hizmeti yürütmelerine ve bazı yönleriyle memurlara benzemelerine rağmen, memur olarak kabul edilmez. Doktrinde bu gerekçelerle noterlik mesleği, kendine özgü (sui generis) bir statüye sahip bir kurum olarak değerlendirilir[29].

II. NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SORUMLULUĞUN NİTELİĞİNİN TESPİTİ

Noterlerin hukuki sorumluluğunu tespit edebilmek için öncelikle Noterlik Kanunu'nda mevcut olan düzenlemeler incelenmeli ve mesleki sorumluluğun sınırları belirlenmelidir. Ardından, noter ile hizmet alan kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği değerlendirilerek bu ilişkinin ortaya çıkardığı sorumluluğun sonuçları ele alınmalıdır. Bir diğer önemli konu, noterliklerde çalışan kişilerin yapılan hukuki işlemler nedeniyle zarara neden olma ihtimalleridir. Bu bağlamda, noterlerin bu zararlardan sorumlu olup olmayacağının belirlenmesinin gereklidir.

Noterlerin hukuki sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nda[30] mevcut olan sorumluluğu düzenleyen genel hükümler dışında 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda özel olarak düzenlemiştir.

Noterlik Kanunu m.162/1 hükmünde iki tür sorumluluktan bahsedilmektedir. Söz konusu sorumluluklardan ilki, noterin kendi gerçekleştirdiği işlemlerden doğan zararlardan sorumluluğunu düzenlemektedir. İkincisi ise stajyer, kâtip veya kâtip adaylarının gerçekleştirdiği işlemlerden kaynaklanan zararlardan noterin de sorumlu tutulmasını hüküm altına almaktadır. Sorumluluğun kime ait olduğunun ve hukuki niteliğinin tespiti; zamanaşımı süreleri, yetkili mahkeme, zarar miktarının belirlenmesi ve tazminat hesaplamaları gibi konular açısından büyük önem taşımaktadır.

Doktrinde ise bu ayırımın teorik olduğu ileri sürülmektedir[31]. Şöyle ki, uygulamada hemen hemen tüm işlemler katipler tarafından hazırlanmakta, noterlerin imza ve mührü ile işlemin tamamlandığı bilinmektedir. Dolayısıyla, yapılan işlemin sadece notere mi yoksa kâtibe mi ait olduğunun tespiti zorlaşmaktadır. Söz konusu sorunun

---

29 Topçuoğlu, (n26) 196; Ulukapı (n25) 9- 13 ve 50; Ulukapı ve Atalı, (n29)10; Mehmet Orhan Batmaz, *Noterlerin Hukuki Sorumluluğu* (1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015) 11,29,34; Atabek, (n26) 18; Kurt, (n26) 86; Ülgen Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", (2013) 17 (1-2), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 492; Tekben, (n29) 76.

30 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG Sayısı: 04/02/2011/27836.

31 Ulukapı, (n25) 214; Ahmet Cemil Ünal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence", (2023) 9(2), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 236.

çözümü için noterin imza ve mührü ile tamamlanan bir işlemin, doğrudan noterin işlemi olarak değerlendirilmesi de önerilmektedir. Bu durumda, noterin çalışanlarına—katiplere veya stajyerlere—rücu etme hakkı çerçevesinde çözüm sağlanması makul bir yaklaşım olacaktır. Nitekim noterler, belirli yetkileri verdikleri kâtip veya stajyerlere, işlemleri kendi imzalarıyla sonuçlandırma olanağı tanıyabilir. Bu durumda, kâtip veya stajyerin gerçekleştirdiği işlemden kaynaklanan sorumluluk doğrudan notere aittir. Ayrıca, imza yetkisi bulunmayan kâtip, kâtip adayı ve stajyerlerin noterin imza ve mührüyle gerçekleştirdiği işlemler, sorumluluk açısından noterin kendisi tarafından yapılmış sayılmalıdır.

A. Noter ile Noterlik İşleminden Zarar Gören Kişiler Arasındaki İlişki Bakımından Sorumluluğun Niteliği

Noterin sorumluluğunun belirlenmesi gereken ilk husus, noter ve hizmet alan arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Noter ile hizmet alan kişi arasındaki ilişkinin türünü netleştirmek için, bu sorumluluğun bir haksız fiile mi yoksa sözleşmesel bir ilişkiye mi dayandığının incelenmesi gerekir. Eğer bu ilişki sözleşmesel bir temele dayanıyorsa, sözleşmenin niteliğinin de ayrıca tespit edilmesi önem taşır.

Doktrinde, noter ile notere iş yaptırmaya gelen üçüncü kişi arasında bir sözleşme bulunduğunu savunanlara göre[32],noterin sorumluluğu sözleşmeye dayanmaktadır. Bu görüşe göre, noter, ücret karşılığında iş sahibine belirli bir hizmet sunmakta ve bu süreçte taraflar arasında bir özel hukuk sözleşmesi oluşmaktadır. O halde noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir zemine oturtulması ve bu sözleşmenin türünün tanımlanmasını gerekecektir. Bir görüşe göre[33], sözleşmenin türü belirlenirken noterlerin gerçekleştirdiği işlerin zorunlu ve isteğe bağlı işlemler olarak ayrılması gerekmektedir. Zorunlu işlemlerin noterlerin yükümlülükleri olarak değerlendirilmelidir. Diğer işler ise vekalet ilişkisi veya emanet (vedia) sözleşmesi olarak nitelenmelidir.

Noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin, bir ayırım yapılmaksızın TBK m.502'ye dayanan bir vekalet sözleşmesi olarak görülmesini ileri sürenler[34] olduğu gibi, söz konusu ilişkinin mevcut sözleşme türlerinden farklı olduğu dolayısıyla kendine özgü (sui generis) bir niteliği bulunduğu ve bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanmasının uygun olacağı görüşü de mevcuttur[35].

Doktrinde hâkim olan görüşe göre noter ile iş yaptırmaya gelen üçüncü kişi arasında sözleşme bulunmamaktadır bu nedenle noterin hukuki sorumluluğu haksız

---

32 Atabek (n26); 17; Bilâl Kartal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", (1998) 24(3), *Yargıtay Dergisi*, 349; Mustafa Serdar Özbek, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, (5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022), 75.

33 Topçuoğlu, (n26) 199-200; Ünal, (n32) 237.

34 Kartal, (n33) 349.

35 Atabek, (n26)18.

fiil sorumluluğudur[36]. Bu görüşü benimseyenlere göre, noterlik görevleri kamu hizmeti niteliği taşımaktadır. Özellikle, noter işlemlerinin resmi bir belgeye dayandığı durumlarda ilişkiler sözleşmesel bir temele dayanmamaktadır. Ayrıca, bu görüşe göre, noterin sorumluluğunun niteliğinin, noterin yaptığı her bir işleme göre ayrı ayrı değerlendirme yapılarak tespit edilmesi isabetli bir yöntem değildir. Böyle bir yöntemin benimsenmesi, pratikte uygulanabilirlikten uzaktır.

B. Noterin Kendi Başına Yaptığı İşlemler ve Yanında Çalışanların Yaptığı İşlemler Bakımından Sorumluğunun Niteliği

Noterin sorumluluğun kusura dayanıp dayanmadığı konusu doktrinde[37] tartışmalıdır. Bunun nedeni, Noterlik Kanunu m.162'nin metninden kusur sorumluluğu olup olmadığının anlaşılmasının mümkün olmamasıdır. Aslında bu hususta ikili bir ayırım yapmak daha yararlı olacaktır. Noterin kendi fiilinden sorumluluğu ve noterin yanında çalışanların fiillerinden sorumluluğunda kusurun saptanması ayrı ayrı yapılmalıdır.

Noterin kendi fiilinden ötürü sorumluluğunun kusur sorumluluğu, çalışanlarının fiillerinden kaynaklanan sorumluluğun ise kusursuz sorumluluk olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır[38]. Söz konusu görüşe göre, Noterlik Kanunu m.162/1; "*Stajiyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.*" şeklinde düzenlenmiş olup burada zikredilen "bile" ifadesi noterlerin doğrudan kendi işlemleri dışında gerçekleşen durumlarda dahi çalışanlarının eylemlerinden sorumlu olmalarını sağlamak amacıyla kullanılmıştır. Bu sebeple, bu hükmün noterin kendi gerçekleştirdiği eylemler için uygulanamayacağı belirtilir. Dolayısıyla, noterin kendi fiilleri nedeniyle sorumluluğu açısından Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiilleri düzenleyen m. 49. hükmü dikkate alınmalıdır. Noterin, çalışanının gerçekleştirdiği bir fiil nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için kendi kusuruna gerek yoktur; ancak çalışanın zarara yol açan eyleminde kusurlu olması gereklidir.

---

[36] Ulukapı, (n25) 216; Kurt, (n26) 90; Hasan Pulaşlı, "Türk ve Alman Hukuklarında Noterin Hukuki Sorumluluğu", (1983) 39, *TNBHD,* 12; Nihat Meriç, "1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler", 1994 (83) *TNBHD,* 40; Osman Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2*, (2. Baskı 2019), 442; Aslan Düzgün, (n30) 494.

[37] Noterin sorumluluğu konusundaki doktrindeki tartışmalar için bkz., Batmaz, (n30) 104; Tekben (n29),134 dp. Kartal, (n33) 349; Kıcalıoğlu, (n26) 137; Ulukapı, (n22) 69; Özbek, (n27) 76; Saibe Oktay-Özdemir, **"**Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, 2007, 699; Hâluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010), 132; Engin Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", (1979) 5 (3), *Yargıtay Dergisi,* 586.

[38] Batmaz, (n30) 104; Tekben (n29),134 dp.; Serdar Nart, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2010) 11, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Bilge Umar"a Armağan Özel Sayısı,* 430.

Hâkim olan bir diğer görüşe göre[39], NK m. 162'de "kusur" kavramına değinilmediği için noterlerin hem kendi eylemleri hem de çalışanlarının eylemleri nedeniyle kusursuz sorumluluk taşıdığı kabul edilmektedir. Kusursuz sorumluluğu benimseyen yazarlardan bazıları, bu yaklaşımı isabetli bulurken, bazıları eleştirmektedir. Bu sorumluluğun yerinde olduğunu savunanlara göre[40], noterlerin işlemlerinin doğruluğu hususunda işlem sahiplerine güvence sağlama yükümlülüğü ve noterlik işlemlerindeki hataların ciddi zararlara yol açma riski, bu ağır sorumluluğu haklı kılmaktadır Öte yandan, bu görüşü eleştiren yazarlar ise sorumluluğun kusura dayalı bir sisteme geçmesi veya en azından noterin çalışanlarının eylemleri açısından kurtuluş kanıtı sunabilmesine olanak tanınması gerektiğini savunmaktadır[41].

Bazı yazarlar, noterin bu sorumluluğunu, Medeni Kanun'un m. 1007'de düzenlenen ve Devletin tapu sicilini tutmasından kaynaklanan sorumluluğuna benzetmektedir[42]. Her ne kadar noterlerin sorumluluğu, Türk Medeni Kanunu[43] m. 1007 uyarınca devletin tapu sicilini tutma sorumluluğuna benzetilse de bu görüşe katılmak doğru bir yaklaşım değildir. Her iki düzenlemenin toplumsal güvenliği sağlama amacı ortak bir nokta taşısa da devletin sorumluluğunda işlem nedeniyle zarara uğrayan kişiler, doğrudan tapu memuruna değil devlete başvurarak zararlarının giderilmesini talep etme hakkına sahiptir. Buna karşılık noter işlemlerinde, işlemden zarar gören kişi veya üçüncü şahıs devlete başvuruda bulunamaz; zararın tazmini için doğrudan notere dava açması gerekir. Ayrıca, devletin sorumluluğundan farklı olarak, noter işlemi sonucunda doğrudan işlemi yapan kişiye de haksız fiil hükümleri çerçevesinde talepte bulunmak mümkündür[44].

Söz konusu duruma ilişkin Yargıtay'ın görüşü, noterlerin gerek kendi fiillerinden gerek çalışanlarının fiillerinden ötürü, NK. m. 162'de düzenlenen sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğu yönündedir[45]. Yargıtay' a göre haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki unsurları burada da aranacaktır.

---

39 Kartal, (n33) 349; Kıcalıoğlu, (n26) 137; Ulukapı, (n22) 69; Özbek, (n27) 76; Oktay Özdemir, (n38) 699; Tandoğan, (n38)132; Doğu, (n38)586.

40 Tandoğan, (n32) 132; Kıcalıoğlu, (n26) 137.

41 Ulukapı, (n27) 69; Süha Tanrıver, 'Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri', *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,* 2004, 596.

42 Ulukapı, (n27) 69; Atilla İnan, "Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu," (2000) 36, *Sayıştay Dergisi*, 31.

43 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG Sayısı: 08/12/2001/ 24607.

44 Aynı görüşte bkz. Akipek Öcal ve Şen Doğramacı ve Çağlayan Ergün (n25) 222.

45 Yargıtay, 4. HD, T. 09.7.1998, E.1998/316, 1998/6105 K, (Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 03/10/ 2024) Yargıtay, 11. HD, T. 21.5.2012, E.2012/4425, K.2012/8488 (Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 03/10/ 2024); Yargıtay, 3. HD, T. 02.05.2023, E.2023/1905, K.2023/1214, (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 03/102024); Yargıtay, HGK, T. 09.05.2018, E.2017/3-994, K.2018/1048, 2015 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 04/10/ 2024).

Bir görüşe göre[46], NK. m. 162 uyarınca noterin gerek kendi fiilinden gerek çalışanının fiilinden ötürü sorumluluğu, kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiştir. Bu hükümde, kusur şartına yer verilmeksizin noterin hukuka aykırı noterlik faaliyetinden sorumlu olacağı belirtilmiştir. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer mesele, noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk hallerinden hangi türe dahil edileceğidir. Bu nedenle, öncelikle kusursuz sorumluluk hallerine teker teker değinmek ve noterin sorumluluğunu hangi türe dahil etmek gerektiğini belirlemek gerekmektedir.

Kusursuz sorumluluk hakkaniyet sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu (nezaret ve özen gösterme yükümünden doğan sorumluluk) ve tehlike sorumluluğu olarak üçe ayrılmaktadır. Noterin sorumluluğunun hakkaniyet sorumluluğu olduğunu ifade etmek çok mümkün olmayacaktır. Şöyle ki, hakkaniyet düşüncesinde özellikle zarar veren ile zarar görenin karşılıklı ekonomik durumları göz önünde bulundurulmaktadır[47]. Örneğin, TBK m. 65 ile düzenlenen kusursuz sorumluluk hali, dayanağını hakkaniyet düşüncesinden almaktadır[48]. Bu hükümde, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin verdikleri zararlardan, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulacakları belirtilmektedir. Hakkaniyet düşüncesine göre, zarar verenin zengin, zarar görenin fakir olması durumunda zarar görenin zarara katlanmak zorunda kalmasının adalet duygusunu zedeleyeceği kabul edilmektedir[49]. Ancak, noterin sorumluluğunun hakkaniyet sorumluluğu olduğu kabul edilirse, noterlerin noterlik faaliyetinden zarar görenden daha zengin oldukları varsayılmalıdır ki, bu pek geçerli bir iddia olmayacaktır. Zararın meydana gelmesinde kusuru olmayan bir noterin,

---

46 Kurt'a göre; "*Kuşkusuz bir sorumluluk hükmünde "kusur" ifadesine yer verilmemiş olması, o hükmün mutlaka kusursuz sorumluluk öngördüğü anlamına gelmez. Örneğin, manevi tazminata ilişkin BK. m. 56 ve BK. m. 58 hükümlerinde kusur ifadesi geçmediği halde tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şartı aranmaktadır. Ancak bu hükümler kusur sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 49 hükmünün devamı niteliğinde olduğu ve kusur şartı BK. m. 49'da sorumluluğun şartı olarak açıkça düzenlendiği için bu sonuca ulaşılmaktadır. Oysa NK. m. 162 f. 1 hükmü bakımından NK.nun sistematiğinden böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Öte yandan, NK. m. 162 f. 1 hükmü olmasaydı, noterlik faaliyetinden doğan zararlar kapsamında noter, kendi fiili bakımından BK. m. 49, noterlik çalışanının fiili bakımından ise BK. m. 66 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilecekti. Kanun koyucu bu hükümlerdeki düzenlemeleri yeterli görseydi, onun NK. m. 162 f. 1 hükmüyle ayrı bir düzenleme yapması gerekmezdi. NK. m. 162 f. 1 hükmünde "kusur" veya "kurtuluş kanıtı" ifadeleri kullanılmadığına göre, kanun koyucunun BK. m. 49 ve m. 66 hükümlerindeki sorumluluk esaslarını NK'nda da aynen tekrarladığına ilişkin bir işaret de bulunmamaktadır. Aksine bu durum kanun koyucunun NK. m. 162 f. 1 hükmündeki düzenlemeyle BK. m. 49 ve BK. m. 66 hükümlerinde öngörülenden farklı bir sorumluluk esasını benimsediğine işaret etmektedir. Belirtmek gerekir ki, NK. m. 162 f. 1'de kullanılan "bile" sözcüğünden de noterin kendi fiilinden sorumluluğunun bu hükmün kapsamı dışında olduğu sonucu çıkarılamaz. Aksine, evleviyetle kendi fiilinden ötürü kusur şartı aranmaksızın sorumlu tutulmuş olan noterin, çalışanlarının fiillerinden "bile" kusur şartı aranmaksızın sorumlu olacağı sonucu çıkar."* bkz. Kurt, (n26) 91-92.

47 Hâluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, (Turhan Kitabevi, Ankara 1981), 5.

48 S. Sulhi Tekinay, ve Sermet Akman ve Halûk Burcuoğlu, ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993), 498.

49 Fikret, Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (29.baskı, Yetkin Kitabevi Ankara 2024), 615.

zarar görenin zararını tazminle yükümlü tutulmaması, adalet duygusunu zedeleyici bir durum oluşturmaz[50]. Bu bakımdan, noterin sorumluluğunun hakkaniyet esasına dayalı bir sorumluluk olduğunu söylemek doğru değildir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, noter, yaptığı işlemlerde gerek kendi fille-ri bakımından gerek noterlik çalışanlarının bu faaliyet kapsamında denetlenmesi bakımından dikkat ve özen göstermelidir. Noter, noterlik faaliyetini özenle yerine getirmekle yükümlüdür ve bu özen yükümlülüğünün kaynağı kanundur. Noterlik Kanunu'nun çeşitli hükümleri, notere görevini özenle yapma yükümlülüğü getir-mektedir. Örneğin NK. m. 72/3'e göre "*Noter, iş yaptıracak kimselerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür*." Ayrıca bu düzenlemeye dayanılarak çıkarılan Noterlik Kanunu Yönetmeliği[51] m. 77/1'e göre "*Noter, noterlik dairesi servislerinde çalışan personel arasında, iş durumuna göre gerekli görev bölümünü yaparak dairenin düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamakla yükümlüdür.*". Yine Yönetmelik m.133'e göre, "*Noterin izin ve hastalık hallerinde bu noterliğe vekâlet edecek kimse, esas noterin denetim ve gözetimine tabidir.*"Bir görüşe göre noterin sorumluluğunun ağırlaştırılmış özen sorumluğu olarak kabulü yerindedir[52].

Öte yandan, noterin sorumluluğunun özel bir tür tehlike sorumluluğu olarak değerlendirilebileceğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır[53]. Söz konusu görüş TBK m. 71'de düzenlenen tehlike sorumluluğunun önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler için söz konusu olduğunu kabul etmekle beraber "tehlike *sorumluluğun-da bir faaliyete büyük menfaatler bağlanması, bu faaliyetin kamu güvenine mazhar olması, faaliyetteki aksaklıktan büyük zararlar doğma tehlikesinin bulunması ve bu nedenle faaliyet sahibinin doğan zarardan sorumlu tutulması biçiminde geniş bir anlam yüklenirse, olan hukuk (de lege lata) bakımından, NK. m. 162 f. 1 hükmünün özel bir tehlike sorumluluğu hükmü olduğu sonucuna varılabileceğini*" ileri sürmek-tedir[54]. Bu görüşe katılmak şu yönden mümkün değildir; Türk Borçlar Kanunu m. 71'e göre tehlike sorumluluğunda işletmenin faaliyetinin kendisi veya bu faaliyette kullanılan araç ve gereçlerin zarara neden olması söz konusudur. Ancak noterlik iş-lemlerinde toplum için başlı başına tehlike içeren bir faaliyet yürütülmemektedir[55].

Yargıtay HGK, noterlerin sorumluluğunun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 66' da düzenlenen sorumluluğun ağırlaştırılmış bir şekli olduğunu kararlarında ifade

---

50 Aynı yönde bkz Kurt, (n26) 93.

51 Ender Dedeağaç, Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu, (2006), 130, *TNBHD*, 93.

52 Aynı görüşte bkz; Süha Tanrıver, Mehmet Serkan Ergüne, "Noterlerin Taşınmaz Sözleşmesine İlişkin Hukuki Esaslar", (2023) 72(1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 164.

53 Kıcalıoğlu, (n26) 137; Nart, (n38) 431.

54 Aynı yönde bkz Kurt, (n26) 93.

55 Aynı görüşte bkz. Akipek Öcal ve Şen Doğramacı ve Çağlayan Ergün (n25)221, Kurt, (n26) 106; Tekben (n29),123.

etmektedir[56]. Doktrinde de bu yönde bir görüş mevcuttur. Görüşün taraftarlarına[57] göre noterler için öngörülen bu sorumluluk halinin adam çalıştıranın sorumluluğunun özel bir türü olduğunu kabul edilse bile noterin sorumluluğunu düzenleyen hükmün, adam çalıştıranın sorumluluğundan farklı olarak, kurtuluş kanıtı sunarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanımamaktadır. Ancak noter, genel hükümlere göre nedensellik bağının kesildiğini öne sürerek sorumluluktan kurtulabilir.

C. Noterin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği Hakkındaki Değerlendirme

Değinilen görüşlerin farklılığı ve sayısının çokluğu göz önüne alındığında, makale konusu açısından noterin sorumluluğunu bazı başlıklar altında toplayarak bir saptama yapmanın gerekli olduğu düşünülmektedir. Doktrinde[58], noter ile noterlik işleminden zarar gören kişiler arasındaki ilişkide sorumluluğun niteliğinin saptanması konusunda tartışmaların ilişkinin sözleşme sorumluluğu mu haksız fiil sorumluluğu mu olduğunun tespiti konusunda olduğu görülmektedir. Doktrindeki[59] bir diğer tartışma ise noterin sorumluluğun kusura dayanıp dayanmadığını noktasında yoğunlaşmaktadır.

Noterlik kurumu, Türk hukukunda 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmiş olup m. 1'de noterliğin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre noterlerin, hukuki güvenliği sağlama ve anlaşmazlıkları önleme görevleri kapsamında, işlemleri belgelemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Noterlerin görevleri sırasında düzenledikleri belgeler ve yürüttükleri işlemler, hukuki güvenliği sağlamayı amaçlamaktadır. Bu sürecin sonunda çeşitli belgelere resmi nitelik kazandırılarak güvenli bir işlem tesis edilmektedir. Ancak, noterlerin yaptığı işlemler nedeniyle yalnızca işlemin tarafları değil, işlemde doğrudan yer almayan üçüncü kişiler de zarar görebilir. Bu nedenle, noterlerin sorumluluğunun belirli esaslara bağlanması gerekliliği doğmuş ve Noterlik Kanunu, bu sorumluluğu özel bir

---

[56] Yargıtay HGK, T. 27.05.2015, E. 2013/2329 K. 2015/1444 (Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 05/10/ 2024). *"(…….)Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde noterin kendi yaptığı işten ve çalışanının yaptığı işten dolayı sorumluluğu düzenlenmiş ve aynı hukukî rejime tabi kılınmıştır. Bu sorumluluk adam çalıştıranın sorumluluğuna benzemez. Zira adam çalıştıranın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış iken, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Bu yönü itibariyle ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluk olduğu sonucuna varılmaktadır. Noter özene ilişkin genel kurtuluş kanıtı getirebilir. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Noter gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir."* Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, T. 06.12.2013, E. 2013/4-335, K. 2013/1654, (Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 05 /10/2024).

[57] Akipek Öcal ve Şen Doğramacı ve Çağlayan Ergün (n25), 222.

[58] Söz konusu tartışmalar için bkz. çalışmanın "A. Noter ile Noterlik İşleminden Zarar Gören Kişiler Arasındaki İlişki Bakımından Sorumluluğun Niteliği" başlığı.

[59] Bahsi geçen görüşler için bkz. çalışmanın "B. Noterin Kendi Başına Yaptığı İşlemler ve Yanında Çalışanların Yaptığı İşlemler Bakımından Sorumluğunun Niteliği" başlığı.

hükümle düzenleyerek genel kuralların ötesine geçmiştir. Noterlik Kanunu m.162 noterlerin hukuki sorumluluğunu detaylandırmakta ve noterlerin gerek kendileri gerekse çalışanları tarafından yapılmayan veya yanlış ya da eksik yapılan işlemler nedeniyle zarar görenlere karşı sorumlu olduklarını belirtmektedir. İlgili hükümde kusurdan bahsedilmemiş olması, noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk ilkesine dayandığını göstermektedir. Yargıtay'ın görüşüne göre de bu sorumluluk kapsamında, haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki unsurları burada aranacaktır.

Noterler, kamu adına çalışan ve belgelerin resmiyetini sağlamakla görevli bir güven kurumu olma özelliğine sahiptir. Bu yetki ve sorumlulukların önemi nedeniyle noterlerin faaliyetlerinin sıkı şekil kurallarına bağlanması gerekmektedir. Noterlerin resmiyet kazandırdığı belgeler, hukuki sonuçlar doğurduğu gibi aksinin ispatı güç bir güvence sağlamaktadır. Bu nedenle, noterlerin düzenlediği belgeler gerek ispat gerekse icra kabiliyeti açısından özel bir statüye sahiptir. Söz konusu özel statü, noterlerin işlemlerinin eksiksiz ve doğru olmasını bekleyen kişilere güven vermekte ve dolayısıyla bu işlemlerden kaynaklanan bir zarardan noterin sorumlu tutulmasını sağlamaktadır.

Noterlerin sorumluluğunun ağırlaştırılmış bir sorumluluk olarak kabul edilmesi, işin önemi ve noterlik işlemlerinde yapılabilecek hataların büyük zarar riskleri yaratması ile ilgilidir. Doktrinde bu sorumluluk türü, sebebe dayalı ağırlaştırılmış bir sorumluluk olarak tanımlanmakta ve noterlerin hem kendi yaptıkları işlerden hem de çalışanlarının işlemlerinden aynı sorumluluğa tabi oldukları ortaya konulmaktadır. Ancak bu durum, işverenin çalışanı için taşıdığı sorumluluktan farklıdır. Noterler, kurtuluş kanıtı sunarak bu sorumluluktan kurtulamazlar. Noter, gerekli özeni gösterdiğini iddia etse de bu durum sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak, zarar kaçınılmaz olarak meydana gelmesi halinde, noterin sorumluluktan kurtulma ihtimali doğar. Noterlerin göstermekle yükümlü olduğu özen, sıradan bir insanın dikkat ve özen seviyesinden farklıdır; bu özen noterlik mesleğinde aynı görevi üstlenen bir uzmanın göstereceği dikkatle değerlendirilmelidir. Bu anlamda, noterlerin tazmin yükümlülüğü, bireysel davranışlarının ötesinde, noterlik mesleğinin taşıdığı kamusal sorumluluk ve yüksek özen yükümlülüğü çerçevesinde şekillenir.

III. NOTERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hukuki ilişkilerin giderek karmaşıklaşması, nedeniyle hukuki tecrübeden yoksun olan işlem taraflarının, bilinçli kararlar almasını zorlaştırmakta; bu durum noterin bilgi aktarma ve olası riskleri açıklama sorumluluğunu daha da önemli hale gelmesi söz konusudur[60]. Noter, işlem yapmak isteyen kişilere haklarını ve hukuki riskleri önceden belirterek tarafları doğru şekilde yönlendirmelidir. Bu yönlendirme, yalnızca tarafların karar alma sürecinde bilinçli davranmalarını sağlamakla kalmaz,

[60] Andreas Bohnenkamp, *Unparteilichkeit des Notars bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO*?", Dissertation, 2005, 27-30; Cenk Akil, "Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü", (2013) 3, *Ankara Barosu Dergisi,* 221.

aynı zamanda işlemlerin güvenli ve hukuka uygun şekilde gerçekleşmesine de katkıda bulunur.

Noter, hukuki işlem için gereken belgelerin taslaklarını oluştururken özen ve aydınlatma yükümlülüğünü kapsamında hareket etmek zorundadır. Noter tüm bu işlemleri yaparken KVKK kapsamında mevcut bulunan ve kendisine yüklenen sıfatın getirdiği yükümlülükleri de göz önünde bulundurmalı ve kişisel verinin korunmasını sağlamalıdır. Çalışmanın bu kısmında noterin NK' dan kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü ile KVKK kapsamımda mevcut olan veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerine değinilecektir.

A. Aydınlatma Yükümlülüğü

Aydınlatma, bireylerin hukuki işlem yapma ya da yapmama iradesini etkileyebilecek, bilinmesi faydalı olan bilgilerin, olumlu ve olumsuz yönleriyle anlaşılır bir şekilde sunulmasıdır[61]. Bu kapsamda, bireye iradesini açıklayacağı ya da saklayacağı hukuki işlemin detaylarının anlatılması gerekmektedir. Bilgilendirme sürecinde, hukuki işlemin türü, nasıl yapılacağı, beklenen ya da beklenmeyen sonuçları, istenen ve istenmeyen etkileri, alternatif seçenekler, kısa ve uzun vadeli etkileri, zamanlama faktörleri ve içerdiği riskler gibi temel konulara yer verilmelidir[62].

Aydınlatma yükümlülüğü, dayanağını kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından almaktadır. Noterlerin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak NK'da mevcut olan düzenlemelere değinmek gerekmektedir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu, noterin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm barındırmasa da bazı maddelerde getirilen yükümlülüklerden aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır[63]. Nitekim Noterlik Kanunu m.72/3'e göre, "*(....)gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür."* Söz konusu düzenleme, noterde işlem yaptıran kişilerin gerçek isteklerini öğrenmekle yükümlü kılınma ve işlemin içeriğine bu istekleri aktarma aydınlatma yükümlülüğünün bir ayağı olarak düşünülebilir. Bunun yanında, m.1 noteri hukuki uyuşmazlıkların doğumunu engellemekle görevli kılarak notere araştırma ve aydınlatma yükümlülüğü yüklemektedir. Noterin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak mevcut olan bir diğer düzenleme ise 1512 sayılı Noterlik Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Noterlik Kanunu Yönetmeliği[64] m.9 'da yer almaktadır. Maddeye göre, "(….)*Yapılan işlemin niteliğine göre gerekli soruların sorularak işlemin sonucu hakkında ilgiliye açıklama yapılması gereklidir*." Bu madde ile notere açıklama yapma yükümlülüğü yüklenmektedir. Noterin, yapılan işlemin hukuki olarak ortaya çıkaracağı sonuçları işlemin tarafına açıklayarak onu

---

61 Emel Badur, "Noterin Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Düzenlenmesinde Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü", (2024) 171, *TBB Dergisi*, 185; Yasin Köse, "Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü", (2021) 45, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* 29-52.

62 Köse (n53), 33.

63 Akil (n57), 222.

64 Noterlik Kanunu Yönetmeliği, RG Sayısı: 13/07/1976/15645.

aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca tarafların noterlikçe yapılan hukuki işlemin sonuçları hakkında bilgi sahibi olmadığını anlayan noterin gerçek iradelerin oluşmasını sağlamak için aydınlatma yapması gerektiği ve bu yükümlülüğün önem taşıdığı anlaşılmaktadır.

Noterin aydınlatma yükümlülüğü, şekli ve maddi olmak üzere iki farklı boyuta ele alınmaktadır. Şekli boyutta noter, başvuran kişilere talep ettikleri hukuki işlemin hangi yöntemlerle yapılabileceğini ve varsa diğer belgelendirme alternatiflerini detaylı şekilde anlatmakla sorumludur[65].

Maddi aydınlatma yükümlülüğü ise belgelendirilecek işlemin veya konunun hukuki sonuçları hakkında başvuran kişilerin bilgilendirilmesini kapsar[66].

Aydınlatma yükümlülüğünün bizzat noter tarafından yapılmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre aydınlatma bizzat noter tarafından yerine getirilmelidir[67]. Çünkü noter, sahip olduğu hukuki bilgi ve uzmanlık nedeniyle bu sorumluluğu üstlenmelidir. Ancak diğer görüşe göre[68], noter bu görevde yardımcı kişiden yararlanabilir. Bu durumda noter, ilgililerin doğru ve yeterli şekilde aydınlatılmasını sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, hukuki işlemin düzenlenmesi sırasında taraflardan biri bir temsilci tarafından temsil ediliyorsa, noter temsilciyi de hukuki işlem hakkında bilgilendirmekle sorumludur[69].

B. Noterin KVKK Kapsamında Yükümlülüğü

Noterin, KVKK kapsamında yükümlüğünün sınırlarını belirleyebilmek için öncelikle kanununun saydığı sorumlulardan hangisi olarak nitelendirdiğini belirlemek gerekmektedir. Kişisel verilerin korunması hususunda sorumlu olarak belirlenen kişiler veri sorumlusu ve veri işleyendir. Kişisel verinin işlenmesinde sorumluluğu bulunan taraflara farklı sorumluluklar yüklenmektedir bu nedenle sorumlu kişinin veri sorumlusu mu veri işleyen mi olduğunun tespiti önemlidir. Başka bir ifadeyle, veri sorumlusu ve veri işleyen kavramlarının netleştirilmesi; veri koruma mevzuatına uyum sağlamakla yükümlü olan tarafın belirlenmesi, kişisel veri hukukuna uyum açısından organizasyonel sorumlulukların tespiti, ilgili kişilerin haklarını hangi tarafa karşı ileri sürebileceği ve taleplerinin muhatabını belirlemek gibi sebeplerle gereklidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.3/1 (i) bendine göre veri sorumlusu, "*kişisel verilerin işlenme amaçlarını ve yöntemlerini belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulması ve yönetiminden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanır.

---

65 Badur, (n 53) 189.

66 ibid, 189.

67 Klaus Lerch, *Beurkundungs-gesetz,Dienstordnung Richtlinienempfehlungen BNotK Kommentar*, (5th ed., Otto Schmidt KG, 2016) 199.

68 Akil (n57), 223.

69 ibid, 223.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu bir kararında[70] "*veri sorumlusu ve veri işleyenin belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlar ve aydınlatma yükümlülüğünü kimin yerine getireceği*" konusunda daha ayrıntılı bir açıklama sunmuş ve veri sorumlusunun tespitine yönelik temel prensipleri belirlemiştir. Ayrıca, Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme' de veri sorumlusu, "*veri işleme kararını tek başına ya da başkalarıyla birlikte alma yetkisine sahip gerçek veya tüzel kişiler, kamu kurumu veya diğer kuruluşlar*" olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde, GPDR m.4/7 veri sorumlusunu "*kişisel verilerin işlenme amaçlarını ve yöntemlerini belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kuruluşu veya diğer organlar*" olarak ifade etmektedir.

Veri işleyen ise KVKK'nın tanımlar başlıklı m.3/1 (ğ) bendinde veri işleyen "*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi*" olarak, GPDR'nin m.4/8 ise veri işleyeni, "*veri sorumlusu adına kişisel veri işleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, kurumu veya herhangi başka bir organizasyon*" şeklinde tanımlamaktadır. Tanımlardan da anlaşıldığı üzere veri işleyen kavramının sınırları veri sorumlusu kavramı ile belirlenmektedir. Veri sorumlusu olmadan veri işleyen de olamaz.

Veri sorumlusunun görevi, veri işleme süreçlerinin başlangıcından itibaren tüm aşamalarında hukuka uygunluğu sağlamaktır. Yine veri sorumlusu, tek tek veri işleme faaliyetlerinin kanuni dayanağını ortaya koymalı, tüm idari ve teknik tedbirleri hayata geçirerek mevzuata bağlı ortaya çıkabilecek riskleri kontrol altına almalıdır. Bu çerçevede hem KVKK hem de GPDR, veri işleme faaliyetlerinin ana sorumluluğunu veri işleyene değil, veri sorumlusuna yüklemektedir. Ancak GPDR "Tazminat Hakkı ve Sorumluluk" başlıklı m.82'de KVKK'ya kıyasla daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir[71]. Bahsi geçen düzenlemenin ilk fıkrasında, "*Bu Tüzüğün ihlali nedeniyle maddi veya manevi zarara uğrayan kişiler, zararlarının karşılanması için veri sorumlusu veya veri işleyenden tazminat talep edebilir*" ifadesiyle, sorumluluğun tarafları ve zarar türü açıkça belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, veri işleme sürecine dâhil olan her veri sorumlusunun meydana gelen zarardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Ancak veri işleyen, yalnızca GPDR'nin kendisine yüklediği özel yükümlülüklere aykırı hareket etmesi veya veri sorumlusunun hukuka uygun talimatlarının dışına çıkarak ya da bu talimatlara aykırı davranarak zarara sebep olduğu durumlarda sorumludur. GPDR m.82/4'e göre, birden fazla veri sorumlusu veya veri işleyenin bulunduğu durumlarda, ilgili kişiye etkili bir tazmin mekanizması sağlanması amacıyla, tüm taraflar zararlardan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca, m.82/3'de ispat yükünün ters çevrildiği ve veri sorumlusu

---

70 Kişisel Verileri Koruma Kurulu 30/01/2020 tarihli ve 2020/71 sayılı kararı <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6874/2020-71> (Erişim Tarihi: 09 /10/ 2024)

71 Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, "Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini ve Görevli Mahkeme", *İnÜHFD*, 2022 13(2), 482.

ile veri işleyenin tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmeleri için zarara yol açan işlemden sorumlu olmadıklarını ispat etmeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır[72].

Bahsi geçen söz konusu tüm kavramların açıklamaları ışığında noterlerin veri sorumlusu olduğu ve bu nedenle KVKK'dan kaynaklı yükümlülükleri olduğu görülmektedir. Veri sorumlularının yükümlülükleri aydınlatma yükümlülüğü, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler, ilgili kişiler tarafından yapılan başvuruların cevaplanması ve kurul kararlarının yerine getirilmesi yükümlülüğü, veri sorumluları siciline kaydolma yükümlülüğü ve kurula bildirim yükümlülüğüdür. Bahsi geçen yükümlülüklerin içeriğine kısaca değinmek gerekmektedir.

- Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bireylerin kişisel verilerinin kim tarafından, hangi hukuki temele dayanılarak ve ne amaçla toplandığının, işlendiğinin, saklandığının veya aktarıldığının bilgisini sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmesi gerekmektedir[73]. Bu bilgilendirme, bireylerin işleme faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olmaları ve haklarını etkin bir şekilde kullanabilmeleri için zorunludur. Veri sorumlusunun yapacağı bilgilendirme açık, sade ve anlaşılır olmalı, teknik ve hukuki terimlerden kaçınılmalıdır. Ayrıca iletişim yöntemi kolay erişilebilir, makul ve birey tarafından anlaşılır bir formatta olmalıdır. Bilgilendirmenin bu nitelikleri taşıması durumunda yazılı veya elektronik ortamda gerçekleştirilmesi en uygun yöntemdir.
- Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler kapsamında, kişisel verilerin korunması için veri sorumluları ve veri işleyenler, tüm süreçlerde veri güvenliğini sağlamakla yükümlüdür[74]. Bu kapsamda, idari ve teknik önlemlerin alınması temel bir gerekliliktir. Kişisel verilerin korunması, bireylerin temel haklarını güvence altına almayı amaçlarken; veri güvenliği, verilerin zarar görmesini, kaybolmasını, değiştirilmesini ya da yetkisiz kişilerce erişilmesini önlemeye odaklanır. Bu iki kavram birbirini tamamlar ve veri güvenliği, kişisel verilerin korunması için önemli bir destek unsurudur.
- İlgili kişiler tarafından yapılan başvuruların cevaplanması ve Kurul kararlarının yerine getirilmesi yükümlülüğü KVKK m.11'de sayılan "İlgili Kişinin Hakları" ve m. 13 "Veri Sorumlusuna Başvuru" kapsamındadır. KVKK m.11'e göre ilgili kişi veri sorumlusuna başvurarak kişisel verileri hakkında her türlü faaliyeti öğrenme, kişisel verisi ve işleme faaliyeti hakkında bilgi

---

72 Badur ve Kurt Konca, (n72) 483.

73 Ayşe Çiğdem Ayözer Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, (2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019), 150; Aydın Akgül, *Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetim*i, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli, 2013, 163-164; Abdülhamid Zor, *Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülükleri İhlalinden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu,* (1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020), 95.

74 Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (2.Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2019), 176; Çekin (n11), 144-145.

edinme hakkına sahiptir. KVKK m. 13 ve bu madde doğrultusunda yayımlanan "Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ"[75] uyarınca, veri sorumlularının ilgili kişilerden gelen başvuruları yazılı olarak veya kayıtlı elektronik posta (KEP) adresi, güvenli elektronik imza, mobil imza ya da veri sorumlusuna daha önce bildirilen ve sistemde kayıtlı bulunan elektronik posta adresi aracılığıyla ya da başvuru amacına yönelik geliştirilmiş bir yazılım veya uygulama üzerinden kabul etmeleri gerekmektedir. Başvurular, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırılmalıdır. İlgili kişinin bilgi edinme hakkının bazı sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlar özel hayatın gizliliği, ticari ve mesleki sırlar gibi başkalarının haklarını da korumayı içermektedir[76].

- Veri sorumlularının kural olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun gözetiminde, Başkanlık tarafından tutulmakta olan "Veri Sorumluları Sicili"ne kaydolmaları zorunludur. Ancak, "Veri Sorumluları Siciline Kayıt Yükümlülüğünden İstisna Tutulacak Veri Sorumluları" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun bir kararında[77] bazı grupları sicile kayıt yükümlülüğünden istisna tutmuştur. Söz konusu karara göre; *"(...) -18/01/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterler"* bu istisnalardan biridir.
- Kurula bildirim yükümlülüğü doğrultusunda veri sorumlusu, işlediği kişisel verilerin kanuna aykırı şekilde başkaları tarafından ele geçirilmesi durumunda, bu durumu en kısa sürede ilgili kişiye ve Kurula bildirmek zorundadır. Kurul, gerekli gördüğü durumlarda söz konusu ihlali kendi internet sitesinden veya uygun bulduğu başka bir yöntemle ilan edebilir. Bu süreçte, veri sorumlusunun yalnızca bildirim yükümlülüğü bulunur; ihlale ilişkin bildiri yayımlama yetkisi ise Kurula aittir.

Noterlerin, KVKK kapsamındaki sorumluluklarına ilişkin olarak, Türkiye Noterler Birliğinin yayınlamış olduğu "Türkiye Noterler Birliği Kişisel Verilerin Korunması ve İşlenmesi Politikası"[78]na da değinmek gerekmektedir. Söz konusu belge, KVKK' ya uygun hükümler içermekle birlikte noterlik işlemleri sırasında kişisel verilerin korunmasına yönelik temel ilkeleri ve uygulama esaslarını belirlemektedir. Belge ile çalışanlar, adaylar, ziyaretçiler ve diğer ilgili kişilerin kişisel verilerinin korunmasını sağlamak amaçlanmakta, aynı zamanda faaliyetler sırasında toplanan kişisel verilerin kanun ve düzenlemelere uygun şekilde işlenmesini hedeflenmektedir. Bu kapsamda, noterlerin KVKK doğrultusunda yerine getirmesi gereken ay-

---

75 Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ, Tebliğ Numarası: 30356, Kabul Tarihi: RG 10/03 2018

76 Küzeci, (n6) 223; Akgül, (n64) 168.

77 Kişisel Verileri Koruma Kurulu 02/04/2018 tarihli ve 2018/32 sayılı kararı<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4233/2018-32>(Erişim Tarihi: 09/10/ 2024).

78 https://portal.tnb.org.tr/KVKK/TNB-KV_Korunmasi_ve_Islenmesi.pdf (Erişim Tarihi: 03/01/2025)

dınlatma yükümlülüğü ve veri güvenliğini sağlama yükümlülüğü, belgede hukuki yükümlülükler başlığı altında düzenlenmiştir.

Türkiye Noterler Birliğinin söz konusu belgesinde, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken kurallar; hukuka uygunluk, şeffaflık ve dürüstlük ilkelerine uyma, verilerin doğruluğunu sağlama ve güncel tutma, belirli, açık ve meşru amaçlar doğrultusunda verileri işleme, ihtiyaç dışı verilerin işlenmesinden kaçınma olarak sınıflandırılmıştır. Bunun yanı sıra, sağlık ve biyometrik veriler gibi hassas bilgilerin, açık rıza veya yasal zorunluluklar doğrultusunda işlenebileceği, bunların özel nitelikli kişisel veri niteliğinde olduğunun kabulü söz konusudur. Ayrıca, toplanan kişisel verilerin, kanuni süre boyunca saklanması, işleme amacı sona erdiğinde ise silinmesi, yok edilmesi veya anonimleştirilmesi gerektiği, açıkça kurala bağlanmıştır.

Türkiye Noterler Birliği tarafından ortaya konulan bu politika, noterlerin veri işleme faaliyetlerinde hukuka uygun hareket etmeleri ve kişisel verilerin güvenliğini sağlamaları açısından önemli bir rehber niteliğindedir. Bu belge, noterlerin kişisel verileri işlerken hukuki güvenliği sağlama ve şeffaflık ilkeleri doğrultusunda hareket etme yükümlülüklerini detaylandırmaktadır.

C. KVKK'YA AYKIRILIK HALİNDE NOTERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Noterlikte yapılan işlem nedeniyle kişisel veriyi ihlal eden bir durumun ortaya çıkması söz konusu olur ise hukuki sorumluluğun niteliği ve sorumluluğun şartlarını ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle çalışmanın ortaya çıkmasına neden olan Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararına değinilerek, bazı eleştiriler ve çıkarımlar yapılması gerekliliği doğmuştur.

"*İlgili kişinin kişisel verilerinin yer aldığı ihtarnamenin, bordrolama hizmeti sunan veri sorumlusu tarafından başka çalışanlara da gönderilmesi*" hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 07/04/2022 tarih ve 2022/328 sayılı kararına konu olayda, notere ihtar çekmek için başvuran bir işverenin işyerinde çalışan kişinin ücretsiz izne gönderildiğine dair bir ihtarname düzenlettiği ancak yedi kişinin daha yer aldığı söz konusu belgede, T.C. kimlik numarası ve adresin bulunması nedeniyle ilgili kişi, kişisel verilerinin - diğer yedi kişiye daha ulaşması nedeniyle- alenen ifşa edildiği belirtilerek gereğinin yapılması talep edilmiştir.

İşveren savunmasında fazla sayıdaki personele bildirim yapılması gerektiği için noterlik işlemlerinin usul ekonomisi çerçevesinde avukatlar aracılığıyla vekâleten ihtarname düzenleyip gönderdiğini belirtmiştir. Noterlik işlemleri sırasında keşideci ve muhatapların kimlik bilgilerinin (ad, soyad, T.C. kimlik numarası) noterliğe sunulmasının ve paylaşılmasının mevzuat gereği zorunlu olduğunu savunmuştur. Bu işlemin, ücretsiz izin sürecinin takibi ve personele bildirim yapılması gibi meşru ve açık bir amaç doğrultusunda gerçekleştiğini, kişisel verilerin yalnızca bu amaçla sınırlı şekilde kullanıldığını ifade etmiştir. Ayrıca, verilerin noterlik ile paylaşılmasının çalışan lehine olduğunu ve bu işlemin KVKK m.5/ 2 (f) bendine uygun bir hukuki dayanağı bulunduğunu ileri sürmüştür.

Kurul ise KVKK m. 4 uyarınca, kişisel verilerin hukuka uygun, doğru, belirli, meşru amaçlarla işlenmesi gerektiğini ve işleme sürecinde ölçülülük ilkesine uyulmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. KVKK m. 5'e göre, kişisel verilerin işlenmesi için genelde açık rıza gerektiğini; ancak bazı durumlarda (kanuni zorunluluk, meşru menfaat, hayatın veya beden bütünlüğünün korunması gibi) açık rıza olmadan da işleme yapılabileceğini ifade etmiştir. Kurul ayrıca, veri sorumlusunun verilerin hukuka aykırı işlenmesini ve erişimini önlemek için teknik ve idari önlemler almakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Somut olayda, aynı ihtarnamede ilgili kişinin ve yedi çalışanın kişisel bilgilerinin toplu şekilde yer aldığı ve bu bilgilerin birbirleriyle paylaşıldığı tespit edilmiştir. Noterlik işleminin "onaylama" şeklinde gerçekleştiği, bu nedenle bilgilerin paylaşılmasının veri sorumlusunun yükümlülüklerini ihlal ettiğini ifade etmiştir[79].

İşveren, ihtarı gönderirken gerçekleşen yedi kişinin kişisel verilerini birbirlerine iletme durumunun usul ekonomisi nedeniyle gerçekleştiğini, noterliğe iletilen bilgilerin zorunlu olarak ve mevzuata uygun biçimde verildiğini iddia etmiştir. Kurulun kararından anlaşıldığı üzere ilgili kişinin ve diğer yedi çalışanın kimlik ve iletişim bilgilerinin ihtarnamede yer alarak noterle paylaşılması, KVKK m. 5/ 2 (e) bendinde belirtilen "*bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması"* şartına uygundur. Ancak, ihtarnamede yer alan çalışanların kimlik ve iletişim bilgilerinin tamamının aynı belgede bulunması ve ihtarname hazırlanırken bilgilerde herhangi bir gizleme, ayrı ayrı düzenleme veya benzeri bir önlem alınmaması nedeniyle, ilgili kişinin kişisel verileri diğer çalışanlarla paylaşılmıştır. Bu durum, KVKK m.5'de yer alan kişisel veri işleme şartlarından herhangi birine dayanmayan bir veri işleme faaliyetinin gerçekleşmesi anlamına gelir[80].

Kurul kararında, ihtarnameyi gönderen işveren hakkında idari para cezası uygulanmasına ve durumun Türkiye Noterler Birliğine bildirilmesine karar vermiştir. Noter, olayda veri sorumlusu konumuna alınmamıştır. Ancak fikrimizce, bu olayda veya buna benzer hukuki işlemler gerçekleştirilirken, noterin daha önce de değinildiği üzere bir tür kamu görevlisi olması, aydınlatma yükümlülüğünden kaynaklanan

---

79 Kişisel Verileri Koruma Kurulu 07/04/2022 tarihli ve 2022/328 sayılı kararı<https://kvkk.gov.tr/Icerik/7561/2022-328> Erişim Tarihi: 10/10/ 2024).

80 Bahsi geçen KVKK m.5/2'ye göre; "*aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:*
a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.
b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.
c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.
ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.
e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.
f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması"

sorumluluğunun bulunması ve mesleği gereği özen yükümlülüğünü yerine getirme zorunluluğu göz ardı edilmemelidir. Noter, ihtarname gibi bir işlemde birden fazla kişinin bulunduğunu ve bu kişilerin kişisel verilerinin birbirlerine ulaşma ihtimalini, mesleki deneyimi ve hukuki bilgi birikimi doğrultusunda öngörmek durumundadır. Noter, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, böyle bir işlemde birden fazla kişinin kişisel verisinin birbirlerine iletileceğini ve bu durumun kişisel veri ihlali riskini doğurabileceğini, ihtarnameyi göndermek isteyen tarafa açıkça bildirmelidir.

Bu bağlamda noter, ihtarnamede bulunan kişilerin kişisel verilerinin bir diğerine ulaşmasını önlemek için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Örneğin, ihtarnameye taraf olan kişilerin isimleri, T.C. kimlik numaraları ve adresleri gibi kişisel verilerin karartılması veya yalnızca gerektiği kadar bilginin paylaşılması yönünde uyarıda bulunulması gerekmektedir. Bu tür bir davranış, noterlerin mesleklerinden kaynaklanan dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir.

Noterler, gerçekleştirdikleri her işlemde öncelikle işlem talebinde bulunan kişilerin kimlik belgelerini talep eder ve işlemin türüne bağlı olarak ek kişisel bilgilere ihtiyaç duyabilirler. İşlemler sırasında, işlem yapılacak kişilere sözlü sorular yöneltilerek de kişisel bilgilere erişim sağlayabilirler. Noter senetlerinin düzenlenmesi ve diğer resmi işlemler kapsamında, işlemin gereği olarak kişisel bilgiler kaydedilir, saklanır ve gerektiğinde aktarılır. Bu bilgilerin işlenmesi sırasında, kanunda belirtilen ilkelere uyulması ve üçüncü kişileri ilgilendiren durumlarda, ilgili kişilerin haklarının korunması zorunludur. Bahsi geçen zorunluluklar noterler için de geçerlidir.

İlgili kişilerin, KVKK kapsamında, "İlgili Kişinin Hakları" başlıklı m.11'den kaynaklanan ve veri sorumlusu olanlara karşı ileri sürebilecekleri çeşitli hakları bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, veri sorumlusu olan kişiye karşı ileri sürülebilecek haklar daha önce de belirttiğimiz üzere noterin veri sorumlusu olmasından kaynaklı notere karşı ileri sürülebilecek haklar olarak nitelendirilmedir. Buna göre noterlikte işlem yaptıran kişi; kişisel verisinin işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verisi işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, KVKK m. 7'de öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, m. 11 (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme ve kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir[81]. Ayrıca KVKK' da hukuka aykırı işlemeden doğan zararların tazminine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Kurula şikâyeti düzenleyen m.14

[81] Damla Gürpınar, "Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk", (2017)19 Özel Sayı, D.*E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 689.

son fıkrasına göre; "Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır." İlgili hükmün içerdiği "kişilik hakkı ihlal edilenler" ifadesinin kişilik hakkının korunmasının esas alındığının göstergesi olduğu ifade edilmektedir[82]. Kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesi halinde doğan zarar maddi ve manevi olabileceği gibi kişinin şahıs ve mal varlığına da ilişkin olabilir. GPDR'ye göre de bu tür zararların tazmini mümkündür[83].

Veri sorumlusu, kanuni yükümlülüklerini ihlal ederek bir kişinin kişisel verilerini hukuka aykırı şekilde işlerse, bu durum taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi varsa Türk Borçlar Kanunu'nun m.112 ve devamı maddelerine; eğer bir sözleşme ilişkisi yoksa TBK'nın haksız fiil hükümlerine (özellikle kişilik hakkının ihlaline bağlı olarak manevi tazminat talebini düzenleyen m. 58.'e) göre değerlendirilecektir. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden kaynaklanan zararların tazmini konusunda genel hükümlere atıf yapılması, bu zararların hesaplanması, tazmin yollarının belirlenmesi ve zamanaşımı sürelerinin tespitinde yine genel hükümlerin uygulanacağı anlamına gelir[84].

Noterin hukuki sorumluluğunun şartları belirlenirken haksız fiilin kusur dışındaki unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre noterin hukuki sorumluluğunun unsurları fiil, hukuka aykırılık zarar ve illiyet bağı olacaktır. Noterlerin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle görevleriyle ilgili bir fiilin gerçekleşmiş olması, bu fiil nedeniyle bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. Bu koşullardan biri eksikse, noterlerin hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İlliyet bağının kesilmesi durumunda, kusursuz sorumlu olan noter sorumluluktan kurtulabilir. Mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin büyük bir hatası, illiyet bağını kesebilir ve bu gibi hallerde kusursuz sorumluluk ortadan kalkar. Noterin işlemi gereği gibi yapmış olması durumunda zararın doğmayacağına dair bir kanaat varsa, noter bu zarardan sorumlu tutulacaktır.

Noterin yanında çalışan kişinin, veri güvenliğini ihlal eden bir eylemi gerçekleştirmesi veya kişisel veriyi hukuka aykırı şekilde işlemesi hâlinde meydana gelen zarardan noterin sorumlu olup olmayacağı hususunda yapılacak değerlendirme için, Yargıtay'ın kararları ve doktrindeki görüşlerin dikkate alınması gerekmektedir. Doktrin[85] ve Yargıtay kararları[86], noterin yanında çalışanların sebep olduğu zararlardan sorumluluğunun, NK m. 162' de düzenlenen sorumluluk rejimine tabi

---

82 Badur ve Kurt Konca, (n72) 482, Samet Saygı, "6698 Sayılı Kanun'un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları*",* (2020) 2(2), *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 30-60.

83 Denis Kelleher And Karen Murray, *EU Data Protection Law, (Bloomsbury, London* 2019), 378; Heledd LLoyd and Peter Carey, "The Rights of Individuals", Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, Peter Carey (eds.), (5th edition Oxford University, Oxford 2018), 152.

84 Badur ve Kurt Konca, (n72) 483.

85 Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz.36 numaralı dipnot.

86 Yargıtay HGK., 10.11.2022, 242/1495 (Lexpera Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 04 /01 /2025).

olduğunu kabul etmektedir. Buna göre söz konusu sorumluluğun, adam çalıştıranın sorumluluğundan farklı olarak ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluk olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim içtihat konusu olan bir olayda[87], noter katibinin sahte kimlikle araç satış işlemini yapması sonucu ortaya çıkan maddi zararın tazmini istenmiş, noter satışı kendisinin değil katibinin yaptığı savunmasında bulunmuştur. Yargıtay ise bu savunmayı yerinde bulmamış ve noterin gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacağına karar vermiştir. Noter, gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir.

Bu bilgiler ışığında, noterin yanında çalışanın, ilgili kişinin kişisel verisini hukuka aykırı şekilde işlemesi durumunda, noter açısından hukuki sorumluluk doğacaktır. Şöyle ki, noter, mesleği gereği yanında çalışan kişinin noterlikte gerçekleştirdiği işlemleri denetlemek, çalışanını kişisel verileri ihlal etmeden işlem yapması hususunda uyarmak ve yapılan işlemleri kontrol etmek durumundadır. Noterin, bu denetim ve uyarı yükümlülüğünü yerine getirmemesi, çalışanının işlemi nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmasına yol açacaktır. Bununla birlikte, noter, kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi konusunda çalışanını uyarma ve denetleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve buna rağmen zararın kaçınılmaz bir şekilde meydana geldiğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulma imkânı doğabilir. Ancak bu durumda, noter tarafından gerekli tüm özen yükümlülüklerinin yerine getirildiğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

Bahsi geçen tüm bu bilgiler doğrultusunda sorumluluk koşullarının gerçekleşmesiyle noterin, zarar gören kişiye tazminat ödemesi gerekeceğini ifade etmek gerekir. Noterlik işlemlerinden doğan zararlarla ilgili olarak notere karşı açılacak davalar, Türk Borçlar Kanunu'na göre belirlenen zamanaşımı sürelerine tabidir. Buna göre, TBK m.72 uyarınca zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl, her durumda fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren ise on yıl içinde dava açılması gerekir. Noter, kendisine karşı açılan bir dava sonucunda ödediği tazminatı, işlemi gerçekleştiren noterlik personeline rücu edebilir. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için ilgili personelin kusurlu olması şarttır. Noter, yalnızca ödediği tazminat kadar bir miktarı rücu edebilir. Bu miktarın üzerinde bir talepte bulunulamaz.

SONUÇ

Kişisel verilerin korunması, hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından hem de toplumsal güvenliğin sağlanması bakımından günümüzde büyük bir öneme sahiptir. Kişisel verilerin korunması için dünyada ve ülkemizde kanunkoyucular bu konuda kanunlaştırma çalışmalarına devam etmektedir. Verilerin

[87] Yargıtay 3HD., T. 02.10.2014, E.2014/4706, K.2014/12966 (Lexpera Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 04 /01 /2025).

paylaşımının söz konusu olduğu mecraların devamlı bir gelişim halinde olması da bu durumda etkilidir. Kişisel verinin korunmasına gündelik yaşamın birçok alanında gerek duyulmaktadır. Bu alanlardan biri de hukuk işleme taraf olma durumunda ortaya çıkabilir. Kişisel verinin korunması, hukuki işlemlerin tarafı olan kişiler için gereklidir. Çeşitli hukuki işlemler için başvurulan noterde yapılan işlemlerde de kişisel verinin ihlali durumu ortaya çıkabilir. Noterler, hukuk dünyasında güvenilir işlem tesis eden ve belgelerin resmi niteliğini sağlayan kamu görevlileri olarak, kişisel verilerin korunması konusunda özel bir konuma sahiptir.

Noterlik Kanunu m.162, noterlerin hukuki sorumluluğunu detaylandırmakta ve noterlerin gerek kendileri gerekse çalışanları tarafından yapılmayan veya yanlış ya da eksik yapılan işlemler nedeniyle zarar görenlere karşı sorumlu olduklarını belirtmektedir. İlgili hükümde, kusurdan bahsedilmemiş olması, noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk ilkesine dayandığını göstermektedir. Yargıtay'ın görüşüne göre haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki unsurları burada da aranacaktır. Noterin hukuki sorumluluğunun unsurları; fiil, hukuka aykırılık zarar ve illiyet bağı olacaktır. Noterlerin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle görevleriyle ilgili bir fiilin gerçekleşmiş olması, bu fiil nedeniyle bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir.

Noterin yaptığı işlemlerde mevcut olan aydınlatma yükümlülüğü, hukuki tecrübeden yoksun olan işlem taraflarının, bilinçli kararlar alabilmesini sağlama amacı güderken, olası riskleri açıklama sorumluluğunu da içermektedir. Noter, KVKK kapsamında mevcut bulunan ve kendisine yüklenen sıfatın getirdiği yükümlülükleri göz önünde bulundurmalı ve kişisel verinin korunmasını sağlamalıdır. Kişisel Verileri Koruma Kanunu çerçevesinde noterler "veri sorumlusu" statüsündedir. Kanun, veri sorumlularına çeşitli hukuki yükümlülükler getirmektedir. Dolayısıyla, veri sorumlusu olan noterlerin, işlemleri sırasında elde ettikleri kişisel verilerin koruması için yüksek güvenlik önlemleri almalarını zorunlu kılınmaktadır. Kişisel verinin noterlik işlemi nedeniyle ihlal edilmiş olması ve veri güvenliğinin sağlanmaması nedeniyle ortaya çıkan zarar, noterin mesleğinin getirdiği özen yükümlülüğünün ihlali anlamına da gelmektedir. Noterlerin veri sorumlusu olmaları nedeniyle kanundan kaynaklı aydınlatma yükümlülüğü, veri güvenliğine ilişkin yükümlülük, ilgili kişiler tarafından yapılan başvuruların cevaplanması ve Kurul kararlarının yerine getirilmesi yükümlülüğü, veri sorumluları siciline kaydolma yükümlülüğü ve Kurul'a bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu "İlgili Kişinin Hakları" başlıklı m. 11 kapsamında, veri sorumlusu olarak hareket eden noterler nezdinde bireylerin belirli hakları bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca, noterlik işlemi gerçekleştiren kişiler, kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili olarak çeşitli taleplerde bulunabilir. Bu haklar, noterlerin veri sorumlusu olmasından doğmakta ve kişisel verilerin işlenmesi sürecinde bireylerin haklarını güvence altına almayı amaçlamaktadır.

Sonuç olarak, noterlerin KVKK kapsamında kişisel veri işleme süreçlerinde gösterdikleri özen ve aldıkları tedbirler hem uyumun sağlanması hem de toplumda noterlik işlemlerine duyulan güvenin korunması açısından hayati önem taşımaktadır. Bu bağlamda, noterlerin veri sorumlusu olarak mevzuat ve mesleki standartlar doğrultusunda özen yükümlülüğünü yerine getirmesi, noterlik işlemlerinin şeffaf, güvenilir ve hukuka uygun şekilde sürdürülmesi için temel bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Akgül A, "Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli, 2013

Akil C, "Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü", 2013 (3), *Ankara Barosu Dergisi,* 217-233

Akipek Öcal Ş ve Şen Doğramacı H, ve Çağlayan Aygün G, "Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme", 2023 9(2), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 203-241

Antalya OG, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2*, (2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara: 2019)

Aslan Düzgün Ü, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 2013 17(1-2), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 491-512

Atabek R, 'Noter; "Mali Sorumluluk Sigortası", 1974(3), *TNBHD*, 491-512

Ayözer Öngün AÇ, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, (2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul: 2019)

Badur E ve Kurt Konca N, "Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini Ve Görevli Mahkeme", (2022) 13(2), İNÜHFD, 476-490

Badur E, "Noterin Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Düzenlenmesinde Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü", 2024 (171), *TBB Dergisi,* 179-216

Batmaz MO, *Noterlerin Hukuki Sorumluluğu*, (1. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul: 2015)

Bennett CJ, "Regulating Privacy, Data Protection and Public Policy in Europe and United States*"*, *American Political Science Review,* 1993 87 (4), 1035-1036

Bohnenkamp A, *Unparteilichkeit des Notars bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO,* Dissertation, (2005)

Bük A, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması,* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2018)

Çekin MS, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul: 2020)

Dedeağaç E, "Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu", 2006 (130), *TNBHD*, 92-98

Develioğlu HM, *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (1.Baskı, On İki Levha, İstanbul: 2017)

Doğu E, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 1979 5(3) *Yargıtay Dergisi,* 579-610

Dülger MV, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (2.Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları İstanbul: 2019)

Eraslan Türkmen S, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul: 2019)

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (29.baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara: 2024).

Ersoy Kekevi Ç, 'Genel Kavramlar', Pınar Çağlayan Aksoy ve Hüseyin Can Aksoy (eds), *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış– KVKK Yayınları No. 42,* Ankara: Arkadaş Basım (2023)

Garfinkel S, *Database Nation, The Death of Privacy in the 21st Century*, (O'Reilly, 2000)

Gürpınar D, "Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk", (2017) 19 Özel Sayı, D.*E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 679-694

Henderson H, *Privacy in The Information Age*, (Facts on File, New York: 2006).

İnan A, **"**Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2000) 36, *Sayıştay Dergisi,* 25-35

Kartal B, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", (1998) 24(3), *Yargıtay Dergisi*, 340-355

Kelleher D and Murray K, *EU Data Protection Law*, (1st Edt, Bloomsbury Publishing, London:2019)

Kıcalıoğlu M, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2007) 2 (11), *Terazi Hukuk Dergisi*, 131-145

Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, KVKK Yayınları No: 1(2019)

Köse Y, "Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü", (2021) 45, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 29-52

Kuner C, European *Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation*, (2.th Edt, Oxford University Press, Oxford: 2007)

Kurt LM, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2014)18(2), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 85-118

Küzeci E, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkı", Pınar Çağlayan Aksoy ve Hüseyin Can Aksoy (eds), *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış– KVKK Yayınları No. 42*, (Arkadaş Basım, Ankara: 2023)

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması*, (4.Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul: 2020)

Lerch K, *Beurkundungs-gesetz,Dienstordnung Richtlinienempfehlungen BNotK -Kommentar*, (5th Edt, Otto Schmidt KG, Frankfurt am Main: 2016)

Lloyd H and Carey P,*The Rights of Individuals*, *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law* Peter Carey (eds.), (5th Edt. Oxford University Press, Oxford: 2018)

Meriç N, "1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler", (1994) 83, *TNBHD*, 39-42

Nart S, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 2010 (11), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı,* 425-452

Oktay Özdemir S, **"**Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, 2007, 693-714

Özbek, M S, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, (5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara: 2022)

Pulaşlı H, "Türk ve Alman Hukuklarında Noterin Hukuki Sorumluluğu", (1983) 39, *TNBHD,* 10-16

Room S, *Data Protection & Compliance in Context*, (Swindon: BCS Learning & Development Limited, 2007)

Saygı S, "6698 Sayılı Kanun'un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları*",* (2020) 2(2), *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 30-60

Sert Ş, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması,* (1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2019)

Tandoğan H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, (Turhan Kitabevi, Ankara:1981)

Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, (Vedat Kitapçılık, İstanbul: 2010)

Tanrıver S ve Ergüne M S, "Noterlerin Taşınmaz Sözleşmesine İlişkin Hukuki Esaslar", (2023)72 (1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,143-182

Tanrıver S, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri", *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, 2004, 577-597

Taştan FG, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,* (2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul: 2017)

Tekben T, "Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", (2021) 86 (3), *İzmir Barosu Dergisi*, 85-118.

Tekinay S. ve Akman S ve Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* (7. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul: 1993)

Topçuoğlu M, "Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği", (2000) 20(4), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,* 1-15

Toygar K, "Serbest Meslek mi, Kamu Hizmeti mi?", (1974), 3, *TNBHD*, 36-39

Turan Başara G, "Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi", (2020) 8 (6) *Uyuşmazlık Dergisi*, 57-90

Ulukapı Ö ve Atalı M, *Noterlik Hukuku*, (3.Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya: 2013).

Ulukapı Ö, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (2013) 21(1), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 209-241

Ulukapı Ö, *Noterlik Mesleği ve Noterin Hak ve Yükümlülükleri*, (1.Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya: 2003).

Ünal AC, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence", (2023) 9(2) *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 233-254

Zor A, *Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülükleri İhlalinden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu*, (1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul: 2020)

100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, KVKK Yayınları No: 03(2019)

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683870

TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARINDA BEKLENEBİLİRLİK İLKESİ: KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE UYGULAMADAKİ YANSIMALAR

The Principle of Foreseeability in the Turkish Penal Code and Code of Criminal Procedure: Conceptual Framework and Practical Implications

Celal Hakan KAN*

Özet

Beklenebilirlik ilkesi, ceza hukukunda bireylerden hukuka uygun davranışların talep edilebilme sınırlarını belirleyen temel bir kavramdır ve ceza sorumluluğunu şekillendiren önemli bir unsurdur. Bu çalışma, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde, beklenebilirlik ilkesinin kavramsal çerçevesini ve uygulamadaki yansımalarını analiz etmektedir. Beklenebilirlik; zorunluluk hali, cebir ve tehdit altında suç işlenmesi, meşru savunma sınırının aşılması gibi ceza hukuku kurumlarıyla ilişkilendirilerek incelenmiştir. Türk ve Alman hukuk sistemleri karşılaştırmalı olarak ele alınmış, bu bağlamda doktrindeki farklı yaklaşımlar ve tartışmalar değerlendirilmiştir. Çalışma, beklenebilirlik kavramının sınırlarına ilişkin belirsizliğin, bireysel sorumluluğun tespitine etkilerini ve bu durumun ceza hukukunda hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından doğurduğu sonuçları ortaya koymaktadır. Beklenebilirlik ilkesinin ceza adaletinin tesisindeki yeri ve önemi vurgulanarak, hukuki uygulamada karşılaşılan sorunlara yönelik çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Beklenebilirlik, ceza hukuku, Türk Ceza Kanunu, mazeret nedenleri, zorunluluk hali, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik.

Abstract

The principle of foreseeability serves as a fundamental concept in criminal law, delineating the boundaries of lawful expectations placed on individuals and shaping the foundation of criminal liability. This study examines the conceptual framework and practical implications of the principle of foreseeability within the scope of the Turkish Penal Code and the Code of Criminal Procedure. By exploring its connection with legal constructs such as necessity, duress, and exceeding the limits of self-defence, the research delves into the intersections of foreseeability with other key doctrines. A comparative analysis of Turkish and German legal systems highlights divergent doctrinal approaches and debates surrounding the concept. The study addresses the ambiguities inherent in the boundaries of foreseeability and their impact on determining individual liability, emphasizing the consequences for legal certainty and predictability in criminal law. Finally, the research underscores the importance of foreseeability in ensuring criminal justice and offers practical recommendations to address challenges encountered in its application.

Keywords: Foreseeability, criminal law, Turkish Penal Code, grounds for excuse, necessity, legal certainty, predictability.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.01.2025*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr., Hâkim, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 25. Ceza Dairesi Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara-Türkiye, hakankan0231@gmail.com, https://orcid.org/0000-0002-0621-4195.

GİRİŞ

Beklenebilirlik, birinden bir şeyi beklemek gibi günlük hayatta oldukça çok karşımıza çıkan bir kavram olmakla birlikte, beklenebilirliğin ceza hukukundaki görünümü de bir o kadar önemlidir. İlk olarak doktrinde, beklenebilirlik yerine istenemezlik kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce birinden bir şeyin beklenmesi ile ondan bir şeyin talep edilmesi ya da istenmesi aynı anlama gelmemektedir. Aksine burada bir talepte bulunulabilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığına yani yapabilirliğe ilişkin bir değerlendirme söz konusu olmaktadır. İsteyip istememe ise beklenebilirliğe ilişkin tartışmaların ardından gündeme gelebilecektir. Her ne kadar bu iki kavram birbirinden farklı da olsa birinden bir şeyin beklenmesi, talep etmek fiilinin yardımı ile açıklanmakta olduğundan doktrinde istenemezlik olarak da çevrilmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nda beklenebilirlik, ceza hukukunun birçok farklı alanında ve hatta doğrudan madde metinlerde bile yer almaktadır. TCK'daki düzenlemelere bakıldığında, her ne kadar doğrudan beklenebilirlik gibi bir ibareye rastlanılmamakta ise de "hal ve koşulların elverdiği ölçüde" gibi ifadeler bu kapsamda değerlendirilmekte ve Alman doktrinindeki tartışmalar ilgili alanlara sirayet etmektedir.

Beklenebilirlik kavramının gündeme geldiği tek alan ceza hukuku olmayıp, genel itibariyle sıklıkla kullanılan yerleşik bir mefhum olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Fakat gündelik hayatta bile kullanımı yaygın olan beklenebilirlik, farklı anlamlar yüklenmesi sorununu da beraberinde getirmektedir. Nitekim her olay bazında beklenebilecekler değişkenlik gösterebilecektir. Bu nedenle beklenebilirlik mefhumunun sınırlarının çizilmesi açısından ilk olarak kavramsal analizinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda filolojik açıdan incelendiğinde, beklenebilirlik kavramının Almanca karşılığı olan "Zumutbarkeit" kelimesi; kökeninde şiddetli bir şekilde talep etmek, çaba göstermek, birisinden beklenmedik bir şey istemek anlamlarını taşımaktadır. Ancak kavrama yüklenen anlamların da zaman içerisinde değişkenlik gösterdiği göze çarpmaktadır. 19. yüzyılın sonuna kadar geçirilen değişikliklerle "birinden bir şey yapmasını istemek", "birinden, ondan istenmemesi gereken bir şeyi talep etmek" gibi yüklenen farklı anlamlar netice itibariyle, beklenebilirliğin köküne aldığı olumlu anlam barındıran ekin de etkisiyle, bir davranışın bir kişiden talep edilebilmesine ilişkin yapılan hukuki değerlendirme olarak ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, kavramın belirsizliği nedeniyle semantik bir analizle beklenebilirliğe ilişkin sorunların çözümü pek mümkün gözükmese de beklenebilirliğin ceza hukukundaki kullanımı genel itibariyle yapılan tanımlarla uyumluluk göstermektedir. Ceza hukuku terimi olarak beklenebilirlik de benzer şekilde ceza hukukunda önemli olabilecek bir davranışın cezalandırılmaması ve bir istisna ile ceza hukukunda bireysel sorumluluğun sınırlandırılması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda beklenebilirlik, ceza hukuku açısından önem arz eden tipik bir hareketin yerine getirilmesi cezalandırmaya layık görülmediğinden, kişiden talep

edilemeyen davranışlar söz konusu olduğunda, tartışma alanı bulmaktadır. Beklenebilirlik kavramının genel ve soyut içerikli olması, açıklanması için birçok görüş ve çeşitli eleştirilere de yol açmaktadır. Buna rağmen bu terimler ceza hukuku açısından vazgeçilmez niteliktedir. Beklenebilirlik kavramı gibi tam anlamıyla tanımlanamayan düzenleyici terimler olmadan eşitlik, adalet ve hayatın ihtiyaçlarına rasyonel bir uyum garanti edilemeyeceğinden, bu terimlerden vazgeçmek pek mümkün görülmemektedir.

Beklenebilirlik kavramına ilişkin bu geniş kapsam ve hukuk düzeni tarafından nelerin beklenebileceğine ilişkin belirsiz sınır, birtakım ölçütlerin getirilmesi gayretini doğurmaktadır. Bu kapsamda, bir kişiden beklenecekler in belirlenmesinde alışılagelmişin dışındaki durumların etkisi, bireysel yapabilirlik, yapılması/olması gerekenler, ortalama bir vatandaş kıstası, cezanın önleyici işlevi bağlamında değerlendirme gibi çeşitli ölçütler ortaya konmaktadır. Beklenebilirliğe ilişkin bu hararetli tartışma ortamı ise nasyonal sosyalizmin hâkim olduğu döneme kadar devam etmiş ve bu dönemde beklenebilirlik daha çok bu zamana kadarki kullanımından farklı olarak, bireylerin davranışlarına ilişkin hukuki taleplerin ve gerekliliklerin arttırılmasına ilişkin bir araç olarak görülmüştür.

Beklenebilirlik ilkesi, ceza hukukunda bireysel sorumluluğun sınırlarının belirlenmesinde kritik bir rol üstlenmektedir. Bu ilkenin Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesindeki yeri ve uygulamadaki yansımalarının incelenmesi, yalnızca kavramsal düzeyde bir netlik sağlamakla kalmamakta, aynı zamanda ceza adalet sisteminin etkin işleyişine katkı sunmaktadır. Araştırmanın temel amacı, beklenebilirlik kavramını filolojik, kavramsal ve hukuki boyutlarıyla analiz ederek, bu ilkenin Türk hukuk düzenindeki uygulama alanlarını ve sınırlarını ortaya koymaktır.

Çalışmada, öncelikli olarak beklenebilirlik ilkesinin ceza hukuku bağlamındaki teorik temelleri ve uygulamadaki yeri ele alınmaktadır. Özellikle zorunluluk hali, cebir ve tehdit altında suç işlenmesi gibi mazeret nedenlerinde bu ilkenin oynadığı rol detaylı bir şekilde irdelenmektedir. Bunun yanında, taksirli suçlar ve ihmali suçlar gibi alanlarda beklenebilirlik kavramının işlevi, teorik ve pratik yaklaşımlar üzerinden değerlendirilmektedir. Çalışmanın kapsamı, Türk hukukundaki düzenlemeler ile Alman Ceza Kanunu›ndaki düzenlemelerin ve doktrin tartışmalarının karşılaştırmalı bir analizini de içermektedir. Beklenebilirlik ilkesinin önemi, ceza hukukunun temel amacı olan adaletin ve bireysel sorumluluğun sağlanmasındaki belirleyici rolünden kaynaklanmaktadır. Hukuk düzeninin bireylerden bekleyebileceği davranışların sınırlarının belirlenmesi, yalnızca bireysel adaletin tesis edilmesi açısından değil, aynı zamanda ceza hukukunun caydırıcılık ve önleyicilik işlevlerinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, bu kavramın sınırlarının belirsizliği, hukuk uygulayıcılarının geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına neden olmakta ve bu durum, hukukun öngörülebilirliği ile eşitlik ilkelerine zarar verebilmektedir. Dolayısıyla, beklenebilirlik ilkesinin sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi ve uygulamada yeknesak bir yaklaşımın benimsenmesi gereklilik arz etmektedir.

Araştırma, yalnızca ceza hukukuna ilişkin teorik bir katkı sunmakla sınırlı kalmamakta; aynı zamanda ceza yargılamasında uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik somut öneriler geliştirmektedir. Özellikle beklenebilirlik ilkesinin, mazeret nedenleri ile olan ilişkisi incelenirken, bu ilkenin cezalandırma ve ceza adaletinin sağlanmasındaki işlevi açığa çıkarılmaktadır. Çalışma, beklenebilirlik ilkesinin Türk hukukundaki yansımalarını değerlendirerek ve bu kapsamda hukukun uygulama alanlarında karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri sunarak önemli bir boşluğu doldurmayı amaçlamaktadır.

I. TÜRK CEZA KANUNU'NDA BEKLENEBİLİRLİK İLKESİ

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nda beklenebilirlik ilkesi mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde, kişi haksızlık bilinci ile kusur yeteneğine sahip olarak tipik ve hukuka aykırı hareketi gerçekleştirmekte olup, hukuka aykırı bu hareketi hukuk düzeni tarafından kabul edilmemekte, fakat mazur görülmektedir.

B. Zorunluk Hali Kapsamında Beklenebilirlik Kavramı

Beklenebilirlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, zorunluluk haline ilişkin esasların temel alınması gerektiği belirtildiğinden ve de zorunluluk halinin genellikle beklenebilirlik kavramının kanundaki bir görünümü olarak yorumlanmasından dolayı zorunluluk haline ilişkin açıklamalar çalışmamız için önem arz etmektedir.[1] Nitekim zorunluluk halinin uygulama alanı bulduğu haller, kusur yeteneğinin bulunmaması ve haksızlık yanılgısı gibi kusuru ortadan kaldıran nedenlerden daha farklı olmakla birlikte, zorunluluk halinde özellikle beklenebilirliğin tespitine ilişkin tartışmalar gündeme gelmektedir.[2]

Beklenebilirliğin tanımlanmasına ilişkin tartışmalar eskisi kadar canlı olmasa da varlığını hala sürdürmekte ve bu kapsamda beklenebilirlik öğretisine karşı olanların veya savunanların beklenebilirliğe ilişkin ifadelerini genel itibariyle zorunluluk haline dayandırdıkları görülmektedir. Ayrıca daha önceki Alman Ceza Kanunu tasarılarında da (1925, 1927 ve 1930) zorunluluk haline ilişkin düzenlemelerde temel unsur olarak beklenebilirliğe yer verilmiştir.[3]

Bu nedenledir ki beklenebilirliğin kanundaki görünümlerinden birinin zorunluluk hali olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle de zorunluluk halinin açıklanmasındaki teorilerin incelenmesi, beklenebilirlik öğretisine ilişkin argümantasyonların belirlenmesi açısından yararlı olacaktır. Zorunluluk hali ile

---

1 Alexander Schlee, Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2009, s. 47.

2 Paul Bockelmann, Klaus Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. bs., Münih, Beck, 1987, s. 127.

3 Peter Frellesen, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1980, s. 26.

bağlantılı olarak gündeme gelen sorulardan biri de beklenebilirliğin genel bir mazeret nedeni olarak kanunda düzenlenmesi gerekliliğine ilişkin olup, bu soru beklenebilirliğin kanun üstü bir mazeret nedeni teşkil edip etmediğine dair tartışmalar altında detaylandırılacaktır.[4] Her ne kadar kanunumuzda zorunluluk haline ilişkin olan düzenlemede; açıkça beklenebilirlik ya da beklenebilir olma gibi kavramlara yer verilmemiş olsa da maddenin yorumlanmasında, beklenebilirlik kavramından yararlanılması faydalı olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalı olup, araştırmanın amacı kapsamında, zorunluluk halinin bir mazeret nedeni olarak kabulü halinde, beklenebilirliğin yeri ve konumu ele alınmaktadır.[5] Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda ayırma teorisi (Differenzierungstheorie) ile zorunluluk hali; hukuka uygunluk nedeni (StGB § 34) ve mazeret sebebi (StGB § 35) olarak iki ayrı hukuki nitelikte ve iki ayrı madde altında düzenlenmiştir. Bu ayrımın temelinde, aslında menfaatlerin çatışması teorisi yatmakta olup, menfaatlerin çatışması halinde, korunan menfaatin diğerine nazaran önemli ölçüde ağır basması durumunda, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali hükümlerinin uygulanacağı ileri sürülmektedir.[6] Mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk halinin temelinde, hukuka uygunluk nedenindeki gibi menfaatlerin tartılması değil hukuka uygun davranışın beklenebilirliği yatmaktadır.[7] Nitekim bu durum Alman Ceza Kanunu'ndaki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde; kusurun, beklenebilirlik bağlamında sınırlandırılmasıyla açıkça vurgulanmaktadır.[8]

Bu nedenle beklenebilirliğin, zorunluluk halindeki yeri ve önemine ilişkin tartışmalar, Alman doktrinindeki düzenlemeler ve yorumlar ışığında, mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk hali kapsamında yapılmaktadır. Zaten kanunumuzda (TCK'da), Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi iki ayrı hukuki nitelikte zorunluluk hali düzenlemesine yer verilmediğinden, açıklamalarımız sadece mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk hali ile sınırlı olmaktadır. Ayrıca Alman Ceza Kanunu'ndaki mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, sadece belli haklara [yaşam, vücut bütünlüğü ve özgürlük (Leben, Leib oder Freiheit)] ilişkin tehlike bulunması halinde, maddenin uygulanabileceği öngörülmektedir. Bu durumun da sayılanların dışında kalan bir hukuki değerin,

---

4 Lars Wortmann, Inhalt und Bedeutung der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens" im Strafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2002, ss. 51-52.

5 Serkan Meraklı, "Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", CHD, Nisan 2010, S. 12, s. 301.

6 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, s. 125-126.

7 Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Schuldausschließungsgründe und Verbotsirrtum, kn. 11, 26; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, "Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, 2007, s. 198.

8 MüKoStGB/Schlehofer, StGB Vor § 32, kn. 335.

örneğin malvarlığının tehlikeye düşmesi halinde, hukuka uygun hareket etmenin beklenebilir olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir.[9]

Buna ek olarak zorunluluk hali altında bulunan kişinin kusurunun etkilenmesi için kişinin motivasyonunu bertaraf eden ve hukuka uygun hareket etmesini engelleyen bir psikolojik baskı durumu olmalıdır. Bu sonuca da yine Alman Ceza Kanunu'ndaki madde metninden varılmaktadır. Madde uyarınca, zorunluluk hali dolayısıyla kusurun etkilenmesi için tehlikenin; kişinin kendisi, ailesinden biri veya yakın olduğu biri üzerinde oluşması gerekmektedir. Burada Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, Türk hukukundaki düzenlemeden farklılık arz etmekte ve kişinin hiç tanımadığı üçüncü bir şahıs söz konusu olduğunda, zorunluluk haline ilişkin hüküm uygulama alanı bulmamaktadır. Nitekim bu düzenlemenin aslında kişinin üzerindeki psikolojik baskı ve motivasyonun etkilenmesi nedeniyle, hukuka uygun hareketin beklenebilirliği ile ilgili olduğu ve sayılan bu kişiler söz konusu olduğunda, beklenebilirliğin etkilendiği görüşü yaygındır.[10]

Alman Ceza Kanunu'ndaki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde; failden tehlikeye katlanmasının beklenilmesinin ayrıca göz önünde bulundurulacağı haller belirtilmektedir. Düzenleme uyarınca kişilerin tehlikeye kendilerinin neden olması halinde veya özel bir hukuki ilişkinin bulunması durumunda, tehlikeye katlanmanın beklenebilirliği bu hallerden biridir.[11] Bu iki durumun, beklenebilirliğin zorunluluk halindeki kapsamını nitelediği dahi öne sürülmektedir.[12] Bu kapsamda failin tehlikeye katlanmasının beklenememesi halinde, zorunluluk hali uyarınca mazur görülme gerçekleşmektedir.[13]

Tüm bu açıklamalar sonucunda görülmektedir ki zorunluluk halinin, beklenebilirlik kavramının anlaşılabilmesi için önemi oldukça büyüktür. Bu nedenle zorunluluk halinin açıklanmasına ilişkin aşağıdaki teorilerin, beklenebilirliğin tanımlanması yolunda da aydınlatıcı olacağı düşünülmektedir.

1. Başka Türlü Hareket İmkânı Bulunmaması

Failin başka türlü ve hukuka uygun hareket etmeye ilişkin imkanının bulunmaması veya bu imkanın yetersiz olmasına dayanan bu görüşün kaynağı, anormal bir psikolojik baskıya ve bu bağlamda alışılmışın dışında bir motivasyon durumuna dayandırılmaktadır. Burada temel alınan; kişilerin içerisinde bulundukları ve karşı koyamadıkları bu motivasyon hali olup bu durum nedeniyle kişiler davranışlarını gerçekleştirmek zorunda kalmaktadırlar. Ayrıca bu görüş yukarıda beklenebilirlik öğretisi altında da belirtildiği üzere, temelde "ultra posse nemo obligatur" ("kimse

---

9 Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 7) kn. 13.

10 ibid kn. 21.

11 ibid kn. 34.

12 Hans-Heinrich Jescheck, "Alman Ceza Hukuku Reformu (*) Genel Hükümler", (Çev. Teoman Oğuzhan), Journal of Istanbul University Law Faculty, Y. 1978, C. XLIV, S. 1-4, s. 38.

13 Edmund Mezger, Hermann Blei, Strafrecht I. Allgemeiner Teil¸ 16. bs., Münih, C.H. Beck, 1975, s. 183.

gücünün ötesinde sorumlu tutulamaz") ilkesine de dayandırılmakta ve kişilerin içerisinde bulundukları bu ağır psikolojik motivasyon baskısı karşısında, failin hukuka uygun hareket etme olanağının bulunmadığı ifade edilmektedir.[14] Böylelikle, beklenebilirliğin açıklanmasında failin içerisinde bulunduğu olağanüstü psikolojik baskı derecesinin (der enorme psychische Druck) ve anormal motivasyon durumunun (anormale Motivationslage) önemi vurgulanmış olmaktadır.[15] Bu nedenle, failin başka bir şekilde hareket etmesinin imkansız olduğu durumlarda, hukuka uygun davranış beklentisi ortadan kalkmaktadır. Ağır zihinsel, ruhsal ve psikolojik baskıların etkisiyle oluşan bu gibi durumlarda, kişiden hukuka uygun bir davranış beklenmesi mümkün değildir.[16] Nitekim bu haller altında, kişinin üzerindeki psikolojik baskı çok arttığından hukuka uygun hareketin beklenebilirliği kalkmaktadır.[17]

Beklenebilirlik kapsamında başka türlü hareket imkanı ile kast edilenin ise; hukuka uygun harekete yönelik motivasyon yeteneği olduğu belirtilmektedir.[18] Bu görüşün temellendirilmesinde, ortalama yapabilirlik (Durchschnittskönnen) veya bireysel yetenek (individuelle Fähigkeit) gibi kriterlerin göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Benzer şekilde, anormal motivasyon durumu (abnorme Motivatioslage) nedeniyle bir vatandaşın ortalama bir irade gücü ile de başka türlü hareket edemeyeceği ve de zorunluluk halinden dolayı kusurun kalktığı yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Sonuç olarak hangi kriterle açıklanırsa açıklansın zorunluluk halinde, beklenebilirliğin genel itibariyle karşı konulamayacak zihinsel, ruhsal veya psikolojik baskı ile birlikte değerlendirildiği görülmekte ve bu baskı ile anormal motivasyon sonucunda, beklenebilirliğe ilişkin bir yargıya varılacağı görüşü hakim olmaktadır.[19]

Türk doktrinine bakıldığında da zorunluluk hali kapsamında beklenebilirliğe başvurulduğu görülmektedir. Zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni olduğu görüşü altında gerçekleştirilen fiil, haksızlık muhtevasına sahipse de bu hareketi gerçekleştiren kişi, hukuk düzenince mazur görülmektedir.[20] Bu mazur görülme ile kişinin kınanabilmesi ve kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için ise kendisinden hukuka uygun hareketleri gerçekleştirmesinin beklenebilmesi gerekmektedir.[21]

---

14 Lars Wortmann, Inhalt und Bedeutung der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens" im Strafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2002, s. 52; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 7) kn. 11.

15 ibid s. 52.

16 Georgios A. Mangakis, "Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit", ZstW 75, Berlin, Walter De Gruyter & Co, 1963, s. 525.

17 Franz v. Liszt, Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. bs., Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter&Co., 1927, s. 268.

18 Wortmann (n 14) s. 52; Mangakis (n 16) 525.

19 Liszt (n 17) Schmidt (n 17) 268; Mangakis (n 16) 525.

20 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. bs., Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 2006, s. 377.

21 Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 657.

2. Kusurun Çift Taraflı İndirimi

Görüş kapsamında kusurluluğu kaldıran bir zorunluluk halinin söz konusu olması halinde, çifte kusur azalması nedeniyle sorumluluğun kalktığı ileri sürülmektedir.[22] Bu çerçevede, genel olarak mazeret nedenlerinin ve bu bağlamda zorunluluk halinin söz konusu olduğu hallerde, gerek failin hareketi ile tehlike altında olan bir hukuki değeri koruduğu ve bu amaçla hareket ettiği ve gerekse de içerisinde bulunduğu alışılagelmemiş durumlar nedeniyle, kusur ve haksızlığının içeriğinin azaldığı kabul edilmektedir. İlk olarak zorunluluk hali içerisinde hareket eden failin sadece bir hukuki değere zarar vermeyip, aynı zamanda başka bir değeri koruduğu ve bununla birlikte kişinin alışılagelmemiş motivasyon durumu ve üzerindeki psikolojik baskının etkisi de dikkate alınmaktadır. Böylelikle kişinin içerisinde bulunduğu psikolojik baskı durumu da kusur ve haksızlık içeriğinin azalmasında yine etken olmaktadır.[23] Bu çift taraflı azalma şeklindeki etki ise failin hukuk düzeni tarafından kınanmayıp mazur görülmesini ve cezalandırılmamasını sağlamaktadır.

Bu görüşe karşı eleştirilerin bir kısmı aslında yine Alman Ceza Kanunu'ndaki zorunluluk haline ilişkin maddenin düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu zorunluluk halinin uygulanması için kişinin, var olan tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi/akrabası veya kendisiyle samimi olan diğer bir kişi için def etmelidir. Böylece madde tersten okunduğunda, kişinin kendisi ile samimi olmayan birini kurtarması ve bu kurtarma hareketi ile bir başkasına zarar vermesi ihtimalinde, zorunluluk haline ilişkin düzenleme uygulama alanı bulmayacaktır. Bu bağlamda; zorunluluk halinde bulunan kişilerin kusurlu sayılmamalarının gerekçesi, kusurun çift taraflı olarak hafifletilmesi ve gerçekleştirilen haksızlığın sıradan bir duruma kıyasla daha az ağırlık taşıdığı değerlendirmesine dayanmaktadır. Çünkü bu durumda maddede sayılan birinin özgürlüğünün korunması için başkasına zarar vermek zorunluluk hali kapsamında değerlendirilirken, madde kapsamında sayılmayan birinin hayatını kurtarmak için birine zarar vermek zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir.[24] Bu durumun açıklanmasında ise haksızlığın azalması şeklindeki bakış açısının ölçüt olarak kullanılamayacağı vurgulanmaktadır.[25]

Alman Ceza Kanunu'ndaki mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk haline ilişkin düzenlemeden kaynaklanan diğer bir eleştiri ise; düzenleme uyarınca zorunluluk halinin, tehlikenin yalnızca belli bazı değerlere karşı olması durumunda uygulama alanı bulabileceğine yöneliktir. Bunlar madde metninde; hayat, vücut ve özgürlük olmak üzere sınırlı olarak sayılmaktadır. Bu durumda başka türlü hareket imkânı bulunmaması görüşüne yönelik eleştirilerde de belirtildiği üzere, kişinin çok değerli bir malını koruması hali çok kısa süreli bir özgürlük kaybından veya çok küçük bir

[22] Schlee (n 1) 64.

[23] Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 7) kn. 11.

[24] Schlee (n 1) 69.

[25] Wortmann (n 14) 63.

yaralanmadan daha değersiz görülmüş olmaktadır ki bunun aksinin savunulması da mümkündür.[26]

Diğer bir görüş ise bu görüşün yetersiz kaldığını ve hayata karşı başka bir hayatın söz konusu olduğu zorunluluk durumlarının örnek teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bir kişinin yaşam hakkı söz konusu olduğunda, burada kişilerin hayatlarına ilişkin değerler yarışamayacağı için daha az veya çok değerli bir yaşamın kabul edilmesi ve konuya ilişkin bir karşılaştırma yapılarak bir haksızlık ölçüsünde bulunulabilmesi mümkün görünmemektedir.[27] Ayrıca failin kendi hukuki değerini korumak için birden fazla başka değeri ihlal etmesi değerlendirildiğinde, örneğin kendi hayatını korumak için birden fazla insanı öldürmesi olayında, her ne kadar burada yaşam hakkının korunması amacıyla hareket edilse de ortaya çıkan olumsuz değer diğerini karşılamamakta hatta onu aşmaktadır.[28] Benzer bir şekilde; örneğin kişinin organ nakli ile kendi hayatını kurtarmak için ikiz kardeşini öldürmesinde de haksızlık içeriğinin azalmadığını ileri süren görüşler bulunmaktadır.[29]

3. Anayasal Gereklilikler Bağlamında Değerlendirme

Diğer bir görüş olarak zorunluluk hali anayasal gerekliliklerle meşrulaştırılmakta ve bu kapsamda açıklanmaktadır. Bu bağlamda, saldırgan olmayan bir kişinin öldürülmesine ilişkin anayasal yasak ve yaşam hakkının üstün değeri, zorunluluk hali mağdurunun lehine olarak devletin koruma yükümlülüğünü doğurmakta; bu da ilgili fiillerin ceza kanununda suç olarak düzenlenmesiyle güvence altına alınmaktadır. Bu durum kriminalizasyon/suç olarak düzenleme ilkesi (Kriminalisierungsgebot) olarak isimlendirilmektedir. Öte yandan ise zorunluluk hali altında bulunan fail de olağandışı durumlar altında, kendi yaşamına yönelik tehlikeyi defetmek için pek tabiidir ki korunmaya değer bir yarara ve menfaate sahiptir. Devlet artık öldürme veya zarar verme yasağını, zorunluluk hali altında hareket eden failin yaşam hakkının veya menfaatinin korunmasına ilişkin anayasal hak ile çelişmeksizin uygulayamamaktadır. Buna da kriminalizasyon/suç olarak düzenleme yasağı (Kriminalisierungsverbot) adı verilmektedir. Bunun sonucu olarak zorunluluk hali ile birlikte kişilerin özellikle de yaşam haklarına ilişkin bir saldırı ve tehlike olduğunda gündeme gelen kendilerini koruma haklarının sınırlandırılmasının ve hatta kendilerini bu koşullar altında korumaları durumunda cezalandırılmalarının önüne geçilmektedir. Böylelikle ceza hukuku, evrensel hukuki değerleri koruma işlevini yerine getirerek etkinliğini muhafaza etmektedir.[30]

---

26 Schlee (n 1) 69.

27 Wortmann (n 14) s. 64; Schlee (n 1) 70.

28 Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. bs., Berlin- New York, Walter de Gruyter, 1991, § 20, kn. 3

29 NK-StGB/Neumann, StGB § 35, kn. 4a.

30 Schlee (n 1) 158.

Beklenebilirlik ise bu görüş çerçevesinde zorunluluk hali açısından yol gösterici bir ilke olarak kendini göstermektedir. Bu da beklenebilirlik kavramının içeriğinin, zorunluluk hali kapsamında yapılan açıklamalarla doldurulmasını doğurmaktadır.[31] Nitekim beklenebilirlik kavramının semantik analizinde de görüldüğü üzere, kavramın birçok bakış açısı çerçevesinde açıklandığı ve bu nedenle semantik analiz çerçevesinde beklenebilirliğin tanımlanmasının pek de mümkün olmadığı görülmektedir. Cezalandırılmanın bir sınırını teşkil eden zorunluluk hali, kişinin kendisini koruma hakkını ve cezanın amacına uygunluğunu haklı çıkarmak için haksızlık gerçekleşmesine rağmen, kusurun isnadının gerçekleşmemesi sonucunu doğurmaktadır.[32] Bu nedenle beklenebilirlik kavramının kapsamlı bir değerlendirmesi, zorunluluk halinin bir kırılma noktasını oluşturduğu ve özellikle suçu meydana getiren fiilin önlenmesi açısından belirleyici bir bakış açısına sahip olduğu ileri sürülmektedir. [33] Beklenebilirlik kavramının içeriğinin tespit edilmesi, böylelikle zorunluluk hali kapsamında yapılan analizler sonucunda belirlenmiş olmaktadır.

4. Fiil Sorumluluğu

Bu görüş kapsamında zorunluluk hali, fiil sorumluluğunu kaldıran bir hal olarak ele alınmaktadır. Bunun bir sonucu olarak madde kapsamında hukuk düzenindeki ortalama bir kişinin davranışları temel alınarak, yani kişisel bir değerlendirme yapılmaksızın failden hukuka uygun hareketin beklenemediği durumlar düzenlenmiş olmaktadır. Bu nedenle, burada failin davranışlarının zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesinin tespitinde, hukuk düzenindeki ortalama bir insanın beklenebilirlik sınırlarının genel bir tespiti yapılmaktadır.[34] Hukuk düzeni tarafından hukuki gerekliliklerin yerine getirilmesinin beklenmemesi halinde de kişinin fiil sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir.[35]

Alman Ceza Kanunu'ndaki kusur üzerinde etkili olan zorunluluk haline ilişkin düzenlemede, failin tehlikeye bizzat neden olması veya özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunması nedeniyle tehlikeye katlanmasının kendisinden beklenmesi durumunda, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu görüş kapsamında, sınırlı olarak sayılan bu hallerin beklenebilirliğin tespitinde bir ölçü mü teşkil ettiği sorusu sorulmaktadır.[36]

Madde kapsamında sayılan bu iki istisna halin gerçekleşmesi durumunda, beklenebilirlik değerlendirmesinin zorunlu olarak yapılması gerekmektedir. Fakat

---

31 ibid s. 159.

32 ibid s. 159-160.

33 ibid s. 160.

34 Reinhart Maurach, Heinz Gössel, Heinz Zipf, Dieter Dölling, Christian Laue, Joachim Renzikowski, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. bs., Heidelberg, Münih, Landsberg, Frechen, Hamburg, C.F. Müller, 2014, § 44, kn. 66.

35 Nomos-Kommentar, Vorbemerkungen zu §§ 32ff, kn. 237.

36 Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1, § 34/I, kn. 3.

değerlendirme bu tip hallerin söz konusu olması neticesinde, hukuka uygun hareketin kişiden beklenmesini zorunlu hale getirmediğinden, somut olayın tüm özellikleri değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekmektedir. Ayrıca ek olarak sayılan bu hallerin ve tehlikeye katlanmanın, başka koşullardan da kaynaklanabileceği vurgulanmaktadır.[37]

Bu görüş kapsamında beklenebilirliğe getirilen diğer bir katkı ise beklenebilir bir tehlikenin ölçüsünün herkes için aynı olduğunun tespitidir.[38] Burada kişilerin bireysel yetenekleri dikkate alınarak, beklenebilirliğe ilişkin bir direnme gücünün ölçüsüne göre bireyselleştirme yapılmamakta, bu durum objektif bakış açısıyla belirlenmektedir.[39] Nitekim bu objektif değerlendirme, esasında yukarıda da belirtildiği üzere zorunluluk halinin, fiil sorumluluğunu kaldıran haller kapsamında kalmasından kaynaklanmaktadır.

5. Beklenebilirlik Özelinde Gelişen Görüşler

Genel itibariyle zorunluluk halinin açıklanmasında beklenebilirlik önemli bir yere sahip olmakla birlikte, kişiden beklenebilen hareketlerin sınırının hangi kapsamda olacağına ilişkin görüşler çeşitlilik arz etmektedir. Bu nedenle başlık altında incelenen görüşler kapsamında, hem Gallas hem de Bockelmann, beklenebilirlik öğretisine sadık kalarak ve zorunluluk halini de bu bağlamda değerlendirerek mazeret nedeni olarak açıklamaktadır.[40] Diğer görüşler kapsamında da beklenebilirliğe ilişkin açıklamalar yer alsa da burada diğer görüşlerden farklı olarak, beklenebilirlik ana unsur olarak değerlendirilmektedir. Böylelikle burada kusur, bireysel olarak başka türlü hareket etme imkânı çerçevesinde ele alınmakta, fakat kişilerin kusur isnadı herkesin onların durumunda olması halinde aynı davranacağı gerekçesiyle kalkmamaktadır. Bu noktada da başka türlü hareket imkânı nedeniyle, kusurun etkilenmesine yönelik olan görüşle farklılıkları ortaya konmuş olmaktadır.[41]

Bu kapsamda ilk görüşe göre beklenebilirlik, ortalama bir vatandaşın da direnme gücünü aşan bir zorunluluk durumunda, kişinin yapabileceklerine yönelik etki bağlamında ele alınmaktadır. Korunan değerlere ve kurallara bağlı, kanunlara ve kaidelere uyan sadık ve fail ile genel özellikleri itibariyle benzer ortalama bir vatandaş nezdinde başka şekilde hareket imkânı ve asgari bir yapabilirlik temel alınmakta ve bu vatandaşın da hukuk uygun hareketinin beklenememesi halinde, mazur görülme değerlendirilmektedir.[42]

---

37 ibid kn. 4.

38 ibid kn. 9.

39 ibid kn. 9.

40 Klaus Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand, Köln-Berlin-Bomm-Münih, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s. 188.

41 Schlee (n 1) 161.

42 Wortmann (n 14) 64-65.

Diğer görüş uyarınca temel alınan ise ortalama bir yapabilirlik değil, humana fragilitas olup insanın doğasından ötürü zayıflığı, güçsüzlüğü, dayanıksızlığı, kırılganlığı ile kimseden kahraman veya kendisine hâkim olmasının beklenememesi doğrultusunda, zorunluluk halinin meydana gelmesi halinde, kişiler cezalandırılmamaktadır.[43]

6. Cezanın Önleyici Amacı Bağlamında Değerlendirme

Buraya kadar değinilen görüşlerde ortalama yapabilirlik, başka türlü davranma imkânına dayanabilmekle birlikte, bu başlık altında incelenecek görüşlerde cezanın önleyici amaçları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu bağlamda görüş uyarınca, zorunluluk halinin açıklanmasında, cezanın önleyici amaçlarına ilişkin açıklamalara başvurulmaktadır. Bu görüşlerin ortak temeli, kişilerin cezalandırılmasında genel olarak bu durumun cezanın önleyici amacıyla bağdaşması gerektiğidir.[44]

Görüşün temelinde özetle, cezanın genel ve özel önleyici amaçlarına göre gerekli olmayan bir cezanın toplumsal olarak da makul ve akla yatkın bir amaca dayanmadığı fikri yatmaktadır.[45] Bu bağlamda, cezalandırmada temel alınan başka türlü hareket imkânı değil, kanun koyucunun kişilerin davranışlarından dolayı cezanın özel ve genel önleyici amaçları çerçevesinde sorumluluk yüklemeyi istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de burada kusurdan değil, sorumluluktan söz edilmektedir.[46] Çünkü burada kusurunun varlığı kabul edilen bir kişinin, cezanın genel ve özel amaçları doğrultusunda cezalandırılması gerekli görülmediğinden, sorumluluğunun kalktığı değerlendirilmektedir. Bu nedenle görüş kapsamında, suçun yapısı öğretiden farklı bir şekilde ele alındığından, zorunluluk hali de sorumluluğu kaldıran nedenlerden biri olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, bu durumun daha iyi anlaşılması için en iyi örnek; kişilerin kusurunun tamamen ortadan kalkmamakla birlikte azaldığı, ancak sorumluluklarının bulunmadığı durumlara işaret eden zorunluluk hali olarak değerlendirilmektedir.[47]

Alman Ceza Kanunu'nun mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk haline ilişkin düzenlemesinde, bu kapsamda hareket eden kişinin kusurunun olmadığı açıkça belirtilmektedir. Roxin buna karşı olarak maddede; kusuru olmadan hareket ettiğine ilişkin ibarenin aslında azalmış da olsa kusurlu, fakat sorumluluğu olmadan hareket ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu durumun da kanun koyucunun o dönemde sorumluluk ile kusur arasındaki farkı bilmemesinden kaynaklandığını öne sürmektedir.[48] Bu kapsamda, zorunluluk halinin özellik arz edilen durumlarına

---

43 Wortmann (n 14) 69.

44 Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand (n 40) s. 213; Schlee (n 1) s. 75.

45 Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 19, kn. 9.

46 Claus Roxin, "„Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien", in Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1974, s. 181-182.

47 Roxin (n 46) 183.

48 Roxin/Greco (n 45) 8.

ilişkin değerlendirmeler yapılmakta ve bunlar görüş kapsamında açıklanmaktadır.[49]

Bunlardan biri Alman Ceza Kanunu'nda mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk hali kapsamında sayılan kişilerden kendisine yakın olan birini kurtarma hareketinin değerlendirilmesidir. Görüş kapsamında, kurtarma için suç oluşturan bir hareketi gerçekleştiren kişinin, başka türlü hareket etme imkânı değerlendirilir ise bu durumda kusurlu hareket ettiği kabul edilmektedir. Fakat cezanın önleyici amaçları çerçevesinde bu hareket değerlendirildiğinde, kişinin cezalandırılmasına gerek kalmamaktadır.[50] Çünkü kişi cezanın özel önleyici amacı açısından bakılırsa, sosyal anlamda entegre olmuş biri olarak alışılagelmişin dışında bir durum içerisinde bulunmaktadır. Bu haliyle kişinin tehlikeli hareketini tekrar etme olasılığı bulunmamakta, cezanın genel önleyici amacı doğrultusunda incelendiğinde de nadir olarak karşılaşılan bir durum söz konusu olduğundan, çoğunluğun isteğine göre cezalandırılması da gereksiz görülmektedir. Ayrıca kişinin eyleminin haksızlık içeriğinde de azalma söz konusu olmaktadır.[51]

Görüş kapsamında incelenen diğer bir husus da Alman Ceza Kanunu'ndaki mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk haline ilişkin düzenlemede, özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunma durumunda kişilerin istisna tutulmaları halidir. Görüşe göre, bu kişilerin istisna tutulmalarının nedeni sosyal sistemin işlerliğinin devam etmesinin sağlanmasından kaynaklanmaktadır.[52] Burada kişilerin başkasına ait bir değeri tehlikeye atarak karşılaştığı tehdidi püskürtmesi ile sosyal sistemin işlerliğini tehlikeye sokması arasında bir ayrım yapılmaktadır. Kişilerin görevlerini yerine getirmemesi halinde, toplum için zararlı sonuçların doğma ihtimalinden dolayı bu özel yükümlü olan örneğin; asker ve itfaiye gibi kişilerin sosyal işlerlik nedeniyle sorumluluklarından bu kadar kolay kurtulamayacakları belirtilmektedir.[53]

Madde kapsamında belirtilen diğer bir istisna hal de zorunluluk hali içerisinde bulunan kişinin tehlikeye bizzat kendisinin sebep olmasıdır. Benzer unsur Türk hukukundaki zorunluluk haline ilişkin düzenlemede de yer almaktadır. Görüş kapsamında, önleyici bir bakış açısının tehlike durumunun ortaya çıkmasını engellemeyi gerektirdiği belirtilmekte olup, bu yaklaşım ilgili görüşle uyum içerisindedir.[54] Fakat bu noktada istisna tutulan bu hallerde (özel hukuki ilişki ve kişilerin tehlikeye kendilerinin neden olması halleri) kişilerin tehlikeye hangi ölçüde katlanacaklarının tespiti belirsizliğini korumaktadır.[55] Bu noktada ise beklenebilirlikten faydalanıl-

---

49 Wortmann (n 14) 69.

50 Wortmann (n 14) 70.

51 Roxin (n 46) 183.

52 Roxin (n 46) 183-184.

53 Roxin (n 46) "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", in Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, Münih, C.H. Beck, 1979, s. 283.

54 Schlee (n 1) 80.

55 Roxin (n 46) 185.

maktadır. Roxin; beklenebilirliği (regulatives Prinzip) düzenleyici bir ilke olarak ele aldığından, burada önleyici amaçlar doğrultusunda, ceza gereksinimlerini tartarak hareketin beklenebilirliği takdir edilecektir.[56]

Görüşe karşı olan eleştirilerin bir kısmına değinmek gerekirse, bunların zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin her halükarda cezanın önleyici amaçları çerçevesinde açıklanamayacağından kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Böylelikle karşı olarak zorunluluk hali maddesindeki hukuki değerlerin sınırlı olarak sayılmasının, cezanın önleyici amacı doğrultusunda açıklanamayacağı vurgulanmaktadır. Örneğin; ileri yaş grubundaki bireylerin yeni bir iş bulma ihtimalinin düşük olması göz önüne alındığında, bu kişilerin işlerini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalması veya basit bir yaralanma tehlikesine maruz kalması durumlarında, önleyici bakış açısıyla daha az bir cezalandırma gereği doğması beklenirken, bu durumun genel önleyici bakış açısıyla tam olarak açıklanamadığı ileri sürülmektedir.[57]

Ayrıca örneğin; topluma yeniden kazandırılma ihtiyacı olan failin de zorunluluk hali altında hareket edebileceği veya bu ihtiyacı olmayan bir kişinin Alman Ceza Kanunu'ndaki zorunluluk hali kapsamında sayılmayan hukuki değerlerden birine karşı bir tehlikenin söz konusu olması halinde, zorunluluk hali hükümlerinden yararlanamayacağı belirtilmektedir. Yine aynı şekilde özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunan veya tehlikeye kendi sebep olmuş kişilerin tekrar sosyalleşme ile topluma kazandırılma ihtiyacının bulunmamasında da cezanın özel önleme amacı yetersiz kalmaktadır.[58]

İlgili başlık altında görüş ayrıntılı olarak ele alındığı üzere; kusuru cezanın genel önleyici fonksiyonu ile ele alan görüş, zorunluluk halini de cezanın genel önleyici fonksiyonu ile açıklamaktadır. Böylelikle kusur, cezanın önleyici amaçları doğrultusunda belirlenmekte ve cezalandırma hukuk düzenine olan güveninin sağlanması için gerekli olmaktadır. Kişilerin mazur görüldüğü hallerde de aynı gereklilikten hareket edilmekle birlikte beklenebilirlik de mazur görülmede önemli bir yere sahiptir. Bu görüşe göre diğer görüşlerin aksine sadece psikolojik etki ve motivasyon baskısı, kişinin mazur görülmesine yetmemektedir. Bu nedenle zorunluluk halinin belirlenmesinde de tek başına psikolojik baskıya bakmaktansa, burada kusurun belirlenmesinde cezanın genel önleyici amacına bakılarak beklenebilirlik bağlamında bir karar verilmesi gerekmektedir.[59] Bu kapsamda psikolojik baskı ancak bir tesadüf olarak görülüyorsa veya üçüncü bir kişiye yüklenebiliyorsa mazur görülmeye yol açmaktadır.[60] Hukuka uygun hareketin beklenememesi de bu hallerde söz konusu olmaktadır. Görüş kapsamında bu hallerden birini de zorunluluk hali teşkil etmektedir.

---

56 ibid 185; Schlee (n 1) 80.

57 Roxin/Greco (n 45) 11.

58 Schlee (n 1) 84-85; Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand, s. 222.

59 Jakobs (n 28) Strafrecht Allgemeiner Teil, § 17, kn. 54.

60 Jakobs (n 28) Strafrecht Allgemeiner Teil, § 20, kn. 4.

Bir tesadüf olarak görülme ile Alman Ceza Kanunu'ndaki mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk halinin şartlarından olan tehlikeye bizzat neden olma ve özel hukuki ilişki içinde bulunma durumlarının mazur görülmemesinin açıklandığı ileri sürülmektedir.[61] Bu iki durum söz konusu olduğunda somut olayın tesadüf olarak adlandırılması mümkün olmamaktadır. Örneğin; polis ve itfaiye gibi özel bir hukuki ilişkinin söz konusu olduğu hallerde, özel yükümlülük altında olan kişi bu tehlikenin zaten farkındadır ve diğer kişiler yükümlülüğü taşıyan bu kişilerin söz konusu tehlikeyi önleyeceğine güvendiklerinden aksi bir tutum güvenin sarsılmasını doğurmaktadır.[62] Bu nedenle de somut olayla bağlantılı olarak özel bir hukuki ilişki içinde bulunan kişiler için tesadüfi bir durum bulunmayacak ve bu bağlamda maddedeki istisna açıklanmış olacaktır.

7. Değerlendirme

Zorunluluk halinin açıklanmasına ilişkin yapılan açıklamalar, beklenebilirlik açısından son derece önemlidir. Farklı bakış açılarıyla ve argümanlarla hareket eden bu görüşlerin hepsinde beklenebilirliğe yer verilmektedir. Tüm bu açıklamalar zorunluluk halinin, beklenebilirliğin kanundaki görünümünü teşkil ettiğini tasdikler niteliktedir.

TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin kusur üzerinde etkili olduğu kabul edildiğinde, beklenebilirlik kavramı zorunluluk halinin açıklanmasında temel etken olarak görülmelidir. Madde uyarınca gerek kendisine gerekse başkasına ait bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak için tehlikenin ağırlığı ile orantılı şekilde gerçekleştirilen hareketler, zorunluluk hali altında değerlendirilecektir. Fakat bu değerlendirme için ağır ve muhakkak tehlikeye bilerek neden olunmaması ve hareketi gerçekleştirmeden başka suretle korunma olanağının bulunmaması gerekmektedir. Bu şartların sağlanması halinde faile ceza verilmemesinin temelinde aslında beklenebilirlik yatmaktadır. Belirtilen niteliklere haiz bir tehlikenin bulunması halinde, failin içinde bulunduğu bu alışılagelmişin dışındaki motivasyon baskısı ve bu baskı nedeniyle oluşan psikolojik durum sebebiyle hukuka uygun hareketin gerçekleştirilmesi beklenememektedir.

Beklenebilirliğin kusur üzerindeki bu etkisi dışında, Alman Ceza Kanunu'ndaki kusurluluğu etkileyen zorunluluk hali kapsamında beklenebilirlik değerlendirmesinin, ayrıca gerçekleştirilmesi gereken iki durumundan bahsedilmektedir. Bunlardan biri tehlikeye bilerek neden olmama diğeri ise özel bir hukuki ilişkinin bulunmamasıdır. Özel bir hukuki ilişkinin bulunması veya tehlikeye bilerek neden olunması durumlarında, tehlikeye katlanmanın beklenebilir olması durumunda, zorunluluk halinden yararlanılamayacaktır. Özel bir hukuki ilişki içinde bulunma şartı bağlamında hukukumuz açısından önem arz eden durum, tehlikeye katlanma

---

61 Schlee (n 1) s. 93.

62 Zeynel T. Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 441.

yükümlülüğü bulunan kişilerin zorunluluk hali düzenlemesinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesidir. Çünkü özel bir hukuki ilişki ile kast edilen normal vatandaşlardan farklı olarak, bir meslek veya sözleşmeden kaynaklanan birtakım tehlikeleri üstenen kişilerin olmasıdır. Özel hukuki ilişki bulunması, hukukumuzda tartışılan tehlikeye göğüs germe veya katlanma yükümlülüğü bulunması ile aynı hususu teşkil etmektedir. Doktor, itfaiye, polis veya asker gibi kişiler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Türk doktrininde bu şartın zorunluluk hali müessesinde aranıp aranmayacağına ilişkin farklı görüşlerin bulunması, Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi bir ifadeye TCK'daki düzenlemede açıkça yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır.[63] Bu nedenle doktrinde, bu şartın zorunluluk halinin niteliği gereği uygulanmasının gerektiği ve tehlikeye katlanma yükümlülüğü olan kişilerin zorunluluk hali müessesesinden yararlanamayacağı belirtilmekle birlikte, bu kişilerin de zorunluluk halinden yararlanması gerektiği yönünde farklı görüşler mevcuttur.[64]

Belirtilen nitelikteki kişilerin zorunluluk halinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna verilen cevap, esasında beklenebilirlik açısından büyük bir önem taşımayacaktır. Nitekim itfaiyenin her tarafı sarmış bir yangında, kendi hayatını tehlikeye atmadan müdahale etme ihtimalinin bulunmadığı örneği üzerinden değerlendirme yapılırsa, bu durumda itfaiyeden kendi hayatı pahasına başkasını kurtarmasını beklemek mümkün olacak mıdır? İtfaiye gibi özel bir yükümlülüğü olan kişiler söz konusu olduğunda, belirtildiği üzere sosyal işlerliğin devam etmesi amacıyla beklenebilirlik sınırı normal vatandaşlara göre daha yüksek olup, beklenebilirliğe ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapılacaktır. İtfaiye örneği özelinde soruya cevap verilirse, ilk olarak normal bir vatandaştan yangına müdahale etmesinin beklenemediği durumlarda dahi itfaiyeden bu yardım beklenebilir olarak nitelendirilebilecektir. Fakat bu müdahalenin, itfaiyenin hayatı açısından ciddi bir tehlike barındırması ve her tarafı saran büyük bir yangın olması ihtimalinde, verilen cevap değişecek ve beklenebilirlik kalkacaktır. Çünkü hukuk düzeni hiç kimseden kendisini feda etmesini talep etmeyecektir. Bu nedenle tehlikeye katlanma yükümlülüğüne ilişkin şartın madde metninde açıkça belirtilip belirtilmemesi beklenebilirlik kavramı açısından sorun yaratmayacak, beklenebilirlik zaten yükümlülüğün sınırının belirlenmesi ve zorunluluk halinin değerlendirilmesinde tekrar gündeme gelecektir.

Netice itibariyle TCK'daki zorunluluk haline ilişkin düzenlemede, beklenebilirliğe doğrudan bir ibare olarak yer verilmemesi, beklenebilirliğin değerlendirme konusu yapılmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda ilk olarak zorunluluk halinin söz konusu olduğu durumlarda, alışılagelmişin dışındaki motivasyon baskısı ile bu baskı neticesinde meydana gelen psikolojik durum beklenebilirliği etkilemekte ve bu hal failin kusurunun azalmasına sebebiyet vermektedir. Kusur

---

63 Kangal (n 62) 460; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 589.

64 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 353.

içeriğindeki azalma ve bu bağlamda beklenebilirlik olgusu, zorunluluk halinde ceza verilmemesinin asıl nedenini teşkil etmektedir. Beklenebilirliğin, zorunluluk halinin açıklanmasındaki bu temel yerinin ardından, tehlikeye bizzat neden olunması veya tehlikeye katlanma yükümlülüğünün bulunması hallerinin de ayrıca değerlendirme konusu yapılması gerektiği belirtilmekte ve bu durum başka bir uygulama alanı oluşturmaktadır. TCK açısından belirtildiği üzere tehlikeye katlanma yükümlülüğünün kanunda açıkça düzenlenmemesi, beklenebilirliğin gündeme gelmesi açısından problem yaratmamakla birlikte aynı durum tehlikeye bizzat neden olunan haller için söylenememektedir. TCK'daki zorunluluk halinin uygulama alanı bulabilmesi için failin tehlikeye bilerek neden olmamasının gerektiği, madde metninde açıkça düzenlenmiştir. Tehlikeye failin kendisinin sebebiyet vermesi halinde, tehlikeye katlanmanın beklenebilir olması şeklinde Alman Ceza Kanunu'ndaki ibareye TCK'daki düzenlemede yer verilmesi ve düzenlemeye beklenebilirliğin dâhil edilmesi daha isabetli olacaktır. Çünkü yakınının tehlikeye maruz kalmasına neden olunmasında, failden beklenenlerin sınırı daha geniş olsa da buradaki motivasyon baskısındaki yoğunluk artışı dikkate alındığında, beklenebilirliğin kalktığı bazı durumların olabileceği de değerlendirme konusu yapılabilmelidir. TCK'daki tehlikeye bilerek neden olunmasının, zorunluluk halinin bir şartı olarak düzenlenmesi ve beklenebilirliğe ilişkin bir ibareye yer verilmemesi bu istisna durumların göz ardı edilmesini doğurmakta ve zorunluluk halinin temelinde yatan düşüncenin beklenebilirlik olduğu dikkate alındığında, temeli ile olan tutarsızlık göze çarpmaktadır. Ayrıca alışılagelmemiş motivasyon baskısı ve bu baskı nedeniyle gelişen psikolojik durum temelinde bir değerlendirme yapıldığında, tehlikeye bilerek neden olan kişilerin neden zorunluluk hali müessesesinden yararlanamadıkları sorusuna net bir cevap verilememektedir. Çünkü bu tip durumlarda failin özellikle sevdiği bir yakınını tehlikeye maruz bıraktığı varsayımında, kendi sebep olduğu tehlikeyi ortadan kaldırmaya yönelik baskının çok daha fazla olduğu aşikârdır. Bu nedenle bu tip durumlarda, sadece motivasyon baskısı ve psikolojik durum temelli bir değerlendirme yetersiz kalmakta, buna ek olarak beklenebilirlik değerlendirmesi yapılması gerekmektedir.

II. BEKLENEBİLİRLİK KAVRAMININ TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE CEZALANDIRMADAKİ ETKİSİ

Türk Ceza Kanunu'nda beklenebilirliğin temel ilke olarak etkili olduğu mazeret nedenleri "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmektedir. Fakat bu başlık altında sadece mazeret nedenlerinin değil, ek olarak kusuru kaldıran ve azaltan sebepler ile hukuka uygunluk nedenlerinin de düzenlendiği görülmektedir. Bu dört farklı hukuki niteliğe sahip kurumun tek başlık altında toplanması doktrinde eleştirilere neden olmaktadır.[65] Kanaatimizce hukuki

[65] Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 292.

kurumlar arasındaki bu farklılıklar ile etki alanları ve suç inceleme metodu çerçevesinde ele alındıkları aşamalar incelendiğinde, birbirlerinden ayrı düzenlenmeleri çok daha isabetli olacaktır.

Hukuka uygunluk nedenleri ile diğer nedenler arasındaki (kusuru azaltan nedenler dışında) esas benzerlik netice itibariyle ceza verilmemesi olmakla birlikte, kusur üzerinde etki doğuran diğer bu üç nedenin birbirinden ayrılması güç olabilmektedir. Ayrıca bu benzerlik bağlanan hukuki sonuçların aynı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir fiil zaten bulunmadığından burada ortadan kalkan bir ceza sorumluğu da bulunmamaktadır.[66] Nitekim ceza sorumluluğunun tespitine yönelik araştırmaların gerçekleştirilebilmesi için hukuk düzeni ile çatışan hukuka aykırı bir fiilin varlığı gerekmektedir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenlerin aynı üst başlık altında birlikte düzenlenmeleri yerinde görülmemektedir.[67]

Kusuru kaldıran sebepler ve mazeret nedenleri söz konusu olduğunda ise her ne kadar neticesi itibariyle kişi cezalandırılmasa da ceza verilmemesinin ardında yatan neden farklılık arz etmektedir. Kusuru kaldıran nedenlerin söz konusu olması halinde, kusurun kurucu unsurları ve bu doğrultuda kusur da bulunmamaktadır. Mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde ise kişinin kusuru azalmış da olsa mevcuttur. Mazeret nedenlerinde kanunda öngörülen şartların varlığı halinde, motivasyon ve psikolojik baskı altında hukuka uygun hareketlerin gerçekleştirilmesi beklenememekte ve beklenebilirliğin bulunmadığı bu hallerde, gerek kusur gerekse de haksızlık içeriğindeki azalma neticesinde, fail hukuk düzeni tarafından mazur görülerek gerçekleştirdiği tipik fiilden dolayı kınanamamaktadır.

Verilen bu özet bilgiler bile kurumların birbirinden farklı nitelikte olduğunu gösterebilmektedir. Bu nedenle her ne kadar kusuru kaldıran, azaltan sebepler ile mazeret nedenleri aynı şekilde kusur alanında etki de doğursa, hukuki temelleri farklılık göstermektedir.[68] Ayrı başlık altında düzenlenmeleri de bir seçenek olmakla birlikte şart değildir. Bu üç hukuki kurumun, bağlanan hukuki sonuca gidiş yolları farklı da olsa genel itibariyle kusur üzerinde etkili oldukları dikkate alındığında "kusurluluğu etkileyen nedenler" üst başlığı altında ayrı ayrı incelenmeleri daha isabetli olacaktır.[69]

Ayrıca madde kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da mazeret nedenlerine bağlanan hukuki sonuçlardaki ifadelerin birbirinden farklılık arz etmesidir. Mazeret nedenlerinin temelinde beklenebilirliğin olduğu ve motivasyon ile psikolojik baskı sebebiyle hukuka uygun hareketin gerçekleştirilmesinin beklenebilir

---

66 Mahmut Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 119-120.

67 Koca "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri" (n 66) 121.

68 Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 366.

69 Meraklı (n 68) 367.

olmadığı hallerde, gerek kusur gerekse de haksızlık içeriğindeki azalma ile mazur görülmenin doğduğu dikkate alındığında, esas itibariyle mazeret nedenlerine ilişkin temelin aynı olduğu görülmektedir. Bu nedenle kanaatimizce mazeret nedenlerine bağlanan hukuki sonuçlar da birbirinden farklı olmamalıdır.

Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında suçun işlenmesi, meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş olması ve de zorunluluk halinin şartlarının gerçekleşmesi halinde, kişiye "ceza verilmeyeceği" düzenlenmiştir. Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde ise astın "sorumlu olmayacağı" belirtilmektedir. Ayrıca "ceza verilmez" şeklindeki ifade, sadece mazeret nedenleri için kullanılmamakta, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin maddelerde de (kanun hükmünü icra, meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası) yer almaktadır. Hukuki niteliği farklı olan bu kurumların çoğunda "ceza verilmez" şeklinde bir hukuki sonucun yer almasının, kurumların hukuki niteliğinin tespitinde karışıklık yarattığı da ileri sürülmektedir.[70]

Nitekim "ceza verilmez" ifadesine Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinde; akıl hastalığı nedeniyle işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalan kişi için de yer verilmektedir. Bu nitelikteki akıl hastalığı, kişinin kusur yeteneği üzerinde etkili olmakta ve kusuru kaldırmaktadır. Aynı şekilde diğer bir kusuru kaldıran neden olan fiili işlediği sırada on iki yaşından küçük olan çocukların suç işlemesi halinde ise 31. maddede, bu çocukların ceza sorumluluğunun olmadığı vurgulanmaktadır. Kusur yeteneğinin bulunmadığı hallerde, mazeret nedenleri gibi "ceza verilmez" ifadesinin yer alması ile kusuru ortadan kaldıran nedenlerin kendi içinde dahi tutarlı bir ifade biçiminin bulunmadığı görülmektedir.[71]

Bu nedenlerdendir ki bu geniş başlık çatısı altında toplanan kurumların hukuki niteliği TCK'daki düzenlenmelerinden hareketle belirlenememekte, bu belirleme için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi dikkate alınmaktadır.[72] Fakat maddi hukuka ilişkin bu kurumların Türk Ceza Kanunu'nda açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.[73] Böylelikle her iki kanun arasında paralellik sağlanmalıdır.

Ayrıca beklenebilirliğin, Türk Ceza Kanunu'nda gündeme geleceği diğer bir alan da 61/1-f maddesi uyarınca, cezanın belirlenmesinde "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığının" tespitindedir. Bu madde ile güdülen amaç; faile kusuru ile orantılı bir cezanın verilmesinde yatmaktadır.

---

70 Adem Sözüer, "Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasında Sorular ve Cevaplar, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, Mayıs 2006, s. 230.

71 Meraklı (n 68) 367.

72 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m. 27)", EÜHFD, C. XI, S. 1–2 (2007), s. 50-53.

73 Elvan Keçelioğlu, Taksirli Suçun Dogmatiği, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 318.

İncelendiği üzere, beklenebilirliğin mazeret nedenleri dışında diğer önemli ve tartışmalı uygulama alanı ise taksirli suçlardır. Beklenebilirliğin, taksirli suçlarda suç inceleme metodu çerçevesinde hangi aşamada ele alınacağı tartışmalı olmakla birlikte, kusur üzerinde etkili olduğunun kabulü halinde, kanundaki bu ibare önem arz etmektedir. Böylelikle failin kişisel yetenekleri, eğitimi, tecrübesi, somut olayın kendine has özellikleri göz önüne alındığında, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesinin kendisinden beklenip beklenmediği ve bunun derecesi, bu madde altında değerlendirilecektir.[74] Nitekim aynı durum TCK'nın 22. maddesinin 4. fıkrası için de geçerlidir. Madde uyarınca, taksirli suçtan dolayı faile verilecek ceza "failin kusuruna göre" belirlenecek ve bu belirlemede hukuka uygun hareketin beklenebilirliği de dikkate alınacaktır.

Kasten işlenen suçlarda beklenebilirliğin asıl etkili olduğu ve önem arz ettiği alanın, mazeret nedenleri olduğuna değinilmişti. Bu bağlamda, mazeret nedenleri söz konusu olduğunda zaten faile bir ceza verilmeyeceğinden, beklenebilirlikle ilgili hususlar kasten işlenen suçlarda 61. madde uyarınca, cezanın belirlenmesinde etki doğurmayacak gibi gözükse de beklenebilirliğin cezada indirim şeklinde etki gösterdiği yerler de bulunmaktadır. Nitekim kişinin hukuka uygun hareket etmesinin beklenememesi, zorunluluk hali kapsamında mazur görülemiyorsa da bu bağlamda bir ceza indirimine sebep olabileceği ileri sürülmektedir. Örnek olarak ise Alman doktrininde kişinin bir yaralıyı hastaneye yetiştirmek için alkollü araba kullanması verilebilir. Alman Ceza Kanunu uyarınca; mazeret nedeni şeklinde değerlendirilmesine rağmen zorunluluk hali olarak kabul edilmeyen ama zorunluluk haline benzeyen bu tip durumların hoşgörüyü hak etmesi gerektiği düşünülmektedir.[75] Bu görüşün ortaya çıkmasının sebebi ise Alman Ceza Kanunu'ndaki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin, Türk hukukundakine göre daha sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır.

TCK'nın 92 ve 147. maddeleri de bu şekilde aslında gerekli şartları tam olarak sağlamadığında, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulamayacağı hallerdir. Böylelikle zorunluluk haline ilişkin şartların varlığı gerekmeden, organ veya dokularını satma suçunun içinde bulunulan sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle veya hırsızlık suçunun acil bir ihtiyacın karşılanması için işlendiği hallerde, aslında hukuka uygun hareket etmenin beklenebilirliği ile birlikte kusur da azalmaktadır. Failden içinde bulunduğu motivasyon ve psikolojik baskı nedeniyle hukuka uygun hareket etmesinin beklenemediği bu hallerde, cezanın belirlenmesinde beklenebilirliğin kusur üzerindeki etkisi dikkate alınmış olmaktadır.[76]

---

74 Özbek (n 7), Doğan (n 7) ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 495.

75 Adolf Schönke, Horst Schröder, Jörg Kinzig, StGB § 46, kn. 13a.

76 Koca, Üzülmez (n 64) 719.

III. BEKLENEBİLİRLİĞİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU VE VERİLECEK HÜKÜM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Ceza Kanunu'nda bir arada düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebepler ve mazeret nedenleri şeklindeki bu kurumlara bağlanan sonuçlar Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri doğrultusunda da incelendiğinde, aslında netice itibariyle tüm hukuki kurumlarda cezalandırmama sonucu doğmaktadır. Fakat bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran sebepler ve mazeret nedenlerine bağlanan hukuki sonuçların farklı olduğu, birinde verilen karar beraat hükmü olmakla birlikte diğerinde "kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı" şeklinde kararın tesis edildiği görülmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran, azaltan ve mazeret nedenleri arasındaki ayrım zaten yeterince açıktır. Hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması halinde, her ne kadar tipe uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş bir fiil söz konusu olsa da hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır. Fakat bundan farklı olarak kusuru kaldıran veya azaltan nedenlerde fiilin hukuka aykırılığı devam etmekte, fakat kişinin kusuru bulunmamakta veya azalmaktadır. Mazeret nedenlerinin bulunduğu hallerde ise biraz daha farklı olarak yine fiil hukuka aykırılığını devam ettirmekte ve fiile hukuk düzenince izin verilmemekte, fakat haksızlık içeriği azalmaktadır. Haksızlık içeriğindeki bu azalmaya ek olarak kişinin kusuru da azaldığından hukuk düzenince mazur görülerek kınanmamakta ve bu nedenle de cezalandırılmamaktadır. Kusur içeriğindeki bu azalmanın nedenlerinden biri de kişinin içerisinde bulunduğu motivasyon baskısı nedeniyle, hukuka uygun hareket etmesinin beklenebilir olmamasıdır.

Mazeret nedenleri veya kusuru kaldıran sebeplerden birinin söz konusu olması halinde, hukuk düzeninin bağladığı sonuç ise birbirinden farklı değildir. Aralarındaki farkların incelenmesinde de ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, kusuru kaldıran nedenlerde kişinin kusurunun ve aslında kusur yeteneğinin hiç bulunmadığı, mazeret nedenlerinde ise kişinin kusurunun tamamen kalkmadığı, fakat dikkate değer ölçüde azaldığı vurgulanmaktadır.[77] Nitekim burada kişi, fiili neticesinde cezalandırmayı doğuracak kadar kınanmamaktadır. Bu çerçevede, neticesi itibariyle bağlanan sonuçlar aynı olmakla birlikte mazeret nedenlerinde kusurun yokluğu değil azalması söz konusu olmaktadır. Buna ek olarak diğer önemli bir farklılık ise mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu durumlarda, suç teşkil eden hareketin mazur görülmesinin nedeni, ağırlıklı görüşe göre kusura ek olarak haksızlık içeriğinin de azalmasından kaynaklanmaktadır. Haksızlık içeriğindeki bu azalma faktörü, kusuru kaldıran hallerde ise bulunmamaktadır. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda her ikisinin de aynı fıkra altında derlenerek, netice olarak kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi yerinde bir uygulama

[77] Meraklı (n 68) 367.

değildir. Mazeret nedeninin söz konusu olması halinde belirtildiği üzere, kusuru kaldıran hallerdeki gibi kusur tamamen kalkmamakta, fakat azalmaktadır. Bu nedenle kusurun bulunmaması şeklindeki ibare yerine; "hukuk düzenince mazur görülmeden dolayı veya kusurun mazur görülecek seviyede etkilenmesi nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı" ya da kusurlu hareket etmiş sayılmaz" şeklindeki bir ibarenin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanısındayız. Nitekim ilgili başlık altında da ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, mazeret nedenlerini açıklayan görüşlerde; faildeki kusur içeriğinin zayıflığı ağırlıklı olarak kabul edilmekte, fakat esas itibariyle bu hususun yorumlanmasında farklılıklar görülmektedir.

SONUÇ

Beklenebilirliğe ilişkin derin tartışmaların gerçekleştiği dönem normatif kusur teorisinin öne çıktığı zamanlara tekabül etmekte olup, beklenebilirlik kavramının normatif kusur teorisine ait olduğu da ileri sürülmektedir. Böylelikle beklenebilirlik kavramı, kusur öğretisinde kavramsal bir öğe olarak görülmeye başlanmıştır. Bu kapsamda, beklenebilirliğin kusur altında asıl değerlendirildiği yer ise mazeret nedenlerinde kendini göstermektedir. Mazeret nedenlerinin açıklanmasına ilişkin çeşitli görüşler (kusuru kaldıran sebep, fiil sorumluluğu, sorumluluğu kaldıran sebepler, fonksiyonel kusur teorisi vb. altında değerlendirilmesi gibi) bulunsa da bu görüşlerin neredeyse hepsinde beklenebilirliğe değinildiği ve hukuka uygun hareketin beklenemediği hallerde, kınanabilirliğin de etkilendiğinin vurgulandığı aşikârdır. Bu nedenle mazeret nedenlerinin temelinde beklenebilirliğin yattığı kabul edilmektedir. Beklenebilirliğin, mazeret nedenlerinin açıklanmasında tek başına yeterli görüldüğü; bununla birlikte beklenebilirliğin kusurun bir unsuru olarak değerlendirilmesi durumunda, mazeret nedeni sayılan hallerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce zorunluluk hali, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi hali, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ve cebir ve tehdit altında suç işlenmesi halleri, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler şeklinde değil mazeret nedenleri olarak kabul edilmelidir.

Mazeret nedenlerinin arkasında yatan temel düşünce, somut şartlar altında hukuka uygun hareket etmek hukuk düzeni tarafından talep edilebilmekteyse de bazı durumlarda ceza hukuku araçları ile zorlanamayacağıdır. Genel itibariyle açıklandığı üzere, mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu bu hallerde, haksızlık bilinci ile kusur yeteneğine sahip olarak tipik ve hukuka aykırı hareket gerçekleştirilse de hukuka aykırı olan bu fiil hukuk düzeni tarafından onaylanmamakta, fakat mazur görülmektedir. Bu kapsamda mazeret nedeninin temelinde, failin içinde bulunduğu şartlar altında hukuka uygun hareket etmesinin beklenememesi yatmış olmaktadır. Hukuka uygun hareketin beklenebilirliğinin etkilenmesinde ise alışılagelmemiş motivasyon durumu etkili olmakta ve kişiden içinde bulunduğu yoğun motivasyon baskısı ve bu baskı nedeniyle ortaya çıkan psikolojik durum nedeniyle hareketlerini

hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirmesi veya başka türlü hareket etmesi beklenememektedir. Bu istisnai baskı durumu nedeniyle ise hukuka uygun hareketi gerçekleştirmenin beklenebilirliği etkilenmekte ve kişinin kusuru kalkmamakta, fakat azalmaktadır. Çünkü bu tip durumlarda hukuka uygun hareketin gerçekleştirilmesi oldukça zorlaşmaktadır.

Mazeret nedenlerinin açıklanmasında sadece içinde bulunulan alışılagelmemiş yoğun motivasyon baskısı ile psikolojik ve ruhsal baskı neticesinde beklenebilirliğin kalkması ile kusur içeriğindeki azalma yeterli olmamaktadır. Buna ek olarak mazeret nedenlerinin gündeme geldiği olaylarda, istisnalar olmakla birlikte genellikle bir tarafta bir hukuki değer ihlal edilirken, aynı zamanda tehlike altında olan bir hukuki değer korunmaktadır. Bu nedenle de bu amaçla gerçekleştirilen hareket-te, haksızlık içeriğinin azaldığı ve bunun da ikinci bir indirim nedeni teşkil ettiği kabul edilmektedir. Tüm bunlardan hareketle beklenebilirliğin de bir etken olarak değerlendirilmesi ile mazeret nedenlerinde kusurun çift taraflı azalmasının kabulü gerekmektedir. Netice itibariyle mazeret nedenlerinin açıklanmasına ilişkin olarak hangi görüş temel alınırsa alınsın, beklenebilirlik kavramının mazeret nedenleri kapsamında teşkil ettiği önem yadsınamazdır.

Beklenebilirlik açısından asıl önem arz eden düzenlemelerden biri de mazeret nedeni kapsamında değerlendirilen zorunluluk hali müessesesidir. Hatta zorunluluk halinin, beklenebilirliğin kanundaki görünümlerinden biri olduğu dahi ileri sürülmektedir. Bu açıdan tartışmaların odak noktası olan Alman Ceza Kanunu'ndaki kusur üzerinde etki doğuran zorunluluk haline ilişkin düzenleme incelendiğinde, başka türlü hareket etme imkanı ile hukuki niteliği açıklayan görüşe karşı yapılan eleştirilerdeki gibi maruz kalınan motivasyon baskısı ve bu bağlamda ortaya çıkan psikolojik etki, zorunluluk halinin özünü açıklamada tek başına yetersiz kalmaktadır. Örneğin; hem Alman hem Türk Ceza Kanunu'nda karşımıza çıkan zorunluluk halinin şartlarından biri olan tehlikeye bilerek neden olmama hususu değerlendirildiğinde, pek tabiidir ki tehlikeye bizzat neden olan kişilerin üzerindeki baskının neden farklı görüldüğü sorusu ile karşılaşılmaktadır. Nitekim bu tip durumlarda kişinin kendi sebep olduğu tehlikeyi yok etmeye veya meydana gelecek olası zararları önlemeye yönelik motivasyonu ve psikolojik baskısı, aslında şartın aksine daha fazla olabilmektedir. Bu örnek de tekrar göstermektedir ki motivasyon baskısı veya psikolojik etki argümanları, tek başına mazeret nedenlerinin açıklanmasında yetersiz kalmakta ve bu kriterlere, beklenebilirlik ile kusur ve haksızlık içeriğindeki azalma da eklenmelidir.

Ayrıca bu doğrultuda Alman Ceza Kanunu'nda kişinin tehlikeye kendisinin neden olması halinde, tehlikeye katlanmasının beklenebilir olması şeklindeki ibareye madde metninde açıkça yer verilmektedir. Bu da söz konusu durumlarda, beklenebilirlik kapsamında ayrıca bir değerlendirme yapma gereğini doğurmaktadır. Kanaatimizce zorunluluk haline ilişkin bu uygulama ve düzenleme, Türk hukukunda da öngörülmelidir. Çünkü kişi, kendisi tehlikeye neden olmuş bile olsa örneğin; bir

yakınını hatta belki bir akrabasını bu halde bırakması ve kurtarmaması kendisinden özellikle beklenememektedir. Fakat bunun aksi durumlarının varlığı ve beklenebilirliğin kalkabileceğinin kabulü de gerekmektedir.

Beklenebilirliğin mazeret nedenleri kapsamında önem arz ettiği düzenleme sadece zorunluluk hali olmayıp, diğer mazeret nedenlerinin açıklanmasındaki yeri de göz ardı edilemeyecek boyuttadır. Örneğin; meşru savunmada sınırın, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması durumunda, temel yaklaşım; failden her zaman soğukkanlı ve rasyonel bir şekilde hareket etmesinin beklenemeyeceği yönündedir. Bu tür durumlarda, failin içinde bulunduğu psikolojik durumun ve hayatın olağan akışına aykırı koşulların, hukuka uygun davranışı beklenebilir olmaktan çıkarabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "mazur görülen" ifadesi, failin psikolojik durumuna ilişkin bir değerlendirme kriteri olarak anlaşılmalı ve bu durumun, hukuki sorumluluğun sınırlarını belirlemede önemli bir ölçüt olduğu vurgulanmalıdır. Böylelikle bu ikinci işlevle aslında beklenebilirlik de değerlendirme konusu yapılmakta ve heyecan, korku ve panik gibi astenik heyecanlara bir sınırlama getirilmektedir.

Benzer şekilde hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi de beklenebilirlik açısından oldukça önemlidir. Burada, hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesi zorunluluğunun vurgulanması, haksızlık içeren bu emre itaat edilmemesi durumunda, disiplin soruşturması gibi yaptırımlara yol açabilecek korku ve psikolojik baskının, kararın denetlenebilirliğini sınırladığı ve kusur içeriğinin azalmasına sebep olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda astın içerisinde bulunduğu bu bağlayıcılık ve verilen emirlerin hukuk sınırları içerisinde olduğuna ilişkin güven ve baskı durumu, emrin reddedilmesinin beklenebilir olmadığı ve bu nedenle de mazur görülmesi gerektiği şeklinde kendini göstermektedir.

Beklenebilirlik açısından önem arz eden diğer bir düzenleme ise cebir ve tehdit altında suç işlenmesi meselesidir. Cebir veya tehdit altında kasten gerçekleştirilen hareketler hukuk düzeni tarafından mazur görülmektedir. Bu mazur görülmenin temelinde, diğer mazeret nedenlerinde olduğu gibi beklenebilirlik yatmaktadır. Failin zorunluluk veya bir zorlama nedeniyle baskı altında karar aldığı hallerde, hukuk düzeni hukuka uygun hareketin gerçekleştirmesini beklememektedir. Bu nedenle cebir ve tehdit altında suç işlenmesinde çatışan menfaatler ve somut olayın şartları altında failin üzerindeki ağır motivasyon baskısı dikkate alındığında, başka türlü hareket etmesi beklenememektedir. Beklenebilirliğin kalkmasına sebebiyet veren bu şartlar mazur görülmeyi doğurmaktadır.

Görüldüğü üzere, beklenebilirlik genel itibariyle mazeret nedenlerinin temelinde yatan düşüncedir. Fakat mazeret nedenlerinin temellendirilmesinde, hukuka uygun hareket etmenin beklenebilirliğinin tek unsur olarak kabul edilmesi, beraberinde beklenebilirliğin kanunda belirtilenler dışında, "kanun üstü bir mazeret nedeni" oluşturup oluşturmadığına dair tartışmaları gündeme getirmektedir. Kanun üstü

ifadesi, aslında kanunlarda ilgili konuyla alakalı bir düzenlemenin bulunmadığını ifade etmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar beklenebilirliğe kanun üstü bir etki tanınması ve normal koşullarda suç teşkil etmeyen bir eylemin, bu istisna altında kınanamayacağı ve kusur oluşturmayacağı ileri sürülmekteyse de, beklenebilirlik kavramının sınırlarındaki belirsizlik nedeniyle, hukuk güvenliğinin zedelenmesi tehlikesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kanaatimizce bu görüşün temeli, beklenebilirliğin mazeret nedeni olarak değil, kusuru kaldıran hal olarak değerlendirilmesinde yatmaktadır. Bu kapsamda, beklenebilirlik kusurun bir unsuru olarak ele alınmakta ve bulunmadığı hallerde kusurun olmadığı belirtilmektedir. Bu şekilde bir kabul; hâkime çok fazla serbestlik ve takdir hakkının tanınması, hukukun uygulanmasında eşitsizliklerin doğması ile kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çatışma ve mahkemelerin iş yüklerinin aşırı artması gibi sonuçları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle mazeret nedenlerinin kanunda numerus clausus olarak düzenlendiğinin ve beklenebilirliğin de bu hallerle sınırlı olarak uygulama alanı bulacağının kabulü daha isabetli görülmektedir. Fakat bu beklenebilirlik kavramının gereksiz olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Beklenebilirlik kavramı, failin içinde bulunduğu psikolojik etki ve motivasyon baskısı durumunun izahı için oldukça yararlı olup, mazeret nedeninin temelini de oluşturmaktadır. Ama yapılan açıklamalar dikkate alınarak, bu temelin üzerine eklenmesi gereken başka unsurlar da bulunmaktadır.

Beklenebilirliğin kanun üstü mazeret nedeni teşkil edip etmediğine ilişkin ana tartışmalar, aslında Alman Ceza Kanunu'nda kusur üzerinde etki doğuran zorunluluk hali düzenlemesi etrafında şekillenmektedir. Esasında Türk hukukundaki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin aradaki benzerliğe rağmen Alman Ceza Kanunu'ndakine göre daha geniş kapsamlı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu bu tartışmalara Türk hukukunda rastlanmaması oldukça normaldir. Her ne kadar TCK'daki zorunluluk haline ilişkin olan düzenlemede beklenebilirlik ifadesi yer almasa da temelinde bu fikir yatmakta olup, düzenlemenin Alman hukukundakine nazaran genişliği dikkate alındığında, aslında kanunda çerçevesi çizilmiş olmakla birlikte tartışmalarda kanun üstü bir niteliğe sahip olduğu göze çarpmaktadır.

Beklenebilirliğin öneminin genel itibariyle mazeret nedenleri kapsamında yoğunlaştığı görülse de bu yegâne alan olmayıp, taksirli ve ihmali suçlarda da beklenebilirliğin incelenmesi gereği hâsıl olmuştur. Beklenebilirliğin sınırlarındaki belirsizlik nedeniyle, kanun üstü mazeret sebebi olduğunu reddeden görüşler bile taksirli ve ihmali suçlarda, beklenebilirliğin önemini ağırlıklı olarak kabul etmekte ve bu hususa dikkat çekmektedir.

Beklenebilirlik, kasten işlenen suçlardan farklı olarak taksirle işlenen suçlarda sorumluluğun kurucu bir unsuru olarak nitelendirilmektedir. Nitekim taksirle işlenen suçlarda, beklenebilirliğin ortadan kalktığı ağır motivasyon ve psikolojik baskının etkisi kasten işlenen suçlardakinden daha ağır olabilmektedir. Bu nedenle beklenebilirliğin taksirli suçlar kapsamında, suç inceleme metodu çerçevesinde hangi aşamada (örneğin objektif veya subjektif özen yükümlülüğünün sınırlarının

belirlenmesinde veya kanun üstü ve taksirli suçlara özgü bir mazeret nedeni teşkil ettiği şeklinde) ele alınacağına ilişkin tartışmalar gündeme gelmektedir.

Beklenebilirliğin objektif özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi ve bu bağlamda tipiklik altında ele alınması; kasten işlenen suçlar bağlamında yapılan eleştirileri ve cezalandırmanın sınırlarının belirsizleşmesi tehlikesini yine içinde barındırmaktadır. Bu nedenle, genel itibariyle etki alanını kusur bahsi altında gösteren beklenebilirlik kavramının, kusur aşamasında incelenmesi daha isabetli görülmektedir. Ancak beklenebilirliğin subjektif özen yükümlülüğü çerçevesinde ele alınması, zorunluluk hali gibi beklenebilirliğin temel uygulama alanı bulduğu mazeret nedenlerinin koşullarının mevcut olduğu durumlarda, subjektif özen yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkması ve mazeret nedenlerinin taksirli suçlarda uygulanma alanı bulamaması riskini beraberinde getirmektedir.

Nitekim beklenebilirliğin taksirli suçlarda kanun üstü mazeret nedeni olarak tasnifi yine aynı eleştirileri bünyesinde barındıracağından, kanaatimizce beklenebilirliğin işlevi, mazeret nedenleri gibi kanun koyucunun özellikle belirttiği alanlarla sınırlı olmalıdır. Bunlar altında değerlendirilemeyen diğer haller ise zaten ceza belirlenmesi esnasında ve kişisel öngörmenin sınırlandırılmasında dikkate alınmakta olup, bu da beklenebilirlik değerlendirmesi olarak adlandırılabilecektir. Bu bağlamda örneğin; zorunluluk halinin sınırlarını aşan ama kişiden de hukuka uygun hareket etmesinin beklenemediği ağır motivasyon ve psikolojik baskı durumlarının, cezanın belirlenmesinde dikkate alınması daha isabetli görülmektedir. Burada ise TCK'nın 61/1-f. maddesi yardımcı olacak ve kusurun belirlenmesinde beklenebilirlik de dikkate alınacaktır. Mazeret nedenlerine ilişkin düzenlemelerin sınırlarını aşan durumlar, ilgili kanun maddesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Buna örnek olarak ise TCK'daki 92 ve 147. maddeleri göstermek mümkündür. Bu kapsamda kalan hallerde, her ne kadar zorunluluk haline ilişkin şartlar mevcut olmasa da hukuka uygun hareket etmenin beklenmediği ve bununla birlikte kusurda azalma meydana geldiği için beklenebilirliğin kusur üzerindeki etkisi de dolaylı olarak kabul edilmiş olmaktadır.

Beklenebilirliğe ilişkin diğer önemli tartışma alanı ise ihmali suçlardır. İhmali suçlarda da beklenebilirliğin suç inceleme metodu çerçevesinde ele alınması tartışmalı olup, beklenebilirliğin mazeret nedenleri bağlamında bir temel ilke olarak kabulü halinde, ihmali suçlarda da bu şekilde ele alınması gerektiği savunulmaktadır. Beklenebilirliğin, ihmali suçlarda kusur bahsi altında değerlendirilmesi yönündeki görüş, bu temel prensipten hareket etmektedir. Beklenebilirliğin, ihmali suçlar kapsamında farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği, bu farkın ihmali ve icrai suçların yapısal özelliklerinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Nitekim birinde hukuki değerin korunması amacıyla başkasına ait bir değer ihlal edilirken diğerinde ise menfaatin korunması için hareket emrine uyulmaması ve yükümlülüğün yerine getirilmemesi söz konusu olmaktadır.

İhmali suçlarda beklenebilirlik, en çok yardım yükümlülüğünün ihlali suçunda gündeme gelmektedir. Bu durumun nedeni ise Alman Ceza Kanunu'nda ilgili suça ilişkin düzenlemede, (StGB § 323c) açıkça beklenebilirlik ifadesinin geçmesinden kaynaklanmaktadır. Maddede açıkça; özellikle kendisini tehlikeye düşürmeden ve diğer önemli yükümlülüklerini ihlal etmeden, yapılması mümkün ve somut olayın şartlarına göre kendisinden beklenebilir ve gerekli olmasına rağmen yardım etmemenin cezalandırılacağı düzenlenmektedir. TCK'daki düzenlemede ise her ne kadar açıkça beklenebilirlik ibaresi yer almasa da maddede "hal ve koşulların elverdiği ölçüde" yardımın aranması ile bireylerden yetenekleri ve güçleriyle orantılı bir yardımın talep edilebileceği ve yardım yükümlülüğünün yerine getirilmesinin, yardım eden kişi için tehlike doğurmamasının kast edildiği kabul edilmektedir. Bu kabul, Alman doktrininde beklenebilirliğe atfedilen anlamla eşdeğer bir yorumu beraberinde getirmektedir. Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede beklenebilirlik kavramıyla; yardım eden kişinin kendisini ağır ve ciddi bir şekilde tehlikeye sokmadan veya diğer önemli yükümlülüklerini ihlal etmeden, yardım yükümlülüğünü yerine getirmesi ifade edilmektedir. Böylelikle Türk hukukunda da yardım etme yükümlülüğün kapsamı ve içeriği aynı şekilde beklenebilirlik kavramı ile doldurulmuş olmakta ve kişinin yardım hareketini nasıl gerçekleştireceği bu bağlamda belirlenmektedir. TCK'daki yardım yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeyle aynı doğrultuda "hal ve koşulların elverdiği" şeklindeki açıklama ile aslında açıkça belirtilmese de doktrindeki açıklamalar çerçevesinde; yardımın mümkün, gerekli ve beklenebilir olmasının arandığı görülmektedir. Beklenebilirliğin yeri ve sınırları görüldüğü üzere, açıkça madde metninde yer aldığı suç tiplerinde bile tartışmalı olup, bu tartışmalar garantörsel ihmali suçlara da sirayet etmiştir. Benzer şekilde beklenebilirliğin kusur, hukuka aykırılık veya tipikliğe ait bir mesele mi olduğu yönünde de farklı görüşler bulunmaktadır.

Esas itibariyle ihmali suçlarda beklenebilirliğin görünümü, harekete geçmenin orantısız zarar doğurması halinde, istenememesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Beklenebilirliğin tespitinde ve sınırlandırılmasında, ihmalin gerçekleşmesi ve hareket yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde, tehlikeye girecek olan menfaatlerin tartılması etkili olmaktadır. Fakat bu noktada karışıklığa mahal vermemek adına; menfaatlerin karşılıklı tartılması ile yükümlülüklerin çatışmasının aynı anlama gelmediği de vurgulanmalıdır. Bu kapsamda garantörün kişisel özellikleri, menfaatlerin ve bu bağlamda meydana gelecek tehlikenin yoğunluğu ile ağırlığı gibi hususlar beklenebilirliğin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Bu doğrultuda, ihlal ile meydana gelecek tehlikenin ağırlığı arttıkça, failden beklenenler de aynı doğrultuda artış göstermektedir.

Kanaatimizce, yardım yükümlülüğünün ihlaline ilişkin suçtaki gibi açıkça madde metninde belirtildiği yerler ayrı tutulmakla birlikte, beklenebilirlik kusura ilişkin bir kavram olup, ihmali suçlarda da kusur bahsi altında değerlendirilmelidir. Böylelikle yükümlülüğün yerine getirilmemesi hukuka aykırı da olsa, failden hukuka uygun

hareket etmesinin beklenememesi halinde, mazur görülmesi ihtimali değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme yapılırken de çatışan menfaatlerin tartımı neticesinde bir karar verilmektedir. Beklenebilirliğin, ihmali suçlarda, icrai ve ihmali suçların yapısal farklılıkları nedeniyle ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; ihmali suçlarda istisnai haller kabul edilse de bazı durumlarda haksızlık içeriğinde ve failin hukuka aykırı davranışa karşı koyma iradesindeki yoğunluk farkından kaynaklanan kusur açısından, niceliksel bir farklılık olduğu savunulmaktadır. Bu farklılıkların dikkate alınması için beklenebilirliğin yeniden değerlendirilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir. Bu tip durumlar takdire bağlı ceza indirimi ile karşılanmaktadır. Bu kapsamda, beklenebilirliğe ilişkin sorulması gereken asıl soru yükümlülüğe aykırılığın gerçekleştirilmesi değil, bu aykırılığın ne ölçüde mazur görülebileceği ve kınanabilirliğe etkisi ile ilgili olmalıdır. Bu nedenlerden dolayı da tipiklik altında, ayrıca öngörülen haller dışında, ihmali suçlarda beklenebilirlik, kanunda sayılan mazeret nedenleri kapsamında icrai suçlarda olduğu gibi değerlendirilmelidir.

Son olarak ise beklenebilirliğin Türk Ceza Kanunu'ndaki konumu değerlendirildiğinde, temel ilke olarak etki doğurduğu alanın mazeret nedeni olduğu dikkate alındığında "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında derlendiği görülmektedir. Bu tek başlık altında dört farklı hukuki niteliğe sahip kurum yer almakta ve mazeret nedenleri ile birlikte kusuru kaldıran ve azaltan sebepler ve hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmektedir. Mazeret nedenlerinin kendine has olan özellikleri, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru kaldıran nedenlerden ayrı ve farklı olduğuna işaret etmektedir. Bu nedenle tek bir başlık altında hep birlikte düzenlenmeleri, kavramların kendine has özelliklerinin göz ardı edilmesi tehlikesini barındırabilmektedir. Nitekim hukuka uygunluk nedenleri ile diğer müesseseler arasındaki farklar aşikâr olmakla birlikte, kusurluluk bahsi altında gündeme gelen diğer nedenlerin kusurluluğu etkileyen haller üst başlığı altında ayrı ayrı düzenlenmeleri daha isabetli görülmektedir. Değinildiği üzere mazeret nedenlerinin esası, motivasyon ve psikolojik baskı altında hukuka uygun ve başka türlü hareket etmenin beklenebilir olmaması ve kusur ile haksızlık içeriğindeki azalma nedeniyle mazur görülme ve kınanamamaya dayanmaktadır. Fakat kanunda beklenebilirlik temelli olan mazeret nedenlerine bağlanan hukuki sonuçlardaki ifadeler (ceza verilmeyeceği, sorumlu olmayacağı şeklinde) dahi farklılık göstermektedir. Kanaatimizce bu konuda da kanunda yeknesaklık sağlanmalıdır. Tüm bu açıklamalar ışığında görüldüğü üzere, tek çatı altında toplanan bu kurumların hukuki niteliğine ilişkin farklılıklar TCK'daki düzenlemelerden hareketle anlaşılamamakta, bu hususta CMK'nın 223. maddesi yardımcı olmaktadır. Fakat maddi hukuka ilişkin kurumların niteliğinin CMK'dan ziyade TCK'da düzenlenmesi gereği vurgulanmaktadır. Ayrıca CMK'daki düzenleme de çeşitli problemleri bünyesinde barındırmaktadır. Madde uyarınca mazeret nedenlerinin söz konusu olması halinde, kusurun bulunmamasından dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararının verile-

ceği belirtilmektedir. Fakat mazeret nedenlerinde kusuru kaldıran hallerden farklı olarak kusur tamamen kalkmamakta olup mazur görülecek seviyede azalmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce kusurun bulunmaması ifadesi yerine; "hukuk düzenince mazur görülmeden dolayı veya kusurun mazur görülecek seviyede etkilenmesi nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı" ya da "kusurlu hareket etmiş sayılamaz" şeklindeki bir ibarenin kullanımı daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2021)

Artuk M E, Gökcen Ahmet, Alşahin M. Emin ve Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2019)

Baumann J, Weber U, Mitsch W ve Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Schuldausschließungsgründe und Verbotsirrtum*

Bernsmann K, *Entschuldigung durch Notstand* (Carl Heymanns Verlag KG 1989)

Bockelmann P ve Volk K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. bs, Beck 1987)

Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Seçkin Yayıncılık 2021)

Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II* (12. bs, Beta Yayıncılık 1999)

Frellesen P, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung* (Alfred Metzner Verlag 1980)

Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. bs, Walter de Gruyter 1991)

Jescheck H-H, 'Alman Ceza Hukuku Reformu (*) Genel Hükümler' (Teoman Oğuzhan çevirisi) (1978) 44 *Journal of Istanbul University Law Faculty*

— —, *Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts* (5. bs, Duncker & Humblot 1996)

Kangal Z T, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin Yayınları 2010)

Keçelioğlu E, *Taksirli Suçun Dogmatiği* (Turhan Kitabevi 2015)

Koca M, 'YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri' (2006) 1 *Ceza Hukuku Dergisi*

— — ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)

Liszt Franz v. ve Schmidt Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (25. bs, Walter de Gruyter & Co. 1927)

Mangakis G A, 'Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit' (1963) 75 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

Maurach R, Gössel Heinz ve Zipf Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1* (8. bs, C.F. Müller 2003)

— —, Gössel Heinz, Zipf Heinz, Dölling Dieter, Laue Christian ve Renzikowski Joachim, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2* (8. bs, C.F. Müller 2014)

Meraklı S, 'Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi' (2010) 12 *Ceza Hukuku Dergisi*

— —, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. bs., Seçkin Yayıncılık, 2020)

Mezger Edmund ve Blei Hermann, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil* (16. bs, C.H. Beck 1975)

Özbek V Ö ve Doğan K, 'Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği' (2007) 9(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*

— —, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)

Özgenç İ, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)* (3. bs, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2006)

Roxin C, '„Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien' in *Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag* (Walter de Gruyter 1974)

— —, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Vol. 1, Beck 2006)

Schlee A, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten* (Verlag Dr. Kovac 2009)

Schönke A, Schröder Horst ve Kinzig Jörg, *StGB* § 46, kn. 13a

Sözüer A, 'Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar' (2006) 6 *Hukuki Perspektifler Dergisi*

Wortmann Lars, *Inhalt und Bedeutung der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens" im Strafrecht* (Nomos 2002)

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683877

BİR İNSAN HAKKI OLARAK DİJİTAL EĞİTİM ve OLAĞANDIŞI DURUMLAR

Digital Education as a Human Right and Extraordinary Circumstances

Melih Uğraş EROL*

Özet

Günümüz koşullarında pek çok konu dijital ortamda şekillenmektedir. Bunlardan bir tanesi de dijitalleşme, insan hakları ve eğitimin birbirleriyle olan ilişkisidir. Dijital ortamda şekillenen eğitim, dijital eğitim, artık insan hakları hukukunun konusu haline gelmiştir. Bir insan hakkı olarak dijital eğitim hakkı, yarattığı imkânlarla insan hakları açısından son derece faydalı olabilir; ancak zorluklar nedeniyle bazı soru işaretlerini de beraberinde getirebilmektedir. Özellikle afet, savaş, silahlı çatışmalar veya salgın hastalık gibi olağandışı durumlarda, oluşabilecek olumsuz koşulları engelleyerek veya neticelerini hafifleterek eğitim hakkını güvence altına alan dijital eğitim hakkı büyük önem taşımaktadır. Olağandışı durumlarda, dijital eğitim hakkı ve dijital imkânlar sayesinde eğitimin devamlılığı sağlanırken, dijital dünyanın getirdiği sorunlar bazı risklere yol açabilmektedir. Mevcut çalışma, eğitim hakkının dijital ortamda şekillendiğini ve dijital eğitimin bir insan hakkı olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, dijital eğitim hakkının diğer insan haklarıyla ilişkisi değerlendirilmektedir. Eğitim, dijitalleşme ve insan hakları arasındaki etkileşimin karmaşıklığı ile olağandışı durumlarda dijital eğitim hakkıyla bağlantılı dinamiklerin değişkenliği ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, eğitim, dijitalleşme, olağandışı durumlar

Abstract

Currently, numerous issues are formulated within the digital realm. The interaction among digitalisation, human rights, and education is one of these aspects. Digital education, shaped within the digital world, has recently emerged as a subject of human rights legislation. The right to digital education, as a human right, can be highly advantageous for human rights by creating opportunities; nevertheless, it may also raise concerns owing to certain challenges. Particularly in extraordinary circumstances, which represent a pivotal moment for human rights, the right to digital education serves as a safeguard against the repercussions of adverse conditions, such as disasters, warfare, armed conflicts, or epidemics, functioning as a circuit breaker to ensure the right to education. In extraordinary circumstances, although the right to digital education and the continuity of learning by digital means remain unimpeded, the challenges and debates arising from the digital realm may present considerable concerns. This study investigates how the right to education is influenced by the digital world and emphasises the necessity of acknowledging digital education as a human right. Moreover, in evaluating the correlation between the right to

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.01.2025*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr. Öğr. Gör., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir-Türkiye, melih.erol@izmirekonomi.edu.tr, https://orcid.org/0009-0006-9905-8633

digital education and other human rights, it scrutinises the intricate interplay among education, digitalisation, and human rights, as well as the volatile dynamics pertaining to the right to digital education in extraordinary circumstances.

Keywords: Human rights, right to education, digitalisation, extraordinary circumstances

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi (AK), eğitim hakkı ile ilgili çeşitli yasal düzenlemeler yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM) ise eğitim hakkının hukuksal değerlendirilmesini gerçekleştirmektedir. AİHM, eğitim hakkını iki açıdan yorumlamaktadır: Eğitime erişimden mahrum bırakmayı yasaklayan temel kural ve devletin ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini gerektiren tamamlayıcı kural.[1] AYM, insan hakları açısından konuya yaklaşımında, eğitim hakkının toplumsal önemine vurgu yapsa da, bu hakkın temel niteliğini tehlikeye atmayan veya onu kullanılamaz hale getirmeyen belirli sınırlamalara tabi tutulmasının hukuken mümkün olduğunu vurgulamıştır.[2] Ancak, bu kısıtlamalar yasayla belirlenmeli, haklı bir amaca hizmet etmeli ve kullanılan yöntemler ile bu amaç arasında kabul edilebilir bir denge gözetmelidir.[3] AYM, eğitim hakkının toplumsal önemine vurgu yaparken, bu hakkın temel niteliğini zedelemeyen sınırlamaların hukuken mümkün olduğunu belirtmiştir.[4]

Dijitalleşme, eğitime dayalı hak ve özgürlüklerin dijital ortama taşınmasını sağlamıştır.[5] Söz konusu eğitim hakkı, her ne kadar temel bir insan hakkı olarak kabul edilmişse de değişen koşullar ile beraber değerlendirilmesi mutlaktır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi temel metinler çerçevesinde, eğitim hakkının dijital ortamlarda da korunması ve uygulanması zorunludur. Dijital eğitim imkânlarının, özellikle çocuklar için bir insan hakkı olduğu kabul edilmektedir.[6] Nitekim, insan hakları açısından, internet ve dijital çağ çeşitli imkânlar yaratırken aynı zamanda potansiyel riskleri de beraberinde getirmektedir. Devletler ise dijital ortamlarda da insan haklarına

---

1 AİHM'nin eğitim hakkı ile ilgili olarak aldığı karalar ve yorumlar için bkz. Abdullah Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı" (Ocak 2015) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(20), ss.279-328.

2 *Yüksel Baran,* B.No. 2012/782, 26.06.2014, para. 37.

3 İbid.

4 *Hikmet Balabanoğlu*, B.No. 2012/1334, 17.09.2013, para.29.

5 Muharrem Kılıç, "Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları", (2021) *Yükseköğretim Dergisi*, 11 (1), s.25.

6 Ekonomik İş birliği ve Kalkınma Teşkilatı"nın Dijital Ortamdaki Çocuklara İlişkin Konsey Tavsiye Kararı: "*Dijital ortamın, örgün ve yaygın eğitim, örgün ve yaygın sağlık hizmetleri, dinlenme, eğlenme, kültürle bağlarını sürdürme, sosyalleşme, dijital içerik yaratma yoluyla kendilerini ve kimliklerini ifade etme, siyasi konularla ilgilenme ve tüketici olarak bir dizi bağlamda çocukların günlük yaşamlarının ve etkileşimlerinin temel bir parçasıdır*" [OECD, "OECD Legal Instruments" <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389>, erişim tarihi, 10.01.2025.

saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülükleri nedeniyle gerekli adımları atmak zorundadır.[7] Çünkü, günümüz çağında insanlık adına hemen hemen her şey dijitalleşme ve dijital araçların etkisindedir. [8]

Dijital ortamların hukuki boyutu ve insan haklarına olan tesiri üzerindeki tartışmalar devam ederken, afet, savaş, silahlı çatışmalar veya salgın hastalık gibi olağandışı durumlar, konuyu farklı bir boyuta taşımaktadır. Olağandışı durumlarda, en temel hukuki konuların başında elbette insan haklarının korunması ve savunuculuğunun yapılması gelmektedir.[9]

Son yıllarda, dijital uygulama tekniklerinin hızla artan etkisini en fazla tecrübe eden sektörlerin başında eğitim gelmektedir. Olağandışı durumlarda eğitimin kesintiye uğramaması, dijital uygulama teknikleri ile sağlanabilir. Eğitim hakkının dijital imkânlar ile beraber olağandışı durumlarda bireyler tarafından kullanılabilmesi için senkron (çevrimiçi ortamlarda eğitimin eş zamanlı sürdürüldüğü) ve asenkron (eğitimin eş zamanlı değil, verilecek olan eğitime dair bilgilerin sistemlere yüklenmesi ve sonrasında talep edenlerin eğitime ulaşmaları) olmak üzere iki yöntemden söz edilebilir. Her iki imkân da dijital araçlar ile eğitim hakkının özellikle olağandışı durumlarda kullanılabilir hale gelmesini sağlamaktadır çünkü olağandışı durumlarda eğitime dair fiziksel koşullar yetersiz kalabilir veya kullanılamaz hale gelebilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, olağandışı durumlarda dijital eğitim imkânları fiziksel engellerin aşılması, öğrenme kaybının azaltılması, eğitime erişilebilirliğin sağlanması ve diğer insan haklarının güvence altına alınması konusunda müspet etkilere sahiptir. Ancak, olağandışı durumlarda dijital eğitim imkanlarının kullanılması dijital uçurum gibi bazı sorunlar nedeni ile zorlaşabilmektedir.

Bu çalışmada, olağandışı durumlarda eğitim hakkının dijital ortamlarda nasıl korunacağı ve dijitalleşmenin bu hakka etkileri incelenmektedir. Ayrıca, devletlerin en zorlu koşullarda bile eğitimin kesintiye uğramamasını sağlamak için yasal sorumluluklarını nasıl yerine getirebileceği üzerinde durulmuştur. Dijital uygulama tekniklerinin eğitim hakkı üzerindeki etkisi incelenirken, dijital ortamlar, insan hakları ve eğitim arasındaki karmaşık ilişkilerin olağandışı durumlar özelinde incelikli bir şekilde anlaşılması amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda, ilk olarak olağandışı durumlar kavramı ve hukuki önemi, dijitalleşme ve eğitim arasındaki ilişki ele alınmıştır. Sonrasında, dijital eğitimin diğer insan hak ve özgürlükler ile olan etkileşimi irdelenmiş ve sonuç kısmından önce olağandışı durumlarda dijital eğitim ve insan hakları arasındaki ilişkinin menfi ve müspet etkileşimi ele alınmıştır.

---

7 Semih Batur Kaya, "İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz" (2022) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(51), s.51.

8 Ahmet Çiftçi ve Yelda Karakaş, "Dijitalleşen Zamanın İzdüşümünde: Kimliğin, Bedenin ve İletişimin Dönüşümü" (2019) *AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology*, 10(37), s.9.

9 İbrahim Mavi ve Sıtkı Yıldız, "Küreselleşme Bağlamında Yeni Bir Toplumsal Hareket Olarak İnsan Hakları Hareketi" (2021) *Akademik Hassasiyetler*, 8(15), s.1.

I. OLAĞANDIŞI DURUM KAVRAMI

Olağandışı durumlar, kayıpların ve kaynak sıkıntılarının yaşandığı süreçler olarak tanımlanabilir.[10] Bu durumlar, insan hakları açısından, olağandışı süreçler sırasında ve sonrasında ortaya çıkan koşulları ifade eder. Her iki durumda da insan haklarına saygı gösterilmesi, korunması ve gereğinin yerine getirilmesi tehlikeye girebilir.

Olağandışı durumlarda yaşanan şiddet olayları ve zorlu koşullar, temel hak ve özgürlüklerin ön plana çıkmasına neden olmaktadır. Olağandışı durumlar sonrasında ortaya çıkan kayıplar ve zorlu yaşam koşulları, sosyal, ekonomik, kültürel ve politik hakların yanı sıra devletlerin bu haklara bağlı yükümlülüklerini ön plana çıkarmaktadır.[11] Bu değerlendirme, bazı insan haklarının diğerlerinden daha önemli olduğu anlamına gelmemelidir. Netice itibariyle, insan haklarının evrensel, devredilemez ve bölünemez olduğu unutulmamalıdır.

AİHM, *Lawless v. İrlanda* kararında, olağandışı durumlara örnek teşkil edebilecek karmaşa veya şiddet olaylarını bir ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike[12] olarak tanımlamıştır. Aynı karar doğrultusunda, tüm toplumun olağan yaşamını sürdürmesini imkansız hale getiren tehditler, tehlikeler ve krizler bir ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike olarak değerlendirilir.[13] Ayrıca, günümüz koşulları göstermektedir ki, yaşanan olağandışı durumların ne zaman son bulacağını kestirmek neredeyse imkansızdır. Olağandışı durumlar sırasında ve sonrasında yaşanan koşulların ve neticelerin somut göstergelerini birbirinden ayırmak güçleşmektedir. Bir diğer ifade ile, olağandışı durumların yaşandıkları zamanlar ve koşullar belirsizlik ve zamansızlık içerisinde değerlendirilebilir. Çünkü, bir ülkedeki iç karmaşa, diğer devletlerin hükümetlerinin katılımı, hükümetlerin devlet dışı örgütleri desteklemeleri ve hatta karmaşaların yaşandığı bölgelerde daha önceden mevcut olmayan örgütlerin devletler aracılığı ile yaratılması ve tüm bu aktörlerin blok oluşturmaları nedeni ile küresel ölçekte bir karmaşaya dönüşebilmektedir.[14]

Olağandışı durumlar, geleneksel mekânsal sınırlar yani statik somut mekanların ötesine geçebilmekte ve dijital ortamlara taşınabilmektedir. Olağandışı durumların

---

[10] İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Olağandışı Durumlar ve Ortak Özellikleri <https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/3475/xfiles/olagandisi.pdf>, s.1.

[11] Europen Network of National Human Rights Instituions, "Human Rights in (Post-)Conflict – ENNHRI" (ENNHRI-, Ekim 25, 2024) <https://ennhri.org/our-work/topics/human-rights-in-post-conflict/>, erişim tarihi, 10.01.2025.

[12] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless v. İrlanda* B.N. 332/57, 01.07.1961 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>, para. 28.

[13] İbid.

[14] Küresel ve silahlı çatışmalar ile ilgili olarak bkz. Nesrin Kenar ve Hayriye Müjde Selçuk, "Bölgesel Silahlı Çatışmaların Analizi: Genel Bir Bakış" (2023) *Sakarya İktisat Dergisi*, 14, s.566-598; Shawn Davies, Therése Pettersson ve Magnus Öberg, "Organized Violence 1989–2022, and the Return of Conflict between States" (2023) *Journal of Peace Research* , 60(4), ss.691-708.; Nils Petter Gleditsch et al., "Armed Conflict 1946-2001: A New Dataset" (2002) *Journal of Peace Research*, 39, ss.615-634.

dijital ortamda tecrübe edilmesi ve çözüm arayışlarının da dijital ortamda gerçekleşmesi, bu durumların dijitalleşme ile ilişkisini ortaya koymaktadır. [15]

Geniş bir bakış açısıyla, olağandışı durumlar, savaş, pandemi, doğal afet ve benzeri olaylar olarak yorumlanabilir. Olağandışı durumlar kavramı, yaşanan olumsuzlukların yaşandıkları zamanlardaki ve sonrasındaki koşulları ile neticeleri kapsamaktadır. Olağandışı durumlar, insanların normal koşullar altında sürdürdükleri faaliyetlerini sürdüremedikleri, temel hak ve özgürlüklerin tehlikeye girdiği ve devletlerin insan hakları sözleşmelerine bağlı yükümlülüklerini askıya alabildiği durumlar olarak değerlendirilebilir.

II. İNSAN HAKLARI AÇISINDAN EĞİTİM VE DİJİTALLEŞME İLİŞKİSİ

Eğitim hakkı, öğrenme, öğretme ve kişisel gelişimi kapsar.[16] Eğitim hakkının kullanılması, bireylerin toplumun aktif üyeleri haline gelmesini ve sosyal-yaşamsal beceriler edinmelerini sağlar.[17] Bu amaçla, eğitimin ve eğitim veren kurumların yeterli miktarda mevcut olması ve ayrım gözetmeksizin erişilebilir olması gereklidir. Ayrıca, eğitimin şekli ve içeriği kabul edilebilir olmalı, değişen toplumsal ihtiyaçlara uyum sağlamalı ve farklı sosyal-kültürel ortamlardaki ihtiyaçlara cevap verebilmelidir.[18] İnsan hakları hukuku, eğitim hakkını herkesin faydalanabileceği, eşitlik ilkesine dayanan, katılımcı ve kapsayıcı bir şekilde düzenlemiştir.[19] İnsan hakları yükümlülükleri açısından, devletler mevcut kaynaklarını kullanarak hem negatif hem de pozitif yükümlülükler taşımaktadır. Devletler, eğitim hakkını engelleyen tedbirlerden kaçınmak, üçüncü tarafların müdahalelerini önlemek ve bireylerin bu haktan yararlanmalarını sağlamakla yükümlüdür.[20]

BM, 2015 yılında dijitalleşme ile yaşanan dönüşüme dikkat çekmiştir. "Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Gündemi" başlıklı eylem planı doğrultusunda, küresel ölçekte bilişim ve teknolojinin insanların yararına olabileceğini, ancak bunun en önemli şartlarından birinin dijital uçurumla[21]

---

15 Ajeet JaiSwal, "Covid-19 Pandemic: Digital Technology Usage and Associated Socio-Technological Challenges" (2022) *Habitus Toplum Bilimleri Dergisi*, 3, s.233.

16 Ümit Binbir ve Gökhan Arastaman, "Eğitim Hakkı: Bir Sistematik Derleme Çalışması" (2021) *Uluslararası Tolum Araştırmaları Dergisi* 11(18), s.5070.

17 Sharon E. Lee, "Education as a Human Right in the 21st Century" (2013) *Democracy & Education*, 21(1). Article 1. <http://democracyeducationjournal.org/home/vol21/iss1/9> erişim tarihi 10.03.2025, s.1

18 United Nations, "General Comment No. 13: The Right to Education (art. 13) Adopted At The Twenty-First Session Of The Committee On Economic, Social And Cultural Rights" (1999) <https://digitallibrary.un.org/record/407275?v=pdf> erişim tarihi 10.03.2025, para.6.

19 Nezir Akyeşilmen, "Uluslararası İnsan Hakları Düzenlemeleri ve Eğitim: Eğitime Hak Temelli Bir Bakış" (2014) *Milli Eğitim* 201, s. 6.

20 United Nations (n 18), para.47.

21 Dijital uçurum kavramı bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT) adı verilen imkânlara erişimdeki eşitsizlik olarak nitelendirilir. Dijital uçurum için bkz. Dalgıç-Tetikol ve diğerleri. "The Evolution

mücadele olduğunu vurgulamıştır.[22] BM, kapsayıcı, eşitlikçi ve kaliteli eğitimin yaşam boyu öğrenme fırsatlarını teşvik edeceğini vurgulamış ve devletlere internet ortamında eğitim hakkı için gerekli hukuki altyapıyı sağlamaları çağrısında bulunmuştur.[23] Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), teknolojik gelişmelerin ve dijital yeniliklerin özellikle olağandışı durumlarda eğitime katkısını vurgulamış ve uzaktan eğitimin eğitim hakkına olumlu etkilerini belirtmiştir.[24] Ayrıca, UNESCO önderliğinde Küresel Ağlar Forumu (*Global Forum of Networks*) kurulmuş ve böylece dijital ortamlarda ifade özgürlüğü ile bilgiye erişimi esas alan,[25] dijital platform yönetişimine yönelik hak temelli bir yaklaşımın küresel düzeyde anlaşılmasını teşvik eden bir oluşuma imza atılmıştır.[26]

AK, "Kılavuz İlkeler" başlıklı çalışmasında, dijital ortamda eğitimin bir insan hakkı olarak tanınması çağrısında bulunmuştur.[27] Konsey, devletlerin dijital ortamda eğitime yönelik yatırım yapmalarını, teşvikte bulunmalarını ve sonuç olarak dijital ortamın sağladığı fırsatlardan yararlanılmasını önermiştir. Ayrıca, dijital eğitim kaynaklarının geliştirilmesi için uluslararası iş birliği çağrısında bulunulmuştur. Bu doğrultuda, insan hakları açısından dijital eğitimin sağlanması ve korunması için gerekli yasal standartların, uygulamaların ve sorumlulukların yerine getirilmesi hedeflenmektedir.

AİHM'nin konuya yaklaşımında yeni teknolojilerle şekillenen eğitimin insan hakları ile bağlantısı son derece iç içe geçmiştir. Mahkeme, *Cengiz ve diğerleri v. Türkiye* davasında verdiği kararla internetin artık bir bilgi kaynağı olarak bilgiye erişim, haber ve görüş alma ve verme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[28] Öte yandan, mahkeme insan hakları çerçevesinde internete erişim sağlanması konusunda kesin bir devlet yükümlülüğünden bahsetmemektedir. Ancak, iç hukuk yasaları kapsamında eğitimle ilgili bilgilere erişim hakkının var

of the Digital Divide in Turkey, Journal of Research in Economics", (2023) *İktisat Araştırmaları Dergisi*, 7, s.67.

22 United Nations, "Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development" (2015) <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/89/pdf/n1529189.pdf?token=exP5O3VFkmC-QRzcTZw&fe=true>, s.5.

23 İbid.

24 UNESCO, "What You Need to Know About Digital Learning and Transformation of Education" (17.09.2024) <https://www.unesco.org/en/digital-education/need-know>, erişim tarihi, 22.12.2024.

25 Bkz. UNESCO, *Guidelines for the Governance of Digital Platforms* (United Nations, 2023), s.3.

26 Bkz. International Telecommunication Union & UNESCO, *The State of Broadband 2024: Leveraging AI for Universal Connectivity* (New York, 2024), s.1.

27 Avrupa Konseyi'nin çocuk hakları bağlamında konuya yaklaşımı için bkz. Council of Europe, *Guidelines To Respect, Protect And Fulfil The Rights Of The Child In The Digital Environment Recommendation CM/Rec(2018)7 Of The Committee Of Ministers* (Council of Europe, 2018), ss.12-22.

28 *Cengiz ve diğerleri v. Türkiye 01.12 2015-B.N. 48226/10. 14027/11*, para.56.

olması ve ilgili internet sitelerine erişimin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.[29] Mahkeme, benzer bir şekilde *Kalda v. Estonia* davasında da bilgi edinme hakkı ile internet arasındaki bağlantıyı tekrarlamış, bilgiye erişimin ve çevrimiçi ortamda kendini ifade edebilmenin eğitim hakkının ve ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğuna hükmetmiştir.[30]

AYM, eğitim hakkının dijital çağda değerlendirilmesi konusunda bir karar vererek konuyu netleştirmiştir. Ceza infaz kurumundaki bir hükümlünün internet aracılığı ile eğitim alma isteğinin reddine ilişkin olarak başvurulan AYM verdiği karar ile internetin eğitim hakkına olan etkisinin hukuki boyutunu belirlemiştir.[31] Bahsi geçen bu kararın bir ceza infaz kurumundaki birey ile ilgili olması, insan hakları hukuku açısından değerlendirme yapılamayacağı anlamını taşımamalıdır. Her ne kadar idarenin internet sağlamak gibi bir yükümlülüğünün hukuksal dayanağının olmadığı ve böyle bir zorunluluğun kabul edilemeyeceği vurgulanmış olsa da konu ile ilgili olarak idareye bir takdir yetkisi bırakılmıştır. İdare hukuku açısından internet sağlama imkânına dair karar adı altında günümüz çağında farklı bir idare hukuku

---

[29] İnternet, ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim arasındaki ilişkiyi anlamak için bkz. *Jankovskis v. Litvanya 17.01.2017- B.N. 21575/08*, s.6: "Mahkeme, Litvanya makamları tarafından, başvuranın bilgi alma hakkına yapılan ve davanın özel koşullarında demokratik bir toplumda gerekli olarak görülemeyecek olan müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli nedenler ileri sürüldüğüne ikna olmamıştır. Bu nedenle, Sözleşme" nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, özellikle 10. maddenin mahkumlara internete veya belirli internet sitelerine erişim sağlama konusunda genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Ancak, eğitimle ilgili bilgilere erişim Litvanya yasalarına göre sağlandığından, söz konusu internet sitesine erişimin kısıtlanması, başvuranın bilgi alma hakkına bir müdahale teşkil etmiştir. Bu müdahale kanunla öngörülmüştür ve başkalarının haklarını korumak ve düzensizliği ve suçu önlemek gibi meşru bir amaç gütmektedir. Bununla birlikte, başvuranın erişmek istediği web sitesi Litvanya" daki öğrenim ve eğitim programları hakkında bilgi içermekteydi ve bu tür bilgilerin başvuranın eğitim alma menfaatiyle doğrudan ilgili olduğunu ve bunun da rehabilitasyonu ve daha sonra topluma yeniden entegrasyonu ile ilgili olduğunu düşünmek mantıksız değildi. Mahkeme ayrıca internetin insanların günlük yaşamlarında önemli bir rol oynadığını, özellikle de bazı bilgilerin sadece internet üzerinden erişilebilir olduğunu gözlemlemiştir. Ancak Litvanyalı yetkililer, başvurana bir Devlet kurumu tarafından yönetilen ve güvenlik riski oluşturması pek mümkün olmayan belirli bir web sitesine sınırlı veya kontrollü İnternet erişimi sağlama olasılığını dikkate almamışlardır".

[30] Karar için bkz. *Kalda v. Estonia 19.01.2016-B.N. 17429/10.*

[31] *Sadi Yıldırımoğlu*, B.No.2021/4607, 20.12.2023, para. 36: Bununla birlikte Anayasa'da ve Sözleşme'de öngörülmemiş olmasına rağmen 5275 sayılı Kanun"la tutuklu ve hükümlülerin eğitim hakkı yönünden sağlandığı anlaşılan bu imkânın ceza infaz kurumunda bulunmanın kaçınılmaz sonuçları ve ceza infaz kurumlarının olanakları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği de ortadadır. Özellikle internet sağlama konusunda Anayasa ve Sözleşme"de devlet yönünden herhangi bir yükümlülük öngörülmediği gözönüne alındığında idarenin bu hususta oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır (*Mehmet Al*, B. No: 2021/6664, 6/10/2021, § 41). §42: … mevcut başvuruda başvurucunun eğitimi için ceza infaz kurumu şartları çerçevesinde başvurucuya tanınan internet kullanma imkânına yapılan müdahalenin gerekçelerinin olaya özgü somut unsurlar içermediği, ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonuçları kapsamında idare ve derece mahkemelerince bir değerlendirme yapılmadığı anlaşıldığından söz konusu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğundan bahsedilemez."

konusundan da söz edilebilir. Anayasa Mahkemesi, eğitim hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve sonuç olarak dijital ortamın eğitim hakkı ile etkileşim halinde olduğunu ve bu durumun hukuki sonuçlarının olacağını da hükme bağlamıştır.

III. İNSAN HAKLARI VE DİJİTAL EĞİTİM

21. yüzyılda dijitalleşme, eğitim hakkının dijital ortamdaki yeri konusunda hukuki tartışmalara yol açmıştır. Eğitimin dijital ortamla etkileşimi, dijital eğitim hakkının kabul edilmesi ve diğer insan haklarıyla bağlantılı olduğunun anlaşılmasını sağlamaktadır.

A. Dijital Eğitim Hakkı

Günümüzde teknoloji, hayatın temel yapıtaşı haline gelmiştir. Fiziki sınırların kalktığı, hızlı etkileşimlerin yaşandığı ve küreselleşmenin etkilerinin hissedildiği dijital toplum anlayışı ortaya çıkmıştır.[32] Ağ toplumu, bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımıyla belirginleşen çağdaş ve gelişmiş modern toplum olarak tanımlanabilir.[33] Toplum anlayışının dijitalleşme ile farklı kavramsal tartışmaların konusu haline gelmesinin temel nedeni geçmişe kıyasla insan ilişkilerinin fiziki sınırlar dahilinde değil zamansal ve mekânsal sınırların olmadığı dijital ortamlarda yaşanmasıdır.

Farklılaşmakta olan toplumsal ilişkiler içerisinde ise bilgiye erişim ve bilgiyi kullanma konusunda teknolojik araçların, bilgisayar ve internet teknolojisi gibi, dijital okuryazarlık ile kullanılması en önemli konuların başında gelmektedir.[34] Bu tarz toplum ve toplumsal ilişkilerin hukuka yansımasında sosyal sözleşme kuramı da önemlidir. Hukukun toplum ile olan bağı sosyal sözleşme kuramı çerçevesinde değerlendirildiğinde hukukun ortaya çıkması ve gelişiminde toplumsal ilişkilerin ve nihayetinde toplumun belirleyiciliği daha net anlaşılacaktır.[35] Farklı heterojen ilişkilerin var olduğu, dijitalleşme ile dijital toplum/ağ toplumu kavramlarının geliştiği çağımızda, toplum ve hukuk ilişkisi dijitalleşmenin gerektirdiği ölçüde değişim ve etkileşim ile açıklanabilir. Çünkü gelişen toplum anlayışları ile birlikte dijital ortamlar, gün geçtikçe hayatın her aşamasında kendisini göstermektedir. Ayrıca, insan hakları hukuku bağlamında da hukuk ve toplum arasındaki ilişki, yine dijitalleşme ile yaratılabilmekte, geliştirilebilmekte ve güncellenebilmektedir.[36] Bu

---

32 Dijital toplum ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Selva Ersöz Karakulakoğlu, *Dijital Toplum: Kavram, Kuram ve Yöntem* (Nobel 2020).

33 Jan Van Dijk, *The Network Society* (SAGE 2020), s.19.

34 Bilgiye dijital erişim ve dijital okuryazarlık ile ilgili olarak bkz. Musa Tarık Tekin. "21. Yüzyılda Bilgiye Erişim ve Bilgi Paylaşım Yolu Olarak Dijital Okuryazarlık ve Dijital Kitaplar: Kuramsal Bir Değerlendirme", (2016) *Uluslararası Yükseköğretimde Yeni Eğilimler Kongresi: Değişime Ayak Uydurma*, s.11.

35 Ümit Müderrisoğlu ve Hamza Al, "Sivil Toplum ve Hukuk" (2020) *Sakarya İktisat Dergisi 100. Yıl Milli Eğemenlik Özel Sayısı,* s.67.

36 Petryshyn V. Oleksandr and Oleh S. Hyliaka, "Human Rights in the Digital Age: Challenges, Threats and Prospects" (2021) *Journal of The National Academy of Legal Sciences of Ukraine,* 28(1), s.15

ilişki, dijital insan hakları hukuku ile dijital hak ve özgürlükler kavramlarının oluşmasını sağlamaktadır.

Dijitalleşme, insan hakları ve eğitim arasındaki ilişkiyi olağandışı durumlarla daha da belirginleştirmiştir. Yaşanan afet, savaş, silahlı çatışma ve salgın hastalık tecrübeleri ile dijital ortama sevk edilmiş olan eğitim ve eğitim imkânları gerek toplumsal gerekse hukuki değişim sürecinin en önemli olgularından olmuştur. Nitekim yapılan çalışmalar, göstermiştir ki artık günümüz koşullarında öğrencilerin bağımsız olarak bilgi teknolojilerini kullanma yeteneği geliştirmeleri için belirli eğitimleri almak ve belirli bilgi ve becerileri geliştirmek için interneti kullanmak zorundadırlar.[37]

Hukuk kurallarının toplumsal ilişkiler ile etkileşimi göz önünde bulundurulduğunda, dijital eğitim hakkı da ister dijital toplum ister ağ toplumu olarak tanımlansın, artık günümüz toplumunun ihtiyaçları ve anlayışları içerisinde bir insan hakkı olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar yasal zeminde dijital insan hakları veya dijital eğitim hakkı detaylıca düzenlenmemişse de yeni nesil eğitim pratikleri eğitim almanın şekil değiştirebildiğini göstermiştir. Eşzamanlı etkileşimin sağlandığı dijital çağda eğitim hakkının kullanılması bu teknolojik evrime ayak uydurmayı başarmak ile ilgili olmaktadır ve olmaya devam edecektir.[38] Netice olarak, tüm tartışmaların ötesinde istenir ise yapılacak genel bir yorum ile dijital eğitim hakkı, geleneksel anlamda eğitim hakkının bir uzantısı veya detaylandırılması şeklinde anlaşılabilir veya yeni nesil bir insan hakkı statüsünde değerlendirilebilir. [39]

B. Birbirine Bağımlı ve Birbiriyle İlişkili Dijital İnsan Hakları: Dijital Eğitim Hakkı, İnternete Erişim ve Dijital ifade Özgürlüğü

İnsan hakları birbirleri ile bağlı ve ayrılmaz bir bütün ilişki içerisindedir.[40] Bu bağlamda, dijital eğitim hakkının bir insan hakkı olarak bazı insan hakları ile olan ilişkisi de bütünlük içerisindedir. Dijital eğitim hakkı, normatif olarak, net bir şekilde, henüz pozitif hukukta yer almasa da dijitalleşme, eğitim ve insan hakları arasındaki ilişki bu hakkın temel ilkeler ışığında netleşmesini sağlayabilir.

AK, Avrupa Dijital Haklar ve İlkeler Bildirgesi'nde (*European Declaration on Digital Rights and Principles*) dijital insan haklarının ayrımcılık yasağı ilkesine da-

---

37 Olena Yemelyanova, et al., "The Educational Crisis İn Today's İnformation And Digital Society" (2023) *Revista Eduweb*, 17(2), s. 273.

38 Alison L. Bailey, et al., "Introduction to twin pandemics: How A global health crisis and persistent racial injustices are impacting educational assessment" (2022) *Educational Assessment*, 27(2), s. 93.

39 Bort Custer, "New Digital Rights: Imagining Additional Fundamental Rights for the Digital Era", (2021) *Computer Law & Security Review* 44, s.12.

40 Bkz. Bruca Porter, "Chapter 15: Interdependence of Human Rights" in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (eds), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing, 2020) s.45.

yandığını vurgulamıştır.[41] Bir insan hakkı olarak dijital eğitim hakkından faydalanmak için medya okuyuculuğunun desteklenmesi, dijital ortamlara bağlanmak için gerekli altyapı çalışmalarının ele alınması ve ayrım gözetmeksizin dijital eğitimin herkese tanınması, insan hakları hukuku bünyesinde temel bir hak olarak beyan edilmiştir. İnsan haklarının birbirleriyle bağlantılı ve bir bütün olduğu hukuki ilke dijital ortamda da kabul edilmelidir.[42]

Dijital haklar, başta internete erişim hakkı olmak üzere, bireysel haklar ve tüm dijital haklar kompleksinin oluşumuyla ilgili olarak geliştirilmiş ve aktif bir şekilde desteklenmiş bir fikirdir.[43] Bu nedenle, internetin olabildiğince verimli kullanılması, dijital eğitim imkânlarının gelişmesini sağlarken, aynı zamanda dijital eğitimin bir insan hakkı olarak vücut bulmasını da kolaylaştırmaktadır.[44] Öğrencilerin ve öğretmenlerin teknolojinin dinamik değişkenlerini kullanmaları, dijital eğitimin verimli hale gelmesinde oldukça önemlidir.[45] Özellikle çocukların dijital eğitim hakkına erişimleri için internete erişimin artık bir ön koşul olduğunu kabul etmek gerekmektedir.[46] İnsan hakları açısından dijital eğitim hakkının varlığı ve sürdürülebilirliği için ayrımcılık gözetmeme ilkesi dahilinde herkesin internete erişim hakkı ne kadar önemliyse, dijital araçların kullanımı da dijital okuryazarlığın varlığı o derece önemlidir. Bu nedenle, internete erişim hakkının var olabilmesi ve kullanılabilmesi için dijital araçlara, bilgisayar ve internet gibi, erişebilmek, kullanabilmek ve hatta bunların gelişmesine katkı sağlayabilmek birbirini tamamlayan kavramlardır. BM, internete evrensel erişimi bir ayrıcalık olarak değil, bir insan hakkı olarak görmektedir ve bu hakkın güçlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.[47] AİHM ise yirmi üye devletin (Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Litvanya, Hollanda,

---

41 Council of Europe, "European Declaration on Digital Rights and Principles" (15.12.2022), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>, erişim tarihi, 07.01.2025, Giriş

42 Dijital eğitim hakkının diğer insan hakları ile birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkili olduğu olgusu sadece açıklanan bu başlıklar ile sınırlı değildir. Dijital eğitimin önemli ve öncü unsurlarından olan internete erişim ve dijital ifade özgürlüğü sadece iki örnek olarak ele alınmıştır.

43 Konstyantyn I. Bieliakov, et al., "Digital Rights in Human Rights System" (2023) *Intereulaweast*, X(I), s.191.

44 İnternete erişimin bir hak olarak kabulü ve varlığı ile ilgili olarak hukuki çerçeve için bkz. Zeki Emre Kurt, "Ucuz, Sansürsüz ve Hızlı İnternete Erişim Hakkı" (2015) *Ankara Barosu Dergisi*, 2, s.287.

45 Peide Liu, et al., "Distance Education Quality Evaluation Based on Multigranularity Probabilistic Linguistic Term Sets and Disappointment Theory" (2022) *Information Sciences* 605, s.159.

46 Çocuk hakları, internet ve insan hakları açısından yapılan değerlendirme için bkz. Nazura Abdul Manap and Nurul Hidayat Ab Rahman, "Digital Era Education: Re-Evaluating Children's Rights to The Internet" (2022), *International Conference on Law and Digitalization*, s.164.

47 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "It May Be Time to Reinforce Universal Access to the Internet as a Human Right, Not Just a Privilege, High Commissioner Tells Human Rights Council" <https://www.ohchr.org/en/news/2023/03/it-may-be-time-reinforce-universal-access-internet-human-right-not-just-privilege-high>, erişim tarihi 09.11.2024.

Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovenya, İspanya, İsviçre ve Birleşik Krallık) mevzuatı üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, internete erişim hakkının teoride ifade özgürlüğü, fikir ve bilgi alma özgürlüğüne ilişkin anayasal güvencelerle korunduğunu ortaya koymuştur.[48] İnternete erişim hakkı, ulusal anayasalar tarafından korunan bilgi ve iletişime erişim hakkının doğasında var olduğu kabul edilir ve her bireyin bilgi toplumuna katılma hakkını ve devletlerin vatandaşları için internete erişimi garanti etme yükümlülüğünü kapsar.[49] Bu nedenle, ifade özgürlüğünü koruyan tüm genel güvencelerden, engelsiz internet erişimi hakkının da tanınması gerektiği sonucu çıkarılabilir.[50]

Dijital eğitim hakkının kullanılması için var olması mutlak olan bir diğer hak ise dijital ifade özgürlüğüdür.[51] Dijital ifade özgürlüğü, dijital ortamlardaki diğer hakların varlığıyla doğrudan ilişkilidir. İfade özgürlüğünün eğitim ile ilişkisi yeni olmamakla birlikte, eğitim hakkının her türlü ortamda var olabilmesi için mutlaka korunması gereklidir.[52] Ancak, bilgi paylaşımının esas alındığı dijital eğitim hakkının kullanılması için dijital ortamlarda ifade özgürlüğünün sınırlarının olabildiğince net ve fakat insan haklarını ihlal etmeyecek düzeyde çizilmesi şarttır.[53]

Sonuç olarak, insan haklarının kavramsal çerçevesi ve normatif niteliği açısından dijital eğitim hakkı, internete erişim ve dijital ifade özgürlüğü ile doğrudan bağlantılıdır.

IV. İKİRCİKLİ BİR YAKLAŞIM: İNSAN HAKLARI AÇISINDAN OLAĞANDIŞI DURUMLARDA DİJİTAL EĞİTİM HAKKI

Olağandışı durumlar eğitim hakkını olumsuz etkilerken, dijital eğitim hakkı bu etkileri hafifletmekte önemli bir rol oynamaktadır. Eğitimi Saldırılardan Koruma Küresel Koalisyonu (*Global Coalition to Protect Education from Attack*), 2024 yılında çatışma bölgelerinde okulların ve üniversitelerin askeri amaçlarla kullanılmasının yanı sıra öğrencilere, eğitimcilere ve eğitim kurumlarına yönelik yaklaşık 6.000 saldırı rapor etmiştir.[54] Öğrenciler ve eğitimciler dahil olmak üzere 10.000'den fazla kişi 2022 ve 2023 yıllarında eğitime yönelik saldırılarda öldürülmüş, yara-

---

48 *Ahmet Yıldırım v. Türkiye 18.12.2012-B.N. 3111/10,* para. 31.

49 İbid.

50 İbid.

51 Dijital ifade özgürlüğü ile ilgili bkz. Barış Günaydın, *İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü* (Seçkin 2010).

52 British Institute of International and Comparative Law and Education Above All Foundation, *Protecting Education in Insecurity and Armed Conflict: An International Law Handbook* (British Institute of International and Comparative Law and Education Above All Foundation 2010). s.15.

53 Dijital ortamda ifade özgürlüğü ile ilgili olarak bkz. Nasuh Buğra Karadağ, "İnternetin Gücü: İfade Özgürlüğünün Yeni Yüzü" (2024) *Ankara Barosu Dergisi*, 82(3), s.529.

54 Global Coalition to Protect Education from Attack, *Education Under Attack*, (Global Coalition to Protect Education from Attack, 2024), s.11.

lanmış, kaçırılmış veya zarar görmüştür. Ayrıca aynı rapora göre, eğitime yönelik saldırılar 2022 ve 2023 yıllarında önceki iki yıla kıyasla yaklaşık yüzde 20 oranında artmıştır. 2019 yılında baş gösteren COVID-19 salgınından yaklaşık 1,6 milyardan fazla öğrenci etkilenmiştir.[55] Okulların kapanması, mevcut öğrencileri küresel gayrisafi yurtiçi hasılanın yüzde 14'üne denk gelen 17 trilyon dolarlık ömür boyu kazanç kaybı riskiyle karşı karşıya bırakarak küresel öğrenme krizini beklenenden daha kötü hale getirmiştir.[56] Olağandışı durumlarda eğitim kurumları fiziksel olarak hasar görmekte, insani yardım amacıyla dönüştürülmekte ve öğrencilerin güvenliğini korumak için okullara erişim durdurulmaktadır. Ayrıca, hareket özgürlüğünün mecburi olarak kısıtlanması ve eğitim kurumlarının askeri amaçlar için kullanılması da sıkça karşılaşılan durumlardır.[57]

Olağandışı durumlar sonrasında insan haklarının tekrardan tahsis edilmesi amacı doğrultusunda eğitim hakkı için birkaç örnek oldukça dikkat çekicidir. *#LearnSyria* projesi, savaş nedeniyle yerlerinden edilen Türkiye'deki Suriyeli çocukların eğitim kaynaklarına dijital olarak ücretsiz erişimlerini sağlamaktadır.[58] Ukrayna-Rusya çatışması sırasında oluşturulan *All-Ukrainian Online School* platformu ise öğrencilerin ücretsiz eğitim materyallerine dünyanın her yerinden erişmelerine olanak tanımaktadır.[59] Dijital eğitim hakkının kullanılması, aynı zamanda çocukların kültürel gelişimini ve dolayısı ile kültürel haklar ile de ilgili olabilir. Bu açıdan dünyadaki en önemli örneklerden bir diğeri ise *Child Friendly Spaces in Emergencies* platformudur. Bu platform ile olağandışı durumlardan etkilenen çocuklar için eğitim ve kültürel aktiviteler geliştirilmiş ve böylece çocukların eğitim araçları ile kültürel katılımlarının sürekliliği sağlanmaya çalışılmıştır.[60] Öte yandan, silahlı çatışmalar süresince veya sonrasında çatışmalardan etkilenen Ortadoğu coğrafyasında eğitimde sürekliliği sağlamak için yürütülen *NAFHAM* projesi ise müfredatla uyumlu dijital kaynaklar sunarak devam eden çatışmalara rağmen eğitime erişimin sağlanması-

---

55 Bkz. International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, UNESCO and UNICEF, *The State of the Global Education Crisis: A Path to Recovery*, (International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, UNESCO and UNICEF 2021), s.5.

56 İbid., s.1.

57 Silahlı çatışmalar ve eğitim hakkı ile ilgili olarak bkz. Stephen J. Mckinney and Jennifer Farrar. "The Impact of Armed Conflict on School Education" (2023) *Educazione Interculturale – Teorie, Ricerche, Pratiche,* 21(1), s.1; Abdulghani Muthanna, Mohammed Almahfali and Abdullateef Haider. "The Interaction of War Impacts on Education: Experiences of School Teachers and Leaders" (2022) *Education Sciences*, 12(719), s.1.

58 Wise-Qatar Foundation, "*#Learnsyria*" <https://www.wise-qatar.org/project/learnsyria/>, erişim tarihi, 11.12.2024.

59 The European Wergeland Centre (EWC), "Presentation of Ukrainian Online School for Use Abroad" <https://theewc.org/presentation-of-ukrainian-online-school-for-use-abroad/>, erişim tarihi, 11.12.2024.

60 Bkz. Save The Children, "*Child Friendly Spaces in Emergencies: A Handbook for Save The Children Staff*" (Save the Children 2008), s.2.

nı amaçlamıştır.[61] Bu proje, Mısır ve Körfez bölgesindeki ülkelere[62] ait tüm ulusal müfredatlar için çevrimiçi okul müfredatı video dersleri ve çevrimiçi özel dersler sağlamaktadır. COVID-19 salgını sırasında Türkiye, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) iş birliği ile Eğitim Bilişim Ağı (EBA) aracılığıyla eğitim hizmetlerini sürdürmüştür. Bu uygulama ile dijital eğitim kaynakları sunulmuş ve devlet, insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışmıştır.[63]

Eğitime yönelik saldırılara ilişkin endişe verici istatistikler ve yaşanan olağandışı durumların etkisi ışığında eğitim hakkının önemli zorluklarla karşı karşıya olduğu açıktır. Bu zorlukların aşılması için dijital eğitimin müspet etkisinden söz edilebilir. Ancak, olağandışı durumlarda dijital eğitim hakkının dahi insan hakları ihlallerini çözemeyeceğine yönelik menfi bazı görüşler de mevcuttur. Öncelikle, müspet açıdan dijital eğitim hakkı, olağandışı durumlarda eğitimin erişilebilir, kabul edilebilir ve değişen ihtiyaçlara uyumlu olmasını sağlamaktadır. Olağandışı durumlarda kişilerin gelişim hakları gerek eğitimlerini sürdürebilmeleri gerekse kültürel etkinliklere dahil olabilmeleri ile doğrudan ilgilidir. Dijital eğitim hakkı, olağandışı durumlarda bireylerin kişisel gelişimini de desteklemektedir.[64] Çünkü bu durumlarda sunulacak dijital imkânlar ile kültürel yaşama katılım hakkı, kişilere, özellikle çocuklara, ufuklarını genişletme ve diğer kültürel ve sanatsal gelenekleri öğrenme fırsatları sağlayacaktır.[65] Bu açıdan olağandışı durumlardaki dijital imkânlar, kültürel yaşama katılım ile ilgili insan haklarının da kullanmasını kolaylaştıracaktır. Öte yandan, olağandışı durum dönemlerinde dijital eğitime erişmek için internet ve dijital ortamdaki araçları kullanmak, kişileri zorlayabilmekte[66] ve bilgi teknolojilerine erişimdeki eşitsizliklere, yani dijital uçuruma neden olabilmektedir.[67] Dijital uçurum,[68] kesişimsel eşitsizlikleri[69] daha da derinleştirerek dijital eğitim hakkının

---

61 Ghaida M. Alayyar, Reha K. Aljeeran and Abdullah A. Almodaires, "Information And Communication Technology and Educational Policies in Primary and Secondary Education in the Middle East and North African (MENA) Region" in Joke Voogt ve diğerleri (eds.) *Second Handbook of Information Technology in Primary and Secondary Education* (Springer 2018), s.1.

62 Körfez bölgesindeki ülkeler Suudi Arabistan, Bahreyn, Katar, Irak, Kuveyt, Birleşik Arap Emirlikleri, İran ve Umman şeklinde sıralanabilir.

63 EBA ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ertuğ Can ve Caner Ozan, "Eğitim Bilişim Ağı (EBA): Covid-19 Küresel Salgınının Yansımaları" (2021) *Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 41(3), s.1553.

64 Yury V. Pushkarev and Elena Pushkarev, "Human Rights as A Value of Personal Development in The Knowledge Society" (2018) *Novosibirsk State Pedagogical University Bulletin*, 8(3), s.80.

65 Linde Lindkvist, "Five Problems with Children's Participation Rights" in Rebecca Adami, Anna Kaldal, and Margareta Aspán (eds) *The Rights of The Child* (Brill 2023), s.151.

66 Yuji Utsumi, "Armed Conflict, Education Access, and Community Resilience: Evidence from The Afghanistan NRVA Survey 2005 and 2007" (2022) *International Journal of Educational Development* 88, s.1.

67 Dalgıç-Tetikol (n 21), s.65.

68 United Nations, "The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet" (27 June 2016) <https://docs.un.org/en/A/HRC/32/L.20> erişim tarihi 12.03.2025, s.2.

69 Kesişimsel eşitsizlik kavramı kişilerin birden fazla özellikleri-durumları nedeni ile bileşik bir şe-

kullanılmasını zorlaştırabilmektedir.[70] Nitekim, dijital uçurum, COVID-19 salgını sürecinde,[71] bireylerin zayıf sosyoekonomik durumları[72] veya işitme engelli çocukların ihtiyaçları gibi kişilerin mevcut özel ihtiyaçları[73] ile dijital araç ve gereçlerin etkin kullanımı arasında bir ilişkinin olduğu gözlemlenmiştir. Bu ve benzeri durumlar nedeniyle dijital eğitim hakkının ön koşullarından olan teknolojik donanıma, bağlantıya, doğru yazılıma, nitelikli dijital becerilere sahip öğretmenlere erişimlerde de orantısızlıklar ve imkânsızlıklar yaşanabilmektedir.[74] Ayrıca, internet bağlantısının devletlerin dijital egemenliği ile ilgili oluşu ve bu nedenle istenmeyen olası neticelerin söz konusu olma ihtimali de bir diğer menfi durumdur.[75] Olağandışı durumlarda devletler, kendi çıkarları için internet üzerindeki bilgileri manipüle edebilmekte ve yine bu egemenliklerini insan haklarına zarar verici şekilde kullanabilmektedirler.[76] Bu açıdan, olağandışı durumlarda internet üzerinden yapılan dezenformasyon ile ilgili de soru işaretleri gündeme gelebilmektedir.

Dijital eğitim hakkı, insan hakları hukuku açısından hem fırsatlar hem de endişeler barındıran ve ikircikli bir yaklaşım ile açıklanabilen bir kavramdır. Bu farklı açılar arasındaki denge henüz tam olarak kurulamamıştır. Özellikle olağandışı durumlarda dijitalleşme ve eğitim hakkı arasındaki etkileşime ve neticelerin kapsamına dair net bir yaklaşımın var olduğu söylenemez. Olağandışı koşullarda dijital eğitim hakkı erişilebilir, kabul edilebilir, esnek ve duyarlı bir yapıya sahiptir. Ancak aynı zamanda dijital imkânsızlıklar ve eşitsizlikler mevcut insan hakları sorunlarını derinleştirebilir.

---

kilde ayrımcılığa uğramalarını ifade etmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Barnaby Willitts-King, John Bryant and Kerrie Holloway, "The Humanitarian "Digital Divide" (Overseas Development Institute 2019).

70 Bkz. Serkan Çelik ve Nergiz Karadaş İşler, "Göç Mağduru Çocukların Covid-19 Salgını Sürecindeki Öğrenme Deneyimleri" (2020) *Milli Eğitim Dergisi*, 49(1), s.783; Fatma Avcı, "Okul Öncesi Eğitim Kurumlarına Devam Eden Mülteci Öğrencilerin Sınıf Ortamında Karşılaştıkları Sorunlara İlişkin Öğretmen Görüşleri" (2019) *Language Teaching and Educational Research*, 2(1), s.57.

71 Bkz. Nilgün Tosun ve Derya Tuzcu Eken, "Covid-19 Salgını ile Acil ve Zorunlu Uzaktan Eğitime Geçiş: Genel Bir Değerlendirme" (2020) *Milli Eğitim Dergisi*, 49(1), s.113.

72 Sandra Garcia Jaramillo, *Covid-19 and Primary and Secondary Education: The Impact of The Crisis and Public Policy Implications for Latin America and the Caribbean* (UNICEF 2020), s.6.

73 Güzin Karasu ve Zehranur Kaya, "Covid-19 Salgın Sürecinde İşitme Engelli Üniversite Öğrencileriyle Gerçekleştirilen Uzaktan Eğitim Çalışmalarının İncelenmesi" (2021) *Ege Eğitim Dergisi*, 22(2), s.95.

74 Doen Filmer et al., "Education and Health" in Valerie Cerra e al. (eds) *How to Achieve Inclusive Growth* (Oxford University Press 2022), s.497.

75 Dijital eğemenlik ile ilgili olarak bkz. Altın Aslı Şimşek Öner, "Siber-Alanda Devlet Kudretine Bir Bakış: Dijital Egemenlik Kavramı" in (2023) Kerem Batır, Elif Çağla Yıldız ve Cansu Atıcı (eds) *Uluslararası Dijital Çağda Hukuk Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, s.155.

76 Bailey Ulbricht1 and Joelle Rizk, "How Harmful Information On Social Media Impacts People Affected by Armed Conflict: A Typology Of Harms" (2024) *International Review of the Red Cross* 106 (926), ss.823–862.

SONUÇ

Dijital çağdaki teknolojik gelişmeler ve toplumsal değişimler, hukuk, insan hakları ve eğitim üzerinde güçlü etkiler yaratmaktadır. Dijital dönüşüm, dijital eğitim hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır. Dijital eğitim hakkı ile diğer dijital insan hakları arasındaki ayrılmaz bağ, bu hakkın etkin kullanımı için vazgeçilmezdir. Dijital çağ ile birlikte gelişen uzaktan eğitim çözümleri, sınırları ortadan kaldıran eğitim uygulamalarının ötesinde hukuki açıdan da köklü bir transformasyonun yaşandığını göstermektedir.[77] Uzaktan eğitim yöntemleri, eğitimin sürekliliğini sağlarken eğitim hakkının korunması için teknolojinin insan hakları ve eğitim ile entegrasyonunun da zorunlu olduğunu göstermektedir.

Dijital eğitim hakkının temel bir insan hakkı olarak tanınması, olağandışı durum dönemlerinde daha önem kazanmaktadır. Dijital eğitim hakkı ve olağandışı durumlar arasındaki sebep, amaç, araç ve sonuç ilişkisi incelendiğinde gerek hukuksal gerekse pratiğe yönelik nedensellik daha net şekilde anlaşılacaktır. Afetler, savaşlar, silahlı çatışmalar ve salgın hastalıklar gibi olağandışı durumlarda, devletlerin eğitim hakkını koruma yükümlülüklerini yerine getirmesi için dijital bilgi teknolojileri temel araçlardır. Tüm bu ilişki ağının sonucu ise olağandışı durumlarda dijital eğitim hakkının bir insan hakkı olarak kullanılmasıdır.

Devletler insan hakları hukuku yükümlülükleri kapsamında olağandışı durumlarda eğitim hakkına saygı göstermeli, korunmalı ve gereksinimlerinin yerine getirilmesi için çaba sarf etmelidir.[78] Dijital eğitim hakkının özellikle olağandışı durumlarda kullanımı ile ilgili olarak müspet ve menfi etkileri kapsayan çok yönlü bir tartışma, bir diğer ifade ile ikircikli yaklaşım, söz konusudur. Dijital eğitim hakkına yönelik bu yaklaşım, insan hakları hukuku temelinde olabildiğince dengelenmelidir. Bu amaç doğrultusunda, dijital hakların erişilebilir, uyarlanabilir ve kapsayıcı olduğunun insan hakları temelli bir yaklaşımda özümsenmesi için ilgili zorlukların ve sınırlamaların ele alındığı ve kaynakların verimli kullanıldığı[79] hukuksal, idari, politik ve pratik adımlar atılmalıdır. İkircikli yaklaşımın devam etmesi, dijital eğitim hakkı ve diğer dijital insan haklar açısından hukuki olarak uygulanabilirlik gücünü olumsuz etkileyeceğinden minimize edilmelidir. Toplumsal değişimler doğrultusunda farklılaşan hukuki gereksinimler dijital haklar konusunda daha dengeli ancak güçlü tutumların gelişmesine ihtiyaç duymaktadır.

---

77 Uzaktan eğitimin geçmişi ve gelişimi ile ilgili olarak bkz. Aras Bozkurt, "Türkiye'de Uzaktan Eğitimin Dünü, Bugünü ve Yarını" (2017) *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi*, 3(2), s.85.

78 Bkz. Khalil Akbariavaz and Pardis Moslemzadeh Tehrani, "The Role of International Law in Protection against Attacks on Children's Education Rights in Armed Conflict" (2023) *Journal of Politics and Law*, 13(3), s.90; Council of Europe, "Making the Right to Education Real in Times of Crisis" <https://www.coe.int/en/web/education /making-the-right-to-education-real-in-times-of-crisis>, erişim tarihi, 10.01.2025.

79 Bkz. Sandra Fredman, "A Human Rights Approach: The Right to Education in the Time of Covid-19" (2021) *Child Development*, 92, e901.

Dijitalleşmenin hukuk dünyası üzerindeki etkileri belirsiz olsa da olumsuz sonuçların koordineli ve proaktif bir şekilde azaltılması kesin olarak gerekecektir. Sonuç olarak, henüz hukuki çerçevesi tam olarak belirlenmemiş olsa da kapsayıcı bir dijital insan hakları mevzuatının hazırlanması ve dijital eğitim hakkının korunması, özellikle olağandışı durumlarda, bir zorunluluktur.

KAYNAKÇA

Akbariavaz K and Tehrani PM, "The Role of International Law in Protection against Attacks on Children's Education Rights in Armed Conflict" (2023) Journal of Politics and Law, 13(3), ss.90-108.

Akyeşilmen N, "Uluslararası İnsan Hakları Düzenlemeleri ve Eğitim: Eğitime Hak Temelli Bir Bakış" (2014) Milli Eğitim 201, ss.5-16.

Alayyar GM Aljeeran RK and Almodaires AA, "Information And Communication Technology and Educational Policies in Primary and Secondary Education in the Middle East and North African (MENA) Region" in Joke Voogt ve diğerleri (eds) Second Handbook of Information Technology in Primary and Secondary Education (Springer 2018), ss.1-22.

Avcı F, "Okul Öncesi Eğitim Kurumlarına Devam Eden Mülteci Öğrencilerin Sınıf Ortamında Karşılaştıkları Sorunlara İlişkin Öğretmen Görüşleri" (2019) 2(1) Language Teaching and Educational Research, ss.57-80.

Bailey AL Martíneza JF Oranjeb A and Faulkner-Bondc M, "Introduction to Twin Pandemics: How a Global Health Crisis and Persistent Racial Injustices Are Impacting Educational Assessment", (2022) Educational Assessment, 27(2), ss.93-97.

Bieliakov KI Tykhomyrov OO and Radovetska LV, "Digital Rights in Human Rights System", (2023) Intereulaweast, X(I), ss.183 – 207.

Binbir Ü ve Arastaman G, "Eğitim Hakkı: Bir Sistematik Derleme Çalışması" (2021) Uluslararası Tolum Araştırmaları Dergisi 11(18), s.5067-5098.

Bozkurt A, "Türkiye'de Uzaktan Eğitimin Dünü, Bugünü ve Yarını", (2017) Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi, 3(2), ss.85-124.

British Institute Of International and Comparative Law And Education Above All Foundation, Protecting Education in Insecurity And Armed Conflict:An İnternational Law Handbook, (British Institute Of International and Comparative Law And Education Above All Foundation 2010).

Can E ve Ozan C, "Eğitim Bilişim Ağı (EBA): Covid-19 Küresel Salgınının Yansımaları", (2021) Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 41(3), ss.1553-1595.

Çelik S ve İşler NK, "Göç Mağduru Çocukların Covid-19 Salgını Sürecindeki Öğrenme Deneyimleri", (2020) Milli Eğitim Dergisi, 49(1), ss.783-800.

Çiftçi A ve Karakaş Y, "Dijitalleşen Zamanın İzdüşümünde: Kimliğin, Bedenin ve İletişimin Dönüşümü", (2019) AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology, 10(37), s.7-30.

Council of Europe, "European Declaration on Digital Rights and Principles", <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>.

Council of Europe, "Making the Right to Education Real in Times of Crisis" <https://www.coe.int/en/web/education/making-the-right-to-education-real-in-times-of-crisis>.

Council of Europe, Guidelines To Respect, Protect And Fulfil The Rights Of The Child In The Digital Environment Recommendation CM/Rec(2018)7 Of The Committee Of Ministers (Council of Europe, 2018).

Custers B, "New Digital Rights: Imagining Additional Fundamental Rights for the Digital Era", (2021) Computer Law & Security Review, 44, ss.1-13.

Çelik A, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı" (Ocak 2015) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(20), ss.279-328.

Dalgıç-Tetikol DE Köksal E ve Güloğlu B, "The Evolution Of The Digital Divide In Turkey", (2023) Journal of Research in Economics, 7(1), ss.65-83.

Davies S Pettersson T ve Öberg M, "Organized Violence 1989–2022, and the Return of Conflict between States" (2023) Journal of Peace Research , 60(4), ss.691-708.

Dijk, JV The Network Society (SAGE 2020).

Europen Network of National Human Rights Instituions, "Human Rights in (Post-) Conflict – ENNHRI" (ENNHRI-, Ekim 25, 2024) <https://ennhri.org/our-work/topics/human-rights-in-post-conflict/>.

Filmer D Gatti R Rogers H Spatafora N and Emrullahu D, "Education and Health" in Valerie Cerra ve diğerleri (eds.) How to Achieve Inclusive Growth (Oxford University Press 2022), ss.497–538.

Fredman S, "A Human Rights Approach: The Right To Education in the Time of Covid-19", (2021) Child Development, 92, ss.e900-e903.

Gleditsch NP Wallensteen P Eriksson M Sollenberg M and Strand H, "Armed Conflict 1946-2001: A New Dataset", (2002) Journal of Peace Research 39, ss.615-637.

Global Coalition To Protect Education From Attack, Education Under Attack, (Global Coalition To Protect Education From Attack, 2024).

Günaydın B, İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü (Seçkin 2010).

İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, "Olağandışı Durumlar ve Ortak Özellikleri" <https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/3475/xfiles/olagandisi.pdf>.

International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, UNESCO and UNICEF, The State of the Global Education Crisis: A Path to Recovery (International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, UNESCO and UNICEF 2021).

International Telecommunication Union & UNESCO, The State of Broadband 2024: Leveraging AI for Universal Connectivity (New York, 2024).

JaiSwal A, "Covid-19 Pandemic: Dıgıtal Technology Usage And Assocıated Socıo-Technologıcal Challenges", (2022) Habitus Toplum Bilimleri Dergisi, 3, ss.233-249.

Jaramillo SC, Covid-19 and Primary and Secondary Education: The Impact of the Crisis and Public Policy Implications for Latin America and the Caribbean, (UNICEF 2020).

Lee SE, "Education as a Human Right in the 21st Century" (2013) Democracy & Education, 21(1). Article 1 <http://democracyeducationjournal.org/home/vol21/iss1/9> erişim tarihi 10.03.2025.

Karadağ NB, "İnternetin Gücü: İfade Özgürlüğünün Yeni Yüzü", (2024) Ankara Barosu Dergisi, 82(3), ss.529 – 544.

Karakulakoğlu SE, Dijital Toplum: Kavram, Kuram ve Yöntem (Nobel 2020).

Karasu G ve Kaya Z, "Covid-19 Salgın Sürecinde İşitme Engelli Üniversite Öğrencileriyle Gerçekleştirilen Uzaktan Eğitim Çalışmalarının İncelenmesi", (2021) Ege Eğitim Dergisi, 22(2), ss.95-111.

Kaya SB, "İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz", (2022) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(51), ss.51-72.

Kenar N ve Selçuk HM, "Bölgesel Silahlı Çatışmaların Analizi: Genel Bir Bakış", (2023) Sakarya İktisat Dergisi, 14, ss.566-598.

Kılıç M, "Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları", (2021) Yükseköğretim Dergisi, 11 (1), ss.25- 37.

Kurt ZE, "Ucuz, Sansürsüz ve Hızlı İnternete Erişim Hakkı" (2015) Ankara Barosu Dergisi, 2, ss.287-293.

Lindkvist L, "Five Problems With Children's Participation Rights" in Rebecca Adami, Anna Kaldal, and Margareta Aspán (eds.) The Rights Of The Child (Brill 2023), ss.151-163.

Liu P Wang X Teng F Li Y and Wang F, "Distance Education Quality Evaluation Based On Multigranularity Probabilistic Linguistic Term Sets And Disappointment Theory", (2022) Information Sciences, 605, ss.159-181.

Manap NA and Rahman NHA, "Digital Era Education: Re-Evaluating Children's Rights To The İnternet", (2022) International Conference on Law and Digitalization, ss.164-177.

Mavi İ ve Yıldız S, "Küreselleşme Bağlamında Yeni Bir Toplumsal Hareket Olarak İnsan Hakları Hareketi", (2021) Akademik Hassasiyetler, 8(15), ss.1-20.

Mckinney SJ and Farrar J, "The Impact Of Armed Conflict On School Education", (2023) Educazione Interculturale – Teorie, 21(1), ss. 1-10.

Müderrisoğlu Ü ve Al H, "Sivil Toplum ve Hukuk", (2020) Sakarya İktisat Dergisi 100. Yıl Milli Eğemenlik Özel Sayısı, ss.66-90.

Muthanna A Almahfali M and Haider A, "The Interaction Of War Impacts On Education: Experiences Of School Teachers And Leaders", (2022) Education Sciences, 12(719), s.1-15.

OECD "OECD Legal Instruments", <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389>.

Oleksandr PV and Hyliaka OS, "Human Rights in the Digital Age: Challenges, Threats and Prospects" (2021) Journal Of The National Academy Of Legal Sciences Of Ukraine, 28(1), s.15-23.

Öner AAŞ, "Siber-Alanda Devlet Kudretine Bir Bakış: Dijital Egemenlik Kavramı" in Kerem BATIR, Elif Çağla Yıldız ve Cansu Atıcı (eds.) Uluslararası Dijital Çağda Hukuk Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi 2023), ss.155-157.

Porter B, "Chapter 15: Interdependence of Human Rights" in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (eds), Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights (Edward Elgar Publishing, 2020), ss.302-337.

Pushkarev YV and Pushkarev E, 'Human Rights As A Value Of Personal Development in The Knowledge Society', (2018) Novosibirsk State Pedagogical University Bulletin, 8(3), s.80-91.

Save The Children, Child Friendly Spaces In Emergencies: A Handbook For Save The Children Staff (Save the Children 2008).

Tekin MT, '21. Yüzyılda Bilgiye Erişim ve Bilgi Paylaşım Yolu Olarak Dijital Okuryazarlık ve Dijital Kitaplar: Kuramsal Bir Değerlendirme', (2016) Uluslararası Yükseköğretimde Yeni Eğilimler Kongresi: Değişime Ayak Uydurma, ss.11-13.

The European Wergeland Centre (EWC), 'Presentation of Ukrainian Online School for Use Abroad" <https://theewc.org/presentation-of-ukrainian-online-school-for-use-abroad/>.

Tosun N ve Eken DT, "Covid-19 Salgını ile Acil ve Zorunlu Uzaktan Eğitime Geçiş: Genel Bir Değerlendirme", (2020) Milli Eğitim Dergisi, 49(1), ss.113-128.

UNESCO, "What You Need to Know About Digital Learning and Transformation of Education", <https://www.unesco.org/en/digital-education/need-know>.

UNESCO, Guidelines for the Governance of Digital Platforms (United Nations, 2023).

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "It May Be Time to Reinforce Universal Access to the Internet as a Human Right, Not Just a Privilege, High Commissioner Tells Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/en/news/2023/ 03/ it-may-be-time-reinforce-universal-access-internet-human-right-not-just-privilege-high>.

United Nations, "General comment no. 13: The Right to Education (art. 13) Adopted At The Twenty-First Session Of The Committee On Economic, Social And Cultural Rights" (1999) <https://digitallibrary.un.org/record/407275?v=pdf> erişim tarihi 10.03.2025.

United Nations, "The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet" (27 June 2016) <https://docs.un.org/en/A/HRC/32/L.20> erişim tarihi 12.03.2025

United Nations, "Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development" <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/89/pdf/n1529189.pdf?token=exP5O3VFkmCQRzcTZw&fe=true>.

Utsumi Y, "Armed Conflict, Education Access, and Community Resilience: Evidence From The Afghanistan NRVA Survey 2005 and 2007", (2022) International Journal of Educational Development 88.

Ulbricht B and Rizk J, "How Harmful Information On Social Media Impacts People Affected by Armed Conflict: A Typology Of Harms" (2024) International Review of the Red Cross 106 (926), ss.823–862.

Willitts-King B Bryant J and Holloway K, The Humanitarian "Digital Divide", (Overseas Development Institute 2019).

Wise-Qatar Foundation, "#Learnsyria" <https://www.wise-qatar.org/project/learnsyria/>.

Yemelyanova O Bakhmat N Huda O Shvets T and Boichuk A, "The Educational Crisis İn Today's İnformation And Digital Society", (2023) Revista Eduweb, 17(2), ss.267-284.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı

Hikmet Balabanoğlu, B.No. 2012/1334, 17.09.2013.

Yüksel Baran, B.No. 2012/782, 26.06.2014.

Mehmet Al, B. No: 2021/6664, 6/10/2021.

Sadi Yıldırımoğlu, B. No. 2021/460720, 12.2023.

AHİM Kararları

Ahmet Yıldırım v. Türkiye 18.12.2012-B.N. 3111/10.

Cengiz ve diğerleri v. Türkiye 01.12. 2015-B.N. 48226/10. 14027/11.

Jankovskis v. Litvanya 17.01.2017- B.N. 21575/08.

Kalda v. Estonia 19.01.2016-B.N. 17429/10.

Lawless v. İrlanda 01.07.1961-B.N. 332/57.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683887

GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜNE SAHİP KİŞİLERİN SINIR DIŞI EDİLMESİ: GERİ GÖNDERİLMEME İLKESİ BAĞLAMINDA HUKUKİ VE YARGISAL DEĞERLENDİRME

Deportation of Persons under Temporary Protection Status: A Legal and Judicial Assessment in The Context of the Non-Refoulement Principle

Melike Elif KORKMAZ*

Özet

Bu çalışma, geçici koruma statüsüne sahip kişilerin sınır dışı edilmesine ilişkin hukuki düzenlemeleri ve geri göndermeme ilkesi çerçevesinde yargısal değerlendirmeleri ele almaktadır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, geçici koruma altındaki kişilerin sınır dışı edilmesine ilişkin açık ve özel düzenlemelerin bulunmaması hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Bu durum, idarenin sınır dışı kararlarını kıyas yoluyla almasına ve mahkemelerin farklı içtihatlar geliştirmesine yol açmaktadır. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan geri göndermeme ilkesi *(non-refoulement)*, bireylerin zulüm veya insan hakları ihlallerine maruz kalabileceği bir ülkeye sınır dışı edilmesini yasaklamaktadır. Türkiye, 1951 Cenevre Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme gibi uluslararası metinlere taraf olduğundan, sınır dışı işlemlerinde bu ilkeye uygun hareket etmekle yükümlüdür. Ancak, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve idare mahkemeleri tarafından verilen kararlar incelendiğinde, bazı içtihatların geri göndermeme ilkesinin mutlak olduğu yönünde yorumlar içerirken, bazı kararların kamu güvenliği ve düzeni gibi sebeplerle istisnalara izin verdiği görülmektedir. Özellikle Suriyelilerin sınır dışı edilmesi, hem hukuki hem de insani boyutlarıyla tartışmalı bir konu olarak öne çıkmaktadır. Türkiye'de bazı bölgelerin güvenli olduğu iddiasıyla Suriyelilerin geri gönderilmesi söz konusu olsa da, Suriye'deki mevcut siyasi istikrarsızlık, keyfi gözaltılar, işkence ve insan hakları ihlalleri, geri dönüş süreçlerinin risklerini artırmaktadır. Bu nedenle, bireylerin sınır dışı edilmesine yönelik değerlendirmelerin bireysel bazda yapılması ve toplu sınır dışı kararlarından kaçınılması gerekmektedir. Bu çalışma, geçici koruma statüsü altında bulunan bireylerin sınır dışı edilmelerine ilişkin hukuki belirsizlikleri gidermek ve uluslararası insan hakları hukuku ile uyumlu politikalar geliştirilmesine katkı sağlamak amacıyla öneriler sunmaktadır. Hukuki belirlilik, bireysel değerlendirme mekanizmalarının güçlendirilmesi ve içtihat farklılıklarının giderilmesi, bu konuda atılması gereken en önemli adımlardır.

Anahtar Kelimeler: Geçici koruma, sınır dışı etme, hukuki belirsizlik, geri göndermeme ilkesi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), Geçici Koruma Yönetmeliği

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.01.2025*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Hâkim, İstanbul 17. İdare Mahkemesi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Programı, Ankara-Türkiye, melike.konca@gmail.com, https://orcid.org/0009-0007-8895-8385.

Bu çalışma, yazarın halen sürmekte olan ve başlığı kesinleşmemiş olan "6458 Sayılı Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Sınır Dışı Etme İşlemi ve Bu İşlemin Yargısal Denetimi" başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

Abstract

This study examines the legal regulations concerning the deportation of persons under temporary protection status and judicial assessments within the framework of the principle of non-refoulement. The lack of explicit and specific regulations regarding the deportation of persons under temporary protection in the Law on Foreigners and International Protection (YUKK) and the Temporary Protection Regulation creates legal uncertainty. This situation leads to the administration making deportation decisions through analogy and courts developing different judicial precedents. The principle of *non-refoulement*, one of the fundamental principles of international law, prohibits the deportation of individuals to a country where they may face persecution or human rights violations. As a party to the 1951 Geneva Convention, the European Convention on Human Rights (ECHR), and the UN Convention Against Torture, Turkey is obliged to comply with this principle in its deportation procedures. However, an examination of decisions by the Constitutional Court (AYM) and administrative courts reveals that some judicial precedents interpret the non-refoulement principle as absolute, while others allow exceptions for reasons such as public security and order. In particular, the deportation of Syrians emerges as a controversial issue in both legal and humanitarian aspects. Although certain areas in Turkey are deemed safe for return, political instability, arbitrary detentions, torture, and human rights violations in Syria increase the risks associated with the return process. Therefore, assessments regarding deportation should be conducted on an individual basis, and collective deportation decisions should be avoided. This study provides recommendations aimed at addressing legal uncertainties regarding the deportation of individuals under temporary protection status and aligning policies with international human rights law. Legal certainty, strengthening individual assessment mechanisms, and eliminating differences in judicial precedents are crucial steps that need to be taken in this regard.

Keywords: Temporary protection, deportation, legal uncertainty, non-refoulement principle, Law on Foreigners and International Protection (LFIP) (Law No. 6458), Temporary Protection Regulation

GİRİŞ

Zorunlu göç hareketleri, modern uluslararası hukukun en önemli konularından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, geçici koruma statüsü, kitlesel göç hareketleri karşısında devletlerin hızlı ve esnek çözümler sunabilmesi için geliştirilmiş bir uygulama olup, özellikle uluslararası koruma prosedürlerinin yetersiz kaldığı durumlarda devreye giren bir mekanizma olarak öne çıkmaktadır. Türkiye, Suriye iç savaşı nedeniyle dünyada en fazla geçici koruma altındaki yabancı nüfusa ev sahipliği yapan ülkelerden biri olup, bu statü altında bulunan bireylerin hukuki durumu önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir.

Geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmesi, hem ulusal hukuk normları hem de uluslararası insan hakları hukuku açısından çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ile Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, bu statüdeki bireylerin sınır dışı edilmesine ilişkin açık ve özel düzenlemelerin bulunmaması, hukuki belirsizlik yaratmakta ve idarenin kıyas yoluyla sınır dışı kararları almasına neden olmaktadır. Bu durum, kişilerin temel hak ve özgürlükleri açısından önemli riskler barındırmakta olup, özellikle geri göndermeme ilkesi (non-refoulement) kapsamında hukuki güvencelerin yeterliliği tartışmalı hale gelmektedir.

Geri göndermeme ilkesi, uluslararası hukukun en temel prensiplerinden biri olup, zulüm, işkence veya insan hakları ihlalleri riski bulunan bir ülkeye bireylerin zorla geri gönderilmesini yasaklamaktadır. Türkiye, başta 1951 Cenevre Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme olmak üzere çeşitli uluslararası insan hakları mekanizmalarına taraf olarak bu ilkeye bağlı kalmakla yükümlüdür. Ancak, yargı kararları incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve idare mahkemelerinin, bazı durumlarda geri göndermeme ilkesini mutlak bir hak olarak değerlendirirken, bazı durumlarda kamu güvenliği gibi gerekçelerle sınır dışı işlemlerine onay verdiği görülmektedir. Bu farklı içtihatlar, hukuki belirsizlikleri daha da derinleştirmekte ve uygulamada yeknesaklığı sağlamayı zorlaştırmaktadır.

Bu çalışma, geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmesine ilişkin hukuki düzenlemeleri, geri göndermeme ilkesi çerçevesinde yargısal içtihatları ve mevcut uygulama sorunlarını ele almayı amaçlamaktadır. Hukuki belirliliğin sağlanması, bireysel değerlendirme mekanizmalarının güçlendirilmesi ve uygulama birliğinin sağlanması, bu alanda atılması gereken en önemli adımlardan bazılarıdır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, geçici koruma statüsü ile uluslararası koruma arasındaki farklar ortaya konulacak, sınır dışı edilme süreçleri ve bu süreçlere dair yargı kararları incelenecek ve hukuki belirsizliklerin giderilmesi adına öneriler sunulacaktır.

I. GEÇİCİ KORUMA: TANIMI, KAPSAMI VE HUKUKİ DAYANAKLARI

A. Geçici Koruma Kavramının Tanımı, Ortaya Çıkışı ve Hukuki Dayanağı

Geçici koruma kavramı, son yıllarda dünya genelinde tetiklenen göç hareketleri nedeniyle geçmişe oranla daha fazla gündeme gelmiş olmakla birlikte, temelde uzun bir geçmişe sahip, köklü bir kavramdır. Buna karşın söz konusu kavram hakkında yeknesak olarak kabul görmüş bir tanımlama bulunmamaktadır[1].

Benzer şekilde, 2012 yılında Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği tarafından yayımlanan belgede, geçici korumanın köklü bir kavram olmasına karşın, belirgin bir tanımının bulunmadığı vurgulanmaktadır[2]. Bunun nedeni, devletlerin kitlesel göç hareketlerine karşı, geçici koruma kavramını kendi amaçlarına hizmet edecek şekilde esnek bir şekilde yorumlayarak, bu tür bir yükten olabildiğince korunmak istemeleridir[3].

---

1 Alice Edwards, 'Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention' (2012) 13 *Melbourne Journal of International Law* 596.;Meltem İneli Ciğer, 'Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine' (2016) 2(3) *Göç Araştırmaları Dergisi* 64.

2 'UNHCR Roundtable on Temporary Protection' (2012) 25(1) *International Journal of Refugee Law* 178 (UNHCR Roundtable), aktaran Adnan Tarık Doğan, *Geçici Koruma Statüsü Altındaki Sığınmacıların Terör Bağlantısı Sebebiyle Sınır Dışı Edilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2023) 9.

3 Ahmet Apan, 'Kitlesel Akın Yönetiminde Siyasal Gerçekçilik Aracı Olarak Geçici Koruma: AB ve Türkiye Örnekleri' (2022) 55(1) *Amme İdaresi Dergisi* 3.

Geçici koruma kavramı, uluslararası hukukun kitlesel göçlere karşı yetersiz kaldığı durumlar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Kitlesel göç olayları, mülteci statüsünün tanımlanması ve bu statüye ilişkin uygulamaların gerektirdiği süreçler bakımından çeşitli sorunları gündeme getirmiştir. Zira büyük ölçekli göç hareketlerinde, çok sayıda kişinin aynı anda ülkeye giriş yapması, her bir başvuruya ayrı ayrı değerlendirme yapmayı ve mülteciliğe dair prosedürleri işletmeyi fiilen imkânsız hale getirmektedir[4]. Bu durum, mevcut uluslararası koruma sisteminin hem zaman hem de kaynak açısından yetersiz kalmasına yol açmakta, bu da geçici koruma gibi alternatif düzenlemelerin devreye girmesine neden olmaktadır. Geçici koruma, başvuruların bir bütün olarak ele alınabilmesini, bireysel değerlendirmelere geçilmeden önce acil ihtiyaçların karşılanmasını sağlayarak bu sorunun üstesinden gelmeyi amaçlamaktadır.

Bu bağlamda, geçici koruma, kitlesel göç hareketlerine yanıt olarak geliştirilmiş ve uluslararası hukukun eksikliklerini gidermek amacıyla ortaya çıkan bir statü düzenlemesidir. Nitekim, öğretide geçici korumanın doğası gereği bir uluslararası koruma türü olmadığı, kitlesel halde sınırlarımıza gelen kişilere acil koruma sağlamak ve bu kişileri mümkün olan en kısa sürede güvenli bir ortama ulaştırmak amacıyla geliştirilmiş ve bu kişilerin ancak uluslararası korumayla sağlanabilecek olan ihtiyaçlarını, bireysel olarak değil, grup olarak ele alan bir koruma türü olduğu kabul edilmektedir[5]. Uluslararası öğretide, geçici korumanın mülteci statüsünün yerine geçen bir düzenleme olmadığı, aksine mülteci statüsünün bazı eksikliklerini tamamlayan bir mekanizma olarak görüldüğü kabul edilmektedir[6].

İç hukukumuzda 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği ile diğer düzenlemeler çerçevesinde uygulanan geçici koruma, ilk kez 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)[7] ile kanuni bir çerçeve kazanmıştır[8]. Ayrıca, geçici koruma sahibi kişilerin kanunda belirtilen uluslararası koruma statülerinden

---

4 Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (7. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021) 283.

5 Aysel Çelikel ve Günseli Gelgel (Öztekin), *Yabancılar Hukuku* (27. baskı, Beta Yayınları, 2022) 27.;Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (Beta Yayınları, 2007) 164.;Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2019) 305–306.;Sema Çörtoğlu Koca ve Candan Kavşat, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi' (2015) 1(1) *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 331.; Neşe Baran Çelik, 'Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri' (2015) 6(3) *İNÜHFD* 78.

6 United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements* (2014) 1, 3 http://www.unhcr.org/5304b71c9.pdf erişim tarihi 28 Ekim 2017, aktaran Ayşe Yasemin Aydoğmuş, 'Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi' (2017) 37(2) *Public and Private International Law Bulletin* 143.

7 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 4 Nisan 2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

8 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nde "geçici koruma"dan söz edilmemekle beraber, Yönetmeliğin 8-26 maddelerinde sınırlarımıza "topluca" gelen yabancılara sağlanacak koruma düzenlenmiştir.

herhangi birini doğrudan elde etmediği kabul edilmektedir[9]. Zira, geçici koruma uluslararası koruma türlerinin aksine, kitlesel göç akınlarında belirli bir süre ile sınırlı acil koruma sağlarken, uluslararası koruma türleri ise, bireysel şekilde belirli bir süre ile sınırlı olmayan acil koruma sağlar[10].

Geçici korumadan faydalanabilecek olan yabancıların Türkiye'ye geçici kabulü, bu kişilerin hak ve yükümlülükleri ile korumanın sona ermesine dair detaylı düzenlemeler ise, 2014 yılında Geçici Koruma Yönetmeliği ile yapılmıştır[11]. Geçici koruma ve kitlesel akın kavramları, Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Mezkûr Yönetmeliğin (j) bendinde kitlesel akın tanımlanırken, aynı ülke veya coğrafi bölgeden kısa bir zaman diliminde yüksek sayılarda gerçekleşen göç hareketlerini ifade edeceği ve bu durumun, bireysel uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin uygulanmasını pratikte imkânsız hale getireceği üzerinde durulmuştur. Geçici koruma ise, ülkesinden ayrılmak zorunda bırakılan, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen ve acil geçici koruma arayışında olan; kitlesel olarak ya da bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızdan geçen, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilemeyen yabancılara sağlanan bir koruma türü olarak Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinin (f) bendinde tanımlanmıştır.

YUKK'un 91'inci maddesinde yer alan geçici koruma tanımı, Yönetmelikteki tanımla büyük ölçüde paralel olmakla birlikte, Yönetmelikteki tanıma *'uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilemeyen yabancılar'* ifadesi eklenmiştir. YUKK'un 91'inci maddesi uyarınca yabancı kimselerin geçici korumadan faydalanabilmek için dört şartı sağlaması gerekir. Buna göre; öncelikle ülkesinden ayrılmaya zorlanmış olması ve ayrıldığı ülkeye geri dönememesi gerekmektedir. Yine, kişinin Türkiye'ye ya benzer durumdaki kişilerle birlikte toplu olarak ya da kitlesel bir olay nedeniyle bireysel olarak gelmesi gerekmektedir. Burada yasama organı, insanların sınırlarımıza geliş şekline değil, gerekçesine odaklanmış ve kitlesel olaylar nedeniyle sınırlarımıza gelen kitleleri ve bireyleri aynı statüye tabi tutmayı uygun görmüştür[12].

B. Geçici Koruma ve Uluslararası Koruma Statüleri Arasındaki Temel Farklar

Uluslararası koruma, zulüm, savaş veya insan hakları ihlalleri gibi sebeplerle kendi ülkelerinden kaçmak zorunda kalan bireylere yönelik olarak devletler ve uluslararası kuruluşlar tarafından sağlanan hukuki bir statüdür. Bu koruma genellikle mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma olmak üzere üç temel kategoriye

---

9 Hacı Can ve Ekin Tuna, *Yabancılar Hukuku* (1. baskı, Adalet Yayınları, 2022) 193.

10 Muhammed Zakir Camuzcu, *Türkiye'de Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi Kararlarına Karşı Başvuru Yolları* (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2023) 38.

11 Geçici Koruma Yönetmeliği, *Resmi Gazete*, 22 Ekim 2014, Sayı: 29153, md. 61.

12 Ekşi (n 5) 167.

ayrılır: Geçici koruma ise daha önce detaylı olarak ifade ettiğimiz üzere, bireysel sığınma başvurularının değerlendirilmesinin fiilen mümkün olmadığı kitlesel göç durumlarında uygulanan bir acil koruma mekanizmasıdır. Devletler, geçici koruma altındaki kişilere belirli haklar tanır ancak bu statü, bireysel uluslararası koruma başvurusu yerine geçmez.

Geçici koruma statüsünün belirli bir süreyle sınırlı olduğu dikkate alındığında, bu sürenin sonunda bireylerin geçici statülerinin sonlandırılması ve uygun bireysel uluslararası koruma statülerine erişimlerinin sağlanması beklenmektedir. Nitekim, geçici koruma kapsamında sunulan hizmetler, geri göndermeme ilkesi dışında, çoğunlukla temel insani yardımla sınırlı olup, ek koruma mekanizmalarıyla sağlanan hak ve güvencelerden daha dar bir çerçevede kalabilmektedir. Bu doğrultuda, geçici koruma statüsü, yalnızca temel insani ihtiyaçların karşılanmasına yönelik[13] geçici bir hukuki düzenleme niteliği taşımaktadır. Geçici korumanın süresi bu şekilde sınırlandırılarak fiilen *(de facto)* mülteci statüsünde olan kişilerin haklarının geçici koruma statüsü adı altında tamamen veya kısmen yok edilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Hukukumuzda mülteci statüsü, kişilere devlette yasal ikamet hakkı tanıyan bir statüyken, geçici koruma statüsü, süreli ve kriz dönemlerine yönelik geri dönüş hedefli ara bir statüdür. Bu sebeple geçici korumanın kişiler açısından daha dezavantajlı olduğu söylenilebilir[14].

Bu bağlamda, YUKK ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nin açık hükümleri, geçici korumanın uluslararası koruma türlerinden biri olmadığını net bir şekilde ortaya koymaktadır. Geçici korumanın hukuki niteliği ve kapsamı, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statülerinden farklı olarak düzenlenmiş olup, bu statüye sahip kişilerin uluslararası koruma statüsü sahipleri ile aynı hukuki çerçevede değerlendirilmesi mümkün değildir. Özellikle, sınır dışı etme gibi bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren bir konuda, geçici koruma statüsü sahiplerine yönelik kıyas yoluyla bir hüküm oluşturulması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından sakıncalı olacaktır.

Uluslararası hukuk bağlamında geri göndermeme ilkesi *(non-refoulement)*, her ne kadar temel bir insan hakkı olarak korunuyor olsa da, geçici koruma altındaki bireylerin hukuki statüsü ile doğrudan uluslararası koruma altında bulunan bireylerin statüsü arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Geçici koruma mekanizmasının niteliği gereği, bu kişilerin mülteci veya ikincil koruma statüsü sahipleriyle aynı yasal güvencelerden faydalandığını varsaymak doğru olmayacaktır. Hukuk sisteminde kıyas yöntemi, belirsizliğin giderilmesi amacıyla başvurulan bir araç

---

[13] Sussan M Akram ve Terry Rempel, 'Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees' (2004) 22 *Boston University International Law Journal* 12.; Alice Edwards, 'Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention' (2012) 13 *Melbourne Journal of International Law* 8, aktaran Meltem Ece Oba, *Türk Hukukunda Geçici Koruma Rejimi* (Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018) 28.

[14] Oba (n12) 32.

olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilgili konularda, kanun koyucunun açık bir düzenleme yapmaksızın kıyas yoluyla hüküm üretilmesi Anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak, geçici koruma statüsüne sahip kişilerin hukuki belirsizlik yaratacak şekilde kıyas yoluyla uluslararası koruma statüsü sahipleriyle aynı kapsamda değerlendirilmesi hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, geçici koruma altındaki bireylerin sınır dışı edilme süreçleri de dâhil olmak üzere, statülerine ilişkin düzenlemelerin açık ve net bir biçimde yasalarla belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, kıyas yoluyla yapılacak hukuki yorumlar uygulama birliğini zedeleyebilir ve bireylerin hukuki güvencelerinin belirsizleşmesine yol açabilir.

C. Geçici Koruma Statüsünün Sürekliliği ve Hukuki Sınırlamaları

Geçici koruma kapsamında değerlendirilen yabancılara örnek olarak, Suriye'de yaşanan iç karışıklıklar, silahlı çatışmalar ve savaş ortamı nedeniyle 2011 yılından itibaren kitlesel olarak Türkiye'ye gelen Suriyeliler gösterilebilir. Ancak, geçen yıllar içinde bu kişilerin bir kısmının bayram ziyareti ya da farklı nedenlerle ülkelerine gidip geri dönebildiği gözlemlenmiştir[15]. Bu durum, geçici koruma statüsünün temel unsurlarından biri olan 'menşe ülkeye geri dönememe' koşulunu tartışmalı hâle getirmektedir. Dolayısıyla, savaş veya zulüm nedeniyle geri dönmeleri mümkün olmayan bireylere tanınan geçici koruma statüsünün, ülkesine serbestçe gidebilen ve geri dönebilen kişiler açısından uygulanmaya devam etmesinin, hem bu statünün amacına hem de yürürlükteki hukuki düzenlemelere aykırı olabileceği değerlendirilmektedir[16].

II. GERİ GÖNDERME YASAĞI(NON-REFOULEMENT)

A. Geri Göndermeme İlkesi *(non-refoulement)* Tanımı ve Uluslararası Hukuki Zemini

Geri göndermeme ilkesi uluslararası hukukun temel insan hakları prensiplerinden biri olup, herhangi bir bireyin hayatı, özgürlüğü veya güvenliği açısından ciddi riskler taşıyan bir ülkeye zorla geri gönderilmesini veya sınır dışı edilmesini yasaklayan bir ilkedir[17]. Bu ilke, özellikle işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalma tehlikesi bulunan bireyler için mutlak bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi başta olmak üzere, uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve mahkeme içtihatları kapsamında ele alınan bu ilke,

---

15 https://multeciler.org.tr/suriyeliler-bayramda-ulkelerine-gidebiliyorsa-neden-geri-donuyorlar/ https://www.aa.com.tr/tr/pg/foto-galeri/-suriyeliler-bayram-icin-ulkelerine-gidiyor/0 Erişim tarihi: 01/04/2025

16 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (5. baskı, Savaş Yayınevi, 2020) 6–8.

17 Berna Gündüz, 'Non-Refoulement Principle in the 1951 Refugee Convention and Human Rights Law' (2014) 10 *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi (ASSAM-UHAD) ASSAM International Refereed Journal* 14 https://dergipark.org.tr erişim tarihi 21 Ocak 2024.

devletlerin sığınmacıları veya mültecileri zulme uğrama ihtimali olan ülkelere iade etmesini hukuken engellemektedir.

1951 Cenevre Sözleşmesinde mülteci statüsü, 1951 öncesi Avrupa'da meydana gelmiş olaylar nedeniyle ülkesini terk etmiş kimseler şeklinde "yer" ve "zaman" kısıtlamasına tabi tutulmuşsa da, bu kısıtlama Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Protokol (1967 Protokolü ya da New York Protokolü) ile kaldırılmıştır[18].

Geri göndermeme ilkesi, uluslararası hukukun temel koruma mekanizmalarından biri hâline gelmiş ve 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ardından birçok uluslararası sözleşmede doğrudan veya dolaylı olarak yer almıştır. AİHS kapsamında geri göndermeme ilkesine açık bir şekilde atıfta bulunulmamış olsa da, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele yasağı ile sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır. Bu nedenle, sınır dışı etme işlemlerinin geri göndermeme ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde AİHS'nin 3. maddesi temel bir hukuki referans olarak kullanılmaktadır. Doktrinde, bu maddenin geri göndermeme ilkesinin tamamlayıcı bir unsuru olduğu yönünde görüşler[19] bulunmakta olup, AİHM de içtihatlarında bu ilkeyi mutlak bir koruma güvencesi olarak ele almaktadır.

Başta, salt mültecilerin korunmasına yönelik olarak geliştirilen geri göndermeme ilkesi, 1980-1990 yılları arası dönemde yaşanan Yugoslavya iç savaşıyla yaygınlaşan ve 1991 yılında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasıyla tetiklenen kitlesel göç hareketleri üzerine ortaya çıkan geçici koruma statüsü[20] altında bulunan sığınmacıları, keza sınırda veya ülke içinde bulunan ve iltica başvurusu yapan yabancıları[21] kapsayan bir ilkeye evrilmiştir. İlke, günümüzde uluslararası insan hakları hukukunda dinamik bir yapıya sahip olup, sürekli gelişen ve yenilenen bir norm olarak varlığını sürdürmektedir[22]. İlkenin ilerleyen

---

18 Diğer yandan belirtilmelidir ki, 29 Ağustos 1961 tarihinde Cenevre Sözleşmesi'ni onaylayan Türkiye bu konudaki deklarasyonunu açıklarken sözleşmenin kapsamını "Avrupa'da meydana gelen olay nedeniyle" şeklinde anladığını ifade ederek, sözleşmeyi "coğrafi sınırlama" ile kabul ettiğini bildirmiştir. Türkiye, sözleşmenin kapsamını genişleten 1967 Protokolü'ne 1968 yılında katılmakla birlikte, deklarasyonda belirttiği coğrafi sınırlamayı günümüze kadar muhafaza etmiştir. Gündüz (n14) 18-19.

19 Haluk Kabaalioğlu ve Nuray Ekşi, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2004) 1–2 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevin Toluner'e Armağan* 503, 512.; Sedat Sirmen, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar' (2009) 67(3) *Ankara Barosu Dergisi* 31, 36.

20 Doğan (n1) 6-8.

21 Guy S Goodwin-Gill ve Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press, 2007) 208, aktaran Makbule Koçak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011) 37.

22 Vahit Mert Körpe 'Avrupa İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Tıbbi Geri Göndermeme İlkesi' (2024) 14(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 456-485, 422.

süreçte tüm yabancıları kapsayan uluslararası teamül[23] [24] haline geldiği, hatta bir hukuk ilkesi prensibi yani *jus cogens* ilke olarak hukuk aleminde varlığını sürdürerek devletler düzeyinde bağlayıcı olduğu dahi ileri sürülmüştür[25].

Geri göndermeme ilkesiyle önlenmek istenen sonuç bizatihi sınır dışı etme veya geri gönderme işlemi olmayıp, bu işlemin tesis edilmesi halinde gerçekleşmesi olumsuz sonuçlardır[26]. Nitekim, AİHM'nin bu konudaki yaklaşımına göre, sınır dışı edilecek bir yabancının gönderileceği ülkede, AİHS'nin 3'üncü maddesinin ihlaline yol açabilecek bir muameleye maruz kalma riski, basit bir olasılıktan ziyade somut bir tehlike teşkil ediyorsa, bu durumda sınır dışı işleminin uygulanması, söz konusu maddenin ihlaline neden olacaktır[27]. Bu sebeple söz konusu değerlendirme, bu eylemlerin gerçekleşmesinden bağımsız, kişinin böyle bir muameleye maruz kalma tehdidi ile ilişkilidir[28].

Bu bağlamda, AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği bir kararında, İran vatandaşı Hoda Jabari tarafından, İran'da zina suçunu işlediği ve bu suçun taşlanarak ölüm cezası ile cezalandırıldığı iddia edilmiştir. Mahkeme, İran'da zina suçuna yönelik recm cezasının yasal mevzuatta hâlâ yer aldığını ve yetkililer tarafından uygulanabileceğini dikkate alarak, Jabari'nin insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye maruz kalma riski taşıdığı sonucuna varmıştır. Bu değerlendirme doğrultusunda, Mahkeme, ilgili ülkeye iadenin AİHS'nin 3'üncü maddesi kapsamında işkence ve kötü muamele yasağının ihlali anlamına geleceğini tespit etmiştir[29].

---

23 Uluslararası teamül, hukuk tarafından kabul edilmiş genel bir uygulamanın göstergesi olarak uluslararası hukukun kaynaklarından birini teşkil eder. Uluslararası hukukta teamül hukuku kuralları hukuki bağlayıcılığı haiz kurallardır. bknz.Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık, 2015) 63.

24 Çiçekli (n 5) 61;Ekşi (n 5) 139,140.

25 Jane Allain, 'The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement' (2001) 13(4) *International Journal of Refugee Law* 538, aktaran Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017) 13.;Guy S Goodwin-Gill ve Jane McAdam, *The Refugee in International Law* 345.;Alice Farmer, 'Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures That Threaten Refugee Protection' (23/1) *Georgetown Immigration Law Journal* 23.,Öztürk (n 19) 119–120.

26 Turgut Tarhanlı, *Mülteciler, İnsan Hakları ve Yargı*, Türkiye'de Mülteci ve Sığınmacılar ile İlgili Meselelerde Yargının Rolü ve Mültecilerin İnsan Hakları Paneli Konuşma Metinleri (9 Aralık 1998, Ankara) 19.

27 Çiçekli (n 5) 233; bu yönde *AİHM* kararları için bkz. Cruz Varas ve Diğerleri /İsveç, B. No:15576/89, K.T.20/3/1991, Chahal /Birleşik Krallık , B.No:22414/93, K.T.15/11/1996, Jabari/Türkiye, B.No :40035/98, K.T.11/7/2000, Mamatkulov ve Askarov/ Türkiye , B No: 46827/99, K.T. 4/2/2005.

28 Manfred Nowak, 'Obligations of States to Prevent and Prohibit Torture in an Extraterritorial Perspective' Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations, Mark Gibney, Sigrun Skogly (Eds.) (University of Pennsylvania Press 2010) 19. Aktaran Ceren Karagözoğlu 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' (2023) 43(1) Public and Private International Law Bulletin 313-351.

29 *AİHM,* Jabari /Turkiye, B.No:40035/98, K.T.:11/07/2000, karar hakkında detaylı bilgi için bkz.: Levent Korkut, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınır Dışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği' (2008) 66(4) *Ankara Barosu Dergisi* 26.;

Geri gönderme yasağının uygulanması açısından belirleyici bir rol oynayan ve bir kimsenin geri gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalabileceğine dair gerçek bir riskin bulunduğu ülkeye geri gönderilmemesi gerektiğine ilişkin verilen AİHM'nin ilk ihlal kararı *Soering v. Birleşik Krallık*[30] kararıdır. AİHM, bahse konu kararında hangi hallerde geri göndermenin kabul edilebilir olduğunu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ruhu açısından değerlendirerek ortaya koymuştur[31]. AİHS'nin 15'inci maddesi ile birlikte ele alındığında, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen işkence yasağının, savaş ya da olağanüstü hâller gibi istisnai durumlar da dâhil olmak üzere hiçbir şekilde esnetilemeyecek mutlak bir hak olduğu görülmektedir. Bu düzenleme, Avrupa Konseyi'ne üye demokratik toplumların temel değerlerinden biri olarak kabul edilmekte ve hiçbir koşulda ihlal edilemeyecek bir koruma mekanizması sunmaktadır.

Bu bağlamda, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında geri gönderme yasağının istisnası düzenlenmişse de[32], AİHS'nin 3'üncü maddesinin sağladığı güvencenin bir istisnası bulunmamaktadır. Buna ilave olarak, AİHS'nin 3'üncü maddesi, Cenevre Sözleşmesi'nin aksine mülteci veya sığınmacı ayrımı yapılmaksızın tüm yabancılar bakımından bir güvence sağlamakta ve AİHS kapsamında taraf devletleri bağlayıcı kararlar vermeye yetkili kılınan[33] etkin bir yargısal mekanizma öngörülmektedir. Bu sebeplerle, geri göndermeme ilkesinin güvence altına alınması konusunda, AİHS'nin Cenevre Sözleşmesi'ne kıyasen daha işlevsel bir koruma sağladığı dile getirilmektedir[34] [35]. Gerçekten AİHM, *Saadi v. İtalya* kara-

Aslı Bayata Canyaş, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararı Çerçevesinde İrdelenmesi' (2015) 5(1) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 82 https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/jabari--tuerkiye.pdf erişim tarihi 22 Ocak 2024.

30 *AİHM,* Soering/ The Unıted Kıngdom, B.No: *14038/88*, K.T. 07/06/1989

31 İbrahim Numan Erdoğan, *Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Yargı Yolu* (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2023) 23–24.; İlknur Güngördü, *Cenevre Sözleşmesi (Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme) ve AİHS Kapsamında Geri Göndermeme İlkesi* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, t.y.) 113.;Balay Sütlüoğlu, *Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi* (1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021) 66.

32 Söz konusu madde metni şöyledir: *"Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, iş bu hükümden yararlanmayı talep edemez."*

33 1/1/1998 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'e Ek 11 Nolu Protokol ile AİHS'in ilk halinde yer verilen hem idari hem de yargısal yetkiye sahip Komisyon ve Divan'dan oluşan ikili denetim sistemi ortadan kaldırılmıştır. Bunun yerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla bu iki organın görevlerini tek başına yerine getirecek tamamen yargısal ve daimi nitelikte bir denetim organı kurulmuştur. Ayrıca anılan Protokol ile Sözleşme'nin tarafı olan devletlere Divan'ın yargı yetkisini tanınması konusunda tanınan seçim hakkı da kaldırılarak AİHM'in yargı yetkisinin zorunlu olarak tanınması prensibi benimsenmiştir. Bu konuda bkz. Hacı Ali Açıkgül, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler' (2021) 12(48) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 131–133.

34 Canyaş (n 24) 24.

35 Gerçekten, *AİHM,* Saadi/ İtalya kararında, Tunus vatandaşı olan ve İtalya'da oturum izni alan başvurucu uluslararası terörizm şüphesiyle yakalanıp tutuklanmıştır.

rında, devletlerin vatandaşlarını terörist şiddetten koruma karşısında karşılaştıkları zorlukları yadsımadığını belirtmekle birlikte, bir kişinin kötü muameleye maruz kalma riski ile bu kişinin sınır dışı edilmemesi durumunda toplum için oluşturacağı tehlikeyi dengelemenin mümkün olmadığını vurgulamaktadır. Buradan hareketle, AİHM, uluslararası terörizm suçlamasıyla yargılanan başvurucunun, Uluslararası Af Örgütünün raporlarıyla ortaya konulduğu üzere terörizmle suçlanan insanların sistematik olarak işkence ve kötü muamele gördüğü bir ülke olan Tunus'a gönderilmesi halinde 3'üncü maddeye aykırı bir uygulamaya maruz kalacağı yönünde gerçek bir risk olduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak, başvurucunun Tunus'a gönderilmesi kararının uygulanmasının ihlal oluşturacağı değerlendirilmiştir[36].

B. İlkenin Ulusal Hukuki Zemini

AİHM kararlarında esas alınan geri göndermeme ilkesinin iç hukukumuza yansımasını ise genel bir ilke[37] olarak düzenlenen YUKK'un 4'üncü maddesinde[38] görmekteyiz. Yasa koyucu tarafından uluslararası teamül kuralı haline gelen ilke ile paralel nitelikte bir düzenlemeye yer verilerek ilke iç hukukta yasal bir zemine[39] kavuşmuştur. Yine, ilkenin "sınır dışı etme kararı alınmayacaklar" başlığını taşıyan 55'inci maddesi[40] ile "İkincil koruma" başlığını taşıyan 63'üncü maddesinin[41] (a), (b) ve (c) bendinin düzenlenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, geri gönderme yasağı ilkesine yönelik olarak YUKK'ta yer verilen üç maddede de yer alan ifadeler arasında bazı terimsel farklılıklar mevcuttur.

Öncelikle temel düzenleme olarak ifade edebileceğimiz YUKK 4'üncü maddesinde *"...hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye tâbi tutulacağı yere gönderilemeyeceği..."* ifadesi yer almaktadır. Maddenin düzenlenme şekline

---

36 *AİHM,* Saadi v. İtalya, B No:37201/06, K.T. 28/2/2008.

37 Nuray Ekşi, 'Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Danıştay Kararları' (2007) 6(1) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 99, 116–118.

38 YUKK "Geri gönderme yasağı" başlıklı 4. maddesi uyarınca, "*Kanun kapsamındaki hiç kimsenin, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulacağı veya ırkı, dini, tâbiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyeceği*" belirtilmektedir.

39 Camuzcu, (n 9) 76-77.

40 "Sınır dışı etme kararı alınmayacaklar" madde 55 –:(1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz: a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar…

41 "İkincil koruma" başlıklı madde 63: (1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.

göre uluslararası literatürde benimsenen "gerçek risk" varlığını gösteren bir olasılığı yeterli gören yaklaşımdan farklı olarak, *"tâbi tutulmak"* ifadesiyle daha ileri bir düzeyde bir tespit arandığı ve daha katı bir tutum sergilendiği görülmektedir.

Yine, YUKK'un 63'üncü maddesinin (a) bendinde; ölüm cezasına "*mahkum olacak"* veya *"infaz edilecek"*, (b) bendinde ise işkencenin yanı sıra *'insanlık dışı"* ya da *" onur kırıcı"* muameleye "*maruz kalacak"*, (c) bendinde ise; şahsına yönelik *"ciddi bir tehditle "* karşılaşılacak olması ifadesine yer verilirken, 55'inci maddede nitelikte *"insanlık dışı"* ya da *"onur kırıcı"* ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda *"ciddi emare bulunanların"* ifadeleri kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda mevzuat irdelendiğinde 4'üncü madde ile 63'inci maddede neredeyse kesin surette[42] bir riskin varlığına dair emarelerin yanı sıra işkence, eziyetten öte, insanlık dışı ya da onur kırıcı hal ve durumların varlığına işaret ettiği ifade edilebilir. Bununla birlikte 55'inci 1'inci fıkrasının (a) bendinde diğer iki madde metninde kullanıldığı gibi kesin ibareler kullanılmamıştır.

Esasen, AİHM'nin göç ve iltica konularına ilişkin Türkiye aleyhine verdiği çok sayıda karar sonucunda, ülkemizin yüksek tazminat yükümlülükleriyle karşı karşıya kaldığı, bu sebeple bu tür yaptırımlardan kaçınmak ve uluslararası alanda saygınlığını korumak amacıyla yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğundan[43] bahisle yasal düzenleme yapıldığı gözetildiğinde, geri gönderme yasağının risk düzeyine ilişkin değerlendirmelerde AİHM içtihatları ile uyumlu bir yaklaşımın benimsenmesi, özellikle her üç madde kapsamında "ciddi emarelerin varlığını" yeterli kabul eden bir anlayışın tercih edilmesi, daha tutarlı ve anlamlı bir yaklaşımı temsil edecektir[44].

Bununla birlikte, yürürlükteki Kanun, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nden farklı olarak, temel hükmün istisnai durumlarını açıkça düzenlememektedir. Nitekim, Cenevre Sözleşmesi'nin 33'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında[45] yer alan ve Kanun taslağında da öngörülen 'ülke güvenliği' gibi istisnalar, nihai düzenlemede yer almamıştır.

C. Geri Gönderme Yasağı ve İspat Külfeti

Uluslararası hukukun temel ilkeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları, bu tür durumlarda ispat yükünün yalnızca bireye yüklenmesini orantısız ve adil olmayan bir yaklaşım olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte,

---

42 Bayata Canyaş (n 24) 76-77.

43 bkz. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları : https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf s.83. (Erişim tarihi: 27.01.2024).

44 Bayata (n 24) 83; Elçin Aktan, *Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM İçtihadı Doğrultusunda Geri Gönderme Yasağı* (Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 85–87.

45 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi 33'üncü madde 2'inci fıkrası: *"Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez."*

söz konusu değerlendirmenin bireysel bir nitelik taşıması, ispat yükünün başvurucuya ait olmasını gerekli kılmaktadır[46]. Yine de başvuru koşulları çerçevesinde delil sunmanın zorluğu göz önünde bulundurularak, belge sunulmasına ilişkin katı bir zorunluluk getirilmemektedir[47]. Bunun yerine, bireyin sunduğu bilgiler ve mevcut durum güçlü emareler barındırıyorsa, yetkili makamların iddiaları daha detaylı inceleme ve olası riskleri değerlendirme sorumluluğunu üstlenmesi gerekmektedir.

Ancak, YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesi, kişinin gönderildiği ülkede kötü muameleye maruz kalma riski taşıyıp taşımadığının valilik tarafından re'sen araştırılarak tespit edilmesini öngörmektedir. YUKK'un 55'inci maddesi kapsamında kötü muameleye maruz kalma riski açısından ispat yükünün idareye yükletilmesinin, hem yargı kararları hem de Kanun'un genel çerçevesiyle çeliştiği ifade edilmelidir[48].

Nitekim, AYM'nin 2017 yılında verdiği F.R. başvurusuna[49] ilişkin kararda da bu durum açıkça görülmektedir. Bu kararda, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağının ihlal edilme ihtimaline yönelik iddiaların incelenmesi açısından AİHM içtihatları analiz edilmiş, kapsamlı yorumlamalar yapılmış ve ihlal olup olmadığının değerlendirilmesine yönelik sistematik bir yaklaşım geliştirilmiştir. AYM, anılan kararda AİHM'nin, Sözleşme'nin 2'nci maddesi (yaşam hakkı) ile 3'üncü maddesi (işkence ve kötü muamele yasağı) kapsamındaki ihlallerin genellikle birbiriyle bağlantılı olduğu durumlarda, kötü muamelenin kesin olarak yasaklanması prensibini esas aldığını vurgulamaktadır. Ancak, yaşam hakkını doğrudan ilgilendiren ve örneğin geri gönderilen ülkede idam cezası uygulanma riski gibi durumlar söz konusu olduğunda, bu bağlantının ötesinde bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca, kötü muamele riski taşıyan bir ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünün kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından risk oluşturan kişiler için de geçerli olduğunu ve bu yükümlülüğe uluslararası terörizm gibi durumlarda dahi istisna getirilemeyeceğini açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu çerçevede, geri gönderilecek ülkede kötü muamele riski bulunduğuna dair ciddi nedenlerin varlığı halinde, bu iddiaların detaylı ve etkili bir şekilde incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlaline karar verilebilmesi için kötü muamele iddialarının yalnızca bir olasılık olmaktan çıkıp, gerçek bir risk seviyesine ulaşması gerekmektedir. Mahkeme, bu riskin ciddiyetinin değerlendirilebilmesi için geri gönderilecek ülkenin mevcut koşullarının taraf devlet tarafından re'sen araştırılması gerektiğini, bu araştırmada bağımsız insan hakları örgütleri ve hükümetler tarafından hazırlanan güvenilir ülke raporlarından yararlanılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca, başvuruculara özel ve ki-

---

46 Nuray Ekşi, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması (Beta 2017) 2. 46-7; Ayrıca AİHM, 59166/12, 23.08.2016, J.K. ve Diğerleri / İsveç, para. 92.

47 Karagözoğlu (n 28) Ayrıca AİHM, 59166/12, 23 Ağustos 2016, J.K. ve Diğerleri / İsveç, para 92.

48 Aktan (n 39) 92.

49 AYM, F.R. Başvurusu, B.N. 2016/4405, K.T. 15/2/2017.

şisel durumlarına ilişkin iddialarını detaylı bir şekilde açıklama ve mümkünse bu iddiaları destekleyecek belgeleri sunma yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda, başvurucuların kişisel durumlarına ilişkin iddialarını kanıtlamakla yükümlü oldukları, ancak bu yükümlülüğün makul bir çerçevede değerlendirilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.

Sonuç olarak, AYM, AİHM'nin bu kriterlerini analiz ederek yargılama sırasında esas alınması gereken unsurları sistematik bir şekilde belirlemiştir. Bu karar, hem uluslararası hukukta belirlenen standartların Türkiye'nin yargı uygulamalarına entegrasyonu hem de bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından önemli bir yol haritası sunmaktadır[50].

III. GEÇİCİ KORUMA ALTINDAKİ YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ VE GERİ GÖNDERİLMEME İLKESİ KAPSAMINDA HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. Geçici Koruma Statüsü Tabi Yabancıların Sınır Dışı İşlemlerine İlişkin Hukuki Boşluk

Sınır dışı işlemi ile geçici koruma arasındaki ilişki, hukuki rejimleri ve uygulama koşulları açısından önemli bir denge gerektirmektedir. Geçici koruma statüsü, kitlesel göç hareketleri nedeniyle ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan bireylere toplu olarak sağlanan ve geri göndermeme ilkesine dayanan bir hukuki statüdür.

YUKK ile Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmelerine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynı şekilde, geçici koruma statüsünün sona ermesi durumunda uygulanacak sınır dışı işlemlerine dair herhangi bir yasal çerçeve de bulunmamaktadır. Geçici korumanın esaslarını düzenleyen YUKK'un 91'inci maddesinde de, bu statüye sahip kişilerin sınır dışı edilmelerine yönelik bir hükme yer verilmemiştir.

Bu bağlamda, hem YUKK'ta hem de Geçici Koruma Yönetmeliği'nde sınır dışı etme işlemlerine dair açık bir düzenleme bulunmaması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından önemli bir eksiklik teşkil etmektedir. Zira sınır dışı etme kararı, bireylerin yerleşme ve seyahat özgürlüğü, kişi hürriyeti ve güvenliği gibi temel insan hakları ile doğrudan bağlantılı olup, Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince ancak kanunla düzenlenebilir. Bu çerçevede, geçici koruma statüsünün sona ermesiyle bireylerin hukuki statüsünün belirsiz hâle gelmesi, insan hakları hukuku açısından çeşitli sakıncalar doğurmakta ve özellikle geri gönderme yasağı *(non-refoulement)* ilkesi kapsamında ciddi hukuki sorunlara yol açmaktadır[51].

YUKK'un 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrası, genel olarak yabancıların sınır dışı edilmelerini gerektiren hâlleri düzenlerken, aynı maddenin 2'nci fıkrası ise

[50] Doğan, (n 2) 74.

[51] Doğan, (n.2) 64.

uluslararası koruma başvurusu sahipleri veya statü sahibi bireyler hakkında uygulanmaktadır. İkinci fıkrada belirtilen kişiler, YUKK'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (r) bendine[52] göre mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü kapsamında değerlendirilen bireylerdir. Bu çerçevede, YUKK'un ilgili maddesinde geçici koruma statüsüne sahip bireylere açıkça yer verilmemesi, bu statüye tabi kişilerin hangi fıkra kapsamında değerlendirileceğine ilişkin doktrinde görüş birliği oluşmasını engellemiştir. Geçici koruma statüsünü genel anlamda bir uluslararası koruma statüsü olarak ele alan görüş dahi, bu kişilere yönelik sınır dışı etme işlemlerine dair yönetmelikte açık bir düzenleme bulunmamasının önemli bir eksiklik olduğunu belirtmektedir[53]. Bu durum, hukuki öngörülebilirlik ve uygulama birliği açısından belirsizlik yaratmakta, geçici koruma altındaki bireylerin statülerinin ne şekilde sona ereceği ve sınır dışı edilip edilemeyecekleri konusundaki hukuki çerçevenin netleştirilmesi gerekliliğini ifade etmektedir[54].

Bununla birlikte, doktrinde, geçici koruma statüsüne ilişkin sınır dışı düzenlemelerindeki bu eksikliğin, zamanla mahkeme içtihatları çerçevesinde giderilebileceğini öne süren görüşler de bulunmaktadır[55]. Bu yaklaşım, özellikle yargı organlarının bireysel başvurular üzerinden içtihadi yorumlarla hukuki boşlukları doldurma kapasitesine dayanmaktadır. Ancak, bu tür bir gelişimin uzun vadeli olacağı ve uygulamada ortaya çıkabilecek hak ihlallerini önlemek adına kanun koyucunun bu belirsizliği doğrudan gidermesi gerektiği de doktrinde vurgulanan bir diğer husustur.

Ayrıca, doktrinde mevzuatta geçici koruma statüsü sahiplerinin yerleşme ve seyahat özgürlükleri ile kişi dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen sınır dışı işlemlerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından ciddi bir eksiklik olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur. Bu bağlamda, söz konusu hukuki boşluğun kıyas yoluyla doldurulmasının hem Anayasal ilkelerimize hem de uluslararası yabancılar hukukunun temel prensiplerine uygun olmadığı belirtilmektedir[56].

Buna ek olarak, yabancıların lehine yorum ilkesinin benimsenmesi gerektiğini savunan bir diğer görüş, sınır dışı etme sebeplerinin daha sınırlı bir şekilde düzenlendiği YUKK'un 54'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının geçici koruma altındaki bireyler için uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, geçici koruma statüsüne sahip kişiler, doğrudan sınır dışı etme işlemlerine tabi tutulmak yerine,

---

52 YUKK 3/1-(r) Uluslararası koruma: Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü… ifade eder."

53 Nuray Ekşi, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi' (2014) 88(6) *İstanbul Barosu Dergisi* 65–89.

54 Ekşi,(n 47), s.83.

55 İbrahim Kaya ve Esra Yılmaz Eren, *Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumu: Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri* (SETA Yayınları, 2015) 51.

56 Aydoğmuş (n 6) 161.

mülteci ve şartlı mülteciler gibi uluslararası koruma statüsü kapsamında değerlendirilerek daha geniş hukuki güvencelerden faydalanmalıdır[57].

Kanaatimizce, geçici koruma, ülkesine geri dönme imkânı bulunmayan ve acil, geçici bir koruma arayışıyla kitlesel olarak ülkeye sığınan yabancılara yönelik geçici bir tedbir niteliğinde uygulanmaktadır. Bu bağlamda, geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmesine ilişkin mevzuatta açık ve net bir düzenlemenin bulunmaması, yasa koyucunun bilinçli bir tercihi sonucunda oluşmuş örtülü bir düzenleme eksikliği olarak değerlendirilmelidir. Zira, geçici koruma statüsünün hukuki niteliği dikkate alındığında, kanun koyucunun bu statüyü, uluslararası koruma türlerinden farklı bir çerçevede düzenlediği açıktır. Özellikle, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri devlete uzun vadeli koruma yükümlülükleri getiren daha kapsamlı hukuki statülerdir. Bu nedenle, YUKK'un 54'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında uluslararası koruma statüsü sahipleri için öngörülen dar kapsamlı sınır dışı sebeplerinin, geçici koruma altındaki bireyler için doğrudan uygulanması beklenemez.

Bu nedenle, özellikle sınır dışı etme gibi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili bir konuda, geçici korumadan yararlanan kimselerin statüsünü kıyas yoluyla uluslararası korumadan yararlananlar ile aynı koşullara tabi tutmak mümkün değildir[58]. Bu çerçevede, geçici koruma statüsü altında bulunan kişilerin uluslararası koruma kapsamındaki bireylerden farklı olarak daha geniş sınır dışı edilme sebeplerine tabi olduğu ve YUKK'un 54'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tüm sınır dışı gerekçelerinin geçici koruma statüsü sahipleri için de uygulanabilir olduğu sonucuna varılmaktadır[59].

B. Geçici Koruma Statüsüne Sahip Kişilerin Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Yargı İçtihatları

Geçici koruma statüsüne sahip kişilerin sınır dışı edilmelerine yönelik yargı kararlarında yeknesak ve oturmuş bir içtihat birliği henüz tesis edilememiştir. AYM, genel olarak uluslararası koruma başvurusu sahipleri ile geçici koruma altındaki bireyleri farklı değerlendirme eğilimindedir. Yani, mülteci statüsüne sahip bireyler için sınır dışı edilme koşulları daha sıkı tutulurken, geçici koruma statüsüne sahip kişilerin daha geniş sebeplerle sınır dışı edilebileceğine dair kararlar mevcuttur.

AYM'nin 11 Kasım 2015 tarihli ve 2014/13044 başvuru numaralı kararında[60], geçici koruma statüsüne sahip Suriyelilerin sınır dışı edilmesine ilişkin önemli tespitler yer almaktadır. Karara konu olayda, Suriye vatandaşı K.A. hakkında terör örgütü üyesi olduğuna dair istihbari bilgilere dayanarak YUKK'un 54'üncü maddesinin (d) bendi uyarınca "kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu"

57 Kuşçu (n 22) 111.

58 Aydoğmuş (n 6) 161.

59 Oba (n 12)131; Camuzcu (n 9) 30.

60 *AYM*, B.N.2014/13044, K.T. 11/11/2015.

gerekçesiyle sınır dışı kararı verilmiştir. Başvurucu, Suriye'ye gönderilmesi hâlinde işkence, zulüm ve ölüm riskiyle karşı karşıya kalacağını ileri sürerek, Anayasa'nın 17'nci maddesi kapsamında yaşam hakkının ihlal edileceğini iddia etmiş ve AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM, kararında idarenin sınır dışı işlemini değerlendirirken başvurucunun geçici koruma statüsü veya uluslararası koruma başvuru sahibi olup olmadığını araştırmadığını ve bu durumun hukuka aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Geçici koruma kapsamındaki kişilerin sınır dışı edilemeyeceğini ve bu statüye sahip bireyler bakımından geri göndermeme ilkesinin mutlak surette uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak, mezkur kararda mevzuatta açık bir düzenleme bulunmasa dahi, geçici koruma altındaki kişilerin istekleri dışında Suriye'ye geri gönderilemeyeceği yönünde bir içtihat geliştirmiştir[61]. Bu karar, AYM'nin geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmesine karşı koruma sağlayan bir yaklaşım benimsediğini ve geri göndermeme ilkesini bu statüye sahip kişiler için mutlak bir hak olarak yorumladığını göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, AYM'nin başkaca kararlarında[62], aynı statüye sahip bireyler açısından farklı bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Özellikle, Suriyeli başvuranların sınır dışı edilmelerine ilişkin birçok kararında, bu kişilerin geçici koruma statüsünde olup olmadığına dair herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, sınır dışı kararlarını YUKK'un 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) veya (d) bentleri kapsamında ele aldığı görülmektedir.

AYM geçici koruma statüsü altındaki Suriyelilerin sınır dışı edilmesine dair kararlarında farklı yaklaşımlar benimsediğine dair başka bir örnek, Khaled Kadour başvurusudur[63]. Bu kararda, başvurucunun terör örgütleriyle bağlantılı olduğu yönündeki istihbari bilgiler doğrultusunda, kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu kanaatine varılmış ve 6458 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendi uyarınca sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Başvurucu, Suriye'de devam eden iç savaş ve Halep'teki güvenlik riskleri nedeniyle sınır dışı edilmesi hâlinde yaşam hakkının ve işkence yasağının ihlal edileceğini ileri sürerek AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Ancak, Mahkeme başvurucunun ülkesinden ayrılmasına neden olan koşulları somut bir şekilde açıklamadığını, kişisel durumuna ilişkin özel bilgi veya belge sunmadığını değerlendirmiş ve iddialarını soyut ve genel nitelikte bulduğundan[64] başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Bu karar, AYM'nin geçici koruma statüsü sahiplerinin sınır dışı edilmesine dair yaptığı değerlendirmelerde bireysel kanıt ve gerekçelere ne derece önem verdiğini

---

61 Çelikel ve Gelgel (Öztekin) (n 5) 129.

62 *AYM* M.S. Başvurusu, B.N. 2019/8096, K.T. 29/12/2021; AYM *Hussein Alomar Başvurusu, B.N. 2019/2034, K.T. 06/10/2021;* AYM Khaled Kadour Başvurusu, B.N. 2020/13340, K.T. 19/1/2022.

63 *AYM* Khaled Kadour Başvurusu, B.N. 2020/13340, K.T. 19/1/2022.

64 İbid., para. 38-39.

göstermesi bakımından dikkate değerdir. Mahkeme, başvurucunun geçici koruma statüsüne sahip olup olmadığına dair herhangi bir değerlendirme yapmamış ve Suriye'nin genel güvenlik durumuna ilişkin bir analizde bulunmaksızın başvuruyu reddetmiştir. Bu durum, AYM'nin bazı kararlarında, başvurucuların geçici koruma statülerine dair değerlendirme yapmaksızın yalnızca sınır dışı kararlarının hukuka uygunluğunu incelediğini ve bireysel koşulları göz önünde bulundurmadığını göstermektedir. Daha önce incelenen 2015 tarihli AYM kararında, geçici koruma sahiplerinin geri gönderilmeyeceği açıkça vurgulanırken, Khaled Kadour başvurusunda Mahkeme, başvurucunun statüsüne veya Suriye'nin mevcut güvenlik koşullarına dair bir değerlendirme yapmaksızın sınır dışı kararını onamıştır.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 29/09/2022 tarihli ve 2021/47168 başvuru numaralı kararında ise, sınır dışı etme kararlarının uygulanmasına ilişkin önemli tespitler yapılmıştır. Kararda, YUKK'un 52'nci maddesi uyarınca bir yabancının menşe ülkesine, transit bir ülkeye veya üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebileceği hükmünün, sınır dışı edilecek ülkenin belirlenmeksizin bir karar alınması şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, Kanun'un 4'üncü maddesi (geri göndermeme yasağı) ve 55'inci maddesi (sınır dışı edilemeyecek kişiler) kapsamında bir yabancının sınır dışı edileceği ülkede işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz kalma veya hayatının tehdit altında olma riski bulunuyorsa sınır dışı edilemeyeceğinin açıkça düzenlendiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, sınır dışı etme kararında yabancının hangi ülkeye gönderileceğinin belirtilmemesi, ilgili yargı makamlarının bu ülkenin güvenli olup olmadığını değerlendirmesini imkânsız hâle getirmektedir.

Mahkeme, sınır dışı kararının uygulanabilmesi için yabancının gönderilebileceği güvenli üçüncü bir ülkenin belirlenmesi gerektiğini, aksi takdirde kişinin dolaylı olarak menşe ülkesine geri gönderilme riskiyle karşı karşıya kalabileceğini ifade etmiştir. Bu gerekçelerle, sınır dışı işlemlerinin hukuki belirlilik ilkesine aykırı yürütülmesinin, yabancının yaşam hakkı ve kötü muamele yasağının ihlali anlamına geldiğine hükmedilmiştir. Bu karar, sınır dışı işlemlerinin keyfi veya belirsiz bir şekilde uygulanamayacağını ve yargı denetiminin etkinliğini sağlamak amacıyla sınır dışı edilecek ülkenin açıkça belirlenmesi gerektiğini ortaya koyması açısından önemli bir içtihat niteliğindedir.

AYM'nin bu doğrultuda verdiği güncel kararlardan biri de 20/11/2024 tarihli ve 2023/104230 başvuru numaralı kararıdır[65]. Söz konusu karar, geçici koruma statüsüne sahip Suriye uyruklu başvurucunun, güvenli üçüncü ülke olarak değerlendirilen bir ülkeye sınır dışı edilmesine karar verilmesi nedeniyle, kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına dayanan bireysel başvurunun incelendiği bir davaya ilişkindir. Sınır dışı işleminde idare tarafından, yabancının menşe ülkesine sınır dışı edilmesinde sakınca olduğu belirtilerek, güvenli üçüncü bir ülkeye (bu

[65] *AYM*, M.A.2023/104230, K.T. 20/11/2024, R.G Tarih ve sayı: 05/02/2025-32804.

durumda Ekvador) sınır dışı edilmesi kararı verilmiştir.

Başvurucu, Ekvador'un güvenli üçüncü ülke olarak belirlenmesinin yalnızca şeklen yapıldığını, bu ülkenin gerçekten güvenli olup olmadığının araştırılmadığını ve orada da hak ihlalleri ile işkencenin sürdüğünü iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, başvurucunun Ekvador'un dışında başka bir ülkeye veya menşe ülkesine gönderilme riskine dair somut bir olaydan bahsetmediğini, Göç İdaresi kararlarına uyulmadığını öne sürmediğini ve Ekvador'da ölüm cezası, işkence, insanlık dışı muamele ya da ciddi siyasi istikrarsızlık bulunduğuna dair herhangi bir iddia veya bilgi sunmadığını belirtmiştir. Bu çerçevede, başvurucunun güvenli üçüncü ülke değerlendirmesinin yeterli araştırmaya dayanmadan yapıldığını ileri sürmesine rağmen, Ekvador'un güvenli olup olmadığına ilişkin somut bir delil sunmadığı ve iddialarının bu yönde destekleyici bir argüman içermediği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme, Ekvador'a sınır dışı edilme kararının, başvurucunun menşe ülkesine gönderilmesinde bir tehlike bulunması durumunda, başvurucunun yaşamına veya özgürlüğüne yönelik bir risk doğurmadığına ve başvurucunun Ekvador'a gönderilmesinin Anayasa›ya aykırı bir muameleye yol açmayacağına karar vermiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, başvurucunun ileri sürdüğü iddiaların dayanağının yetersiz olduğuna ve somut delillere dayanmadan kötü muamele yasağının ihlaline karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu karar, sınır dışı etme işlemleri ile ilgili olarak, başvurucunun ve idari mercilerin somut risk değerlendirmeleri yapması gerektiğini vurgulamaktadır.

İdare mahkemeleri ise, YUKK'un 4'üncü maddesi (geri göndermeme ilkesi) ve 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi kapsamında, bir yabancının menşe ülkesine sınır dışı edilmesinde sakınca bulunduğuna dair idare tarafından bir değerlendirme yapılması hâlinde, güvenli üçüncü bir ülke tespiti yapılmaksızın sınır dışı kararının uygulanamayacağına hükmetmektedir. Mahkemeler, sınır dışı işleminin hangi ülkeye yönelik olduğu belirtilmeksizin tesis edilmesi durumunda, ilgili kişinin dolaylı yoldan işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalıp kalmayacağının değerlendirilmesinin mümkün olmayacağını vurgulamaktadır. Bu nedenle, sınır dışı işlemlerinin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri çerçevesinde, ilgili yabancının gönderileceği ülkenin net olarak belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkemeler, yabancının işlediği suçun niteliği ne olursa olsun, suçun ağırlığına bakılmaksızın usuli güvencelerin sağlanması gerektiği yönünde bir yaklaşım benimsemekte ve usuli eksiklikler nedeniyle sınır dışı kararlarının iptaline hükmetmektedir. Bu yaklaşım, geri göndermeme ilkesinin mutlak bir koruma sağladığı ve idarenin sınır dışı işlemlerini keyfi biçimde tesis edemeyeceği anlayışına dayanmaktadır[66].

---

[66] İstanbul 17. İdare Mahkemesi, 21/10/2024 tarih ve E.5416, K.6316 sayılı kararı; İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 02/03/2023 tarih ve E.2022/3758, K.2023/1135 sayılı kararı; İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 23/12/2022 tarih ve E.2022/153, K.2022/4128 sayılı kararı.

İdare mahkemelerinin sınır dışı işlemlerine ilişkin usuli değerlendirme yaparak, güvenli üçüncü ülke tespiti olmaksızın sınır dışı kararlarını iptal etme yaklaşımı, AYM Genel Kurulu'nun 29/09/2022 tarihli ve 2021/47168 başvuru numaralı kararıyla büyük ölçüde paralellik göstermektedir. AYM, söz konusu kararında sınır dışı işlemlerinde yabancının hangi ülkeye gönderileceğinin açıkça belirtilmemesinin hukuki belirsizlik yarattığını ve geri göndermeme ilkesinin ihlaline yol açabileceğini vurgulamıştır. Sınır dışı edilecek ülkenin belirlenmemesi hâlinde, bu ülkenin güvenli olup olmadığı yönünde yargı mercilerinin bir değerlendirme yapmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçeyle Mahkeme, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin işlemlerin ancak gönderileceği ülkenin açıkça tespit edilmesi hâlinde hukuka uygun olabileceğini kabul etmiştir.

Benzer şekilde, idare mahkemeleri de sınır dışı işlemlerinde yabancının hangi ülkeye gönderileceğinin belirtilmemesi durumunda, kişinin dolaylı olarak işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalma riski taşıyabileceğini dikkate almakta ve bu nedenle usuli eksiklikler sebebiyle sınır dışı kararlarının iptaline hükmetmektedir.

Sınır dışı kararlarının uygulanabilmesi için ilgili kişinin güvenli bir ülkeye gönderileceğinin açıkça belirlenmesi ve geri göndermeme ilkesinin ihlal edilmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, idare mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi içtihatları, geçici koruma altındaki kişilerin sınır dışı edilmelerinde hukuki belirliliğin sağlanması ve usuli güvencelerin korunması gerektiğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla, sınır dışı işlemlerinin geçici koruma statüsüyle bağdaşır şekilde yürütülmesi, uluslararası insan hakları yükümlülükleri ve ulusal mevzuat kapsamında titizlikle değerlendirilmesi gerektiğinden, bu yöndeki yargısal içtihatların hukuki belirliliği ve usuli güvenceleri sağlamaya yönelik doğru bir yaklaşım benimsediği kanaatindeyiz.

Her iki yargısal yaklaşım, sınır dışı işlemlerinin hukuki güvence altına alınması gerektiğini ve keyfi uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla geri göndermeme ilkesinin mutlak bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle, suçun ağırlığına bakılmaksızın, sınır dışı işlemlerinin hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerektiği hususu, hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de idare mahkemelerinin kararlarında temel bir ilke olarak benimsenmektedir. Bu çerçevede, AYM'nin içtihadı, idare mahkemelerinin sınır dışı kararlarına ilişkin iptal kararlarını destekleyen ve usuli güvenceleri ön plana çıkaran bir yaklaşım sunmaktadır.

Bu durum, sınır dışı işlemlerinde hukuki güvenceyi güçlendirme açısından olumlu bir gelişme olup, yabancıların keyfi veya belirsiz işlemlere maruz kalmasını engellemekte ve idarenin kararlarını daha sıkı bir yargısal denetime tabi tutulmasını desteklemektedir. Aynı zamanda, geri göndermeme ilkesinin mutlak niteliğini pekiştirerek, bireylerin işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalma riskini en aza indirmeyi amaçlamakta ve sınır dışı sürecinin uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu şekilde yürütülmesini sağlamaktadır.

Öte yandan, bazı mahkemelerin[67] geçici koruma altındaki yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin farklı değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Örneğin, Suriye vatandaşı bir kişinin, İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından 6458 sayılı Kanun'un 54/1-(d) maddesi uyarınca kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine ilişkin açılan davada, mahkeme farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkeme, her ne kadar davacı hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olsa da, istihbari bilgiler ve ifade tutanakları dikkate alınarak kamu güvenliği açısından bir tehdit oluşturduğu yönündeki idarenin değerlendirmesini hukuka uygun bulmuştur. Davacı, geri göndermeme ilkesine dayanarak sınır dışı edilmemesi gerektiğini ileri sürmüşse de, mahkeme 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33'üncü maddesine atıfta bulunarak, kamu güvenliği açısından tehdit oluşturan veya uluslararası terör faaliyetleriyle ilişkilendirilen yabancıların geri göndermeme ilkesinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, sınır dışı işlemlerinin toplumun güvenliğini sağlamak amacıyla idare tarafından alınan bir tedbir niteliğinde olduğunu, dolayısıyla kamu düzenini tehdit eden yabancıların, hakkında kesinleşmiş bir yargı kararı olmasa bile sınır dışı edilebileceğini vurgulamıştır. Ayrıca, davacının iddialarını destekleyen somut bilgi ve belge sunmadığını belirterek, geri gönderilmeme ilkesine ilişkin talebini reddetmiştir. Bu karar, bazı mahkemelerin, geri göndermeme ilkesini mutlak bir hak olarak değil, kamu düzeni ve güvenliğine yönelik tehditle sınırlı bir koruma olarak değerlendirdiğini ve idarenin güvenlik gerekçesiyle sınır dışı işlemlerine geniş bir takdir yetkisi tanıdığını göstermektedir.

Geçici koruma altındaki bireylerin sınır dışı edilmesi, YUKK çerçevesinde hukuki bir zemine oturtulmuş olsa da, bu sürecin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken birçok önemli husus bulunmaktadır. Sınır dışı edilecek kişilerin gönderileceği ülkedeki güvenlik durumu, insan hakları ihlalleri ve potansiyel ayrımcılık riskleri gibi faktörler göz önünde bulundurulmadan alınan kararlar, ciddi hak ihlallerine yol açabilir. Özellikle, bireylerin menşe ülkelerine döndüklerinde karşılaşabilecekleri tehditlerin titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, sınır dışı işlemleri uluslararası insan hakları normlarıyla çelişebilir ve geri göndermeme ilkesinin ihlali anlamına gelebilir. Bu doğrultuda, sınır dışı kararlarının yalnızca hukuki prosedürlere dayalı olarak değil, insani ve etik boyutları da gözetilerek ele alınması büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, geri gönderilecek ülkenin siyasi yapısı, insan hakları standartları, ekonomik ve sosyal koşulları gibi unsurlar detaylı bir şekilde incelenmeli ve bireyin güvenliği açısından risk teşkil edip etmediği nesnel kriterlere göre belirlenmelidir. Bu tür hassas değerlendirmeler yalnızca yasal bir

[67] İstanbul 16. İdare Mahkemesi, 12/12/2024 tarih ve E.2024/614, K:2024/8031 sayılı kararı. Benzer nitelikte; Benzer nitelikte kararlar; İstanbul 16. İdare Mahkemesi, 30/09/2024 tarih ve E.2023/7047 tarih ve K.2024/6362 sayılı kararı; İstanbul 16. İdare Mahkemesi, 24/04/2024 tarih ve E.2023/5208, K.2024/2271 sayılı kararı; İstanbul 16. İdare Mahkemesi, 20/11/2024 tarih ve E.2023/11231, K.2024/7529 sayılı kararı.

zorunluluk değil, aynı zamanda Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri ve insani sorumlulukları açısından da büyük önem arz etmektedir.

SONUÇ

Geçici koruma statüsü, toplu göç hareketlerine karşı geliştirilen hukuki bir mekanizma olup, bireysel mültecilik statüsünden farklı bir çerçevede değerlendirilmelidir. Bu çalışmada, geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmesine ilişkin hukuki düzenlemelerin eksiklikleri, geri göndermeme ilkesi bağlamında taşıdığı riskler ve yargı kararlarında ortaya çıkan farklı yaklaşımlar ele alınmıştır. Çalışma kapsamında yapılan değerlendirmeler, bu konunun ulusal ve uluslararası hukuk bağlamında dikkatle ele alınması gereken bir mesele olduğunu göstermektedir.

Öncelikle, geçici koruma statüsü altındaki bireylerin sınır dışı edilmesine ilişkin hukuki düzenlemelerde önemli boşluklar bulunmaktadır. YUKK ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, bu statüye sahip bireylerin sınır dışı edilmesine dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, idarenin sınır dışı kararlarını kıyas yoluyla ve genel hükümler çerçevesinde tesis etmesine yol açmakta, ancak bu yaklaşım hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle çelişmektedir. Hukuki boşlukların giderilmemesi, yargısal süreçlerde farklı ve çelişkili içtihatların ortaya çıkmasına sebebiyet vermekte, bireylerin hukuki güvencelerinin zayıflamasına yol açmaktadır.

Diğer yandan, geri göndermeme ilkesi *(non-refoulement)*, uluslararası hukukun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilmekte ve mutlak bir yasak olarak uygulanmaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi, AİHS ve Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme gibi uluslararası belgeler, hiç kimsenin hayatı, özgürlüğü veya güvenliği tehlikeye girecek bir ülkeye zorla gönderilemeyeceğini açıkça düzenlemektedir. Ancak, bu ilke mutlak olmakla birlikte, uluslararası terör faaliyetleri, kamu düzeni ve güvenliği gibi istisnai durumlarda sınır dışı işlemlerinin uygulanabilir olup olmadığı hususu tartışmalıdır. AYM ve idare mahkemeleri tarafından verilen kararlar incelendiğinde, bazı içtihatlarda geri göndermeme ilkesinin mutlak olduğu kabul edilirken, bazı kararların kamu güvenliği tehdidi oluşturan bireylerin sınır dışı edilebileceğini öngördüğü görülmektedir.

Mahkeme kararları incelendiğinde, AYM'nin bazı kararlarında, geçici koruma statüsüne sahip bireylerin sınır dışı edilmesinin hukuka aykırı olduğu ve geri göndermeme ilkesinin mutlak şekilde uygulanması gerektiği yönünde yorumlar yapıldığı görülmektedir. Özellikle 2015 tarihli K.A. başvurusu kararında, mahkeme geçici koruma altındaki bireylerin sınır dışı edilemeyeceğini ve Türkiye'nin geri göndermeme ilkesine mutlak surette riayet etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna karşın, Khaled Kadour başvurusu gibi bazı içtihatlarda ise mahkeme, başvurucunun kişisel durumunu yeterli düzeyde açıklayamadığını ve somut delillerle destekleyemediğini belirterek sınır dışı işlemini hukuka uygun bulmuştur. Bu durum, mahkemelerin bireysel değerlendirme mekanizmasını esas alarak farklı kararlar verebildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, hukuk sisteminde içtihat birliğinin sağlanması ve sınır dışı kararlarının tutarlı bir çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

Özellikle Suriyelilerin ülkelerine geri dönüş süreci, hukuki ve insani açıdan riskler barındırmaktadır. Her ne kadar bazı bölgelerin güvenli olduğu iddia edilerek, Suriyelilerin geri gönderilebileceği öne sürülmekte ise de, Suriye'deki mevcut siyasi istikrarsızlık, keyfi gözaltılar, işkence ve zorla alıkoyma gibi insan hakları ihlallerine ilişkin raporlar, bu sürecin dikkatle ele alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Suriyelilerin güvenli ve onurlu bir geri dönüş yapabilmesi için, sınır dışı işlemlerinin uluslararası standartlara uygun şekilde yürütülmesi zorunludur.

Hukuki belirsizliklerin giderilmesi için yasal düzenlemelerin açık ve net bir şekilde yapılması gerekmektedir. Geçici koruma statüsü ile uluslararası koruma statüsü arasındaki farklar dikkate alınarak, bu statüye sahip bireylerin sınır dışı edilmelerine ilişkin özel bir hukuki çerçeve oluşturulmalıdır. Özellikle, bireysel değerlendirme mekanizmasının güçlendirilmesi ve toplu sınır dışı kararlarının hukuka aykırılık teşkil edeceği yönünde yasal güvenceler getirilmesi, insan hakları hukuku açısından büyük önem taşımaktadır.

Sonuç olarak, geçici koruma altındaki bireylerin sınır dışı edilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin eksikliği, hem hukuki belirsizliklere yol açmakta hem de uygulamada ciddi sorunlar doğurmaktadır. Uluslararası yükümlülükler ve insan hakları hukuku çerçevesinde, geri göndermeme ilkesine riayet edilerek sınır dışı kararlarının bireysel değerlendirmeye tabi tutulması ve keyfi uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Geçici koruma statüsü altındaki bireylerin hukuki durumunun netleştirilmesi ve içtihat farklılıklarının giderilmesi adına yasal reformların hayata geçirilmesi zorunludur. Bu süreçte, uluslararası insan hakları hukukuna uyum sağlanmalı ve bireylerin hukuki güvenceleri korunarak, sınır dışı işlemlerinin keyfiyetten uzak, adil ve hukuki temellere dayalı bir çerçevede gerçekleştirilmesi hedeflenmelidir.

KAYNAKÇA

Akram SM ve Rempel T, 'Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees' (2004) 22 *Boston University International Law Journal*

Aktan E, 'Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM İçtihadı Doğrultusunda Geri Gönderme Yasağı' (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi 2019)

Aydoğmuş, A. Y. Expulsion of Temporary Protection Beneficiaries Under Turkish Law. (2017) Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 37 (2)

Allain J, 'The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement' (2001) 13(4) *International Journal of Refugee Law*

Asar A, *Yabancılar Hukuku* (7. bs, Seçkin 2021)

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), 'Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements' (2014) http://www.unhcr.org/5304b71c9.pdf

Camuzcu MZ, 'Türkiye'de Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi Kararlarına Karşı Başvuru Yolları' (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2023)

Can H ve Tuna E, *Yabancılar Hukuku* (1. baskı, Adalet Yayınları, 2022)

Çelik NB, ‹Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri› (2015) 6(3) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*

Çelikel A ve Gelgel (Öztekin) G, *Yabancılar Hukuku* (27. bs, Beta 2022)

Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (Seçkin 2019)

Doğan AT, *Geçici Koruma Statüsü Altındaki Sığınmacıların Terör Bağlantısı Sebebiyle Sınır Dışı Edilmesi* (İstanbul Üniversitesi 2023)

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (5. bs, Savaş Yayınevi 2020)

Edwards A, 'Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention' (2012) 13 *Melbourne Journal of International Law*

Ekşi N, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi' (2014) 88(6) *İstanbul Barosu Dergisi*

Ekşi N, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması (Beta 2017) 2

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (Beta 2007)

Ekşi N, 'Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Danıştay Kararları' (2007) 6(1) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*

Erdoğan İN, 'Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Yargı Yolu' (Erciyes Üniversitesi 2023)

Farmer A, 'Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures That Threaten Refugee Protection' (2009) 23 *Georgetown Immigration Law Journal* 23

Goodwin-Gill GS ve McAdam J, *The Refugee in International Law* (3. bs, Oxford University Press 2007)

Gündüz B, 'Non-Refoulement Principle In The 1951 Refugee Convention And Human Rights Law', *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi* (ASSAM-UHAD) Sayı: 10, 2014

Güngördü İ, 'Cenevre Sözleşmesi ve AİHM Kapsamında Geri Göndermeme İlkesi' (İstanbul Kültür Üniversitesi 2017)

Kabaalioğlu H ve Ekşi N, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2004) 1–2 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* (Sevin Toluner'e Armağan)

Karagözoğlu C, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' (2023) 43(1) Public and Private International Law Bulletin

Kaya İ ve Yılmaz Eren E, *Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumu: Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri* (SETA Yayınları 2015)

Koca SÇ ve Kavşat FC, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi' (2015) 1(1) *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*

Koçak M, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (Ankara Üniversitesi 2011)

Korkut L, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınır Dışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği' (2008) 66(4) *Ankara Barosu Dergisi*

Körpe VM, 'Avrupa İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Tıbbi Geri Göndermeme İlkesi' (2024) 14(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Kuşçu D, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Oba ME, *Türk Hukukunda Geçici Koruma Rejimi* (Koç Üniversitesi 2018)

Övünç Öztürk N, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2015)

Sirmen S, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar' (2009) 67(3) *Ankara Barosu Dergisi*

Sütlüoğlu B, *Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Tarhanlı T, *Mülteciler, İnsan Hakları ve Yargı*, Türkiye'de Mülteci ve Sığınmacılar ile İlgili Meselelerde Yargının Rolü ve Mültecilerin İnsan Hakları Paneli Konuşma Metinleri (9 Aralık 1998, Ankara)

UNHCR Roundtable on Temporary Protection, *International Institute of Humanitarian Law*, IJRL, Vol. 25, No. 1, 2012

ÖZEL HUKUK

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683897

ÇOCUK TESLİMİ ve ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLAMLARIN veya TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI

The Judgments or Execution of Injunctions Regarding the Handing over of a Child and the Establishment of Personal Relations with the Child

Hakan ALBAYRAK[*]
Esra BULUT[**]

Özet

Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının uygulanmasında, 7343 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışma, İcra ve İflas Kanunu kapsamında yürütülen eski sistemden, Çocuk Koruma Kanunu'nda yapılan değişikliklerle oluşturulan yeni sisteme geçişi incelemektedir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun üstün yararının korunması ve çocuğun görüşünün alınması gibi temel ilkeler ele alınmıştır. Yeni sistemde, icra dairelerinin sürece dahil edilmesi sona ermiş, çocuk odaklı bir yaklaşım benimsenerek süreç Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri tarafından yürütülmeye başlanmıştır. Teslim işlemlerinin özel olarak belirlenen mekanlarda gerçekleştirilmesi, masrafların (avukatlık ücretleri hariç) Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanması ve yükümlülüklere uyulmaması durumunda disiplin hapsi gibi yaptırımlar öngörülmesi önemli yenilikler arasındadır. Ancak, zor kullanma yetkisinin devam etmesi ve çocuk teslimi için danışmanlık tedbiri öngörülmemesi gibi eksiklikler de tespit edilmiştir. Bu makalede, yeni düzenlemelerin usul ve esas bakımından etkileri uluslararası standartlarla normatif analiz yöntemiyle karşılaştırılarak ele alınmış, uygulamanın daha etkili hale getirilmesi için önerilerde bulunulmuştur. Çalışma, çocuk haklarının korunması ve çocuk odaklı bir hukuk sisteminin güçlendirilmesinin önemini vurgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun üstün yararı, çocuk teslimi, çocukla kişisel ilişki kurulması

Abstract

The legal implementation of judgments and injunctions regarding the handing over of children and the establishment of personal relations with them has undergone significant changes with the introduction of the 7343 numbered law. This study examines the transition from the previous execution system under the Enforcement and Bankruptcy Law (EBL) to the new framework established by amendments to the Child Protection Law (CPL). The article analyzes the fundamental principles governing child delivery and personal relations, such as the protection of the child's best interests and the importance of obtaining the child's perspective. The new system removes enforcement from the domain of executive offices, replacing it with a child-centered approach

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.12.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

[*] Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Adana-Türkiye, hknalbayrak@hotmail.com, https://orcid.org/0000-0001-6097-1296.

[**] Ar. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Adana-Türkiye, esrabulut.00@gmail.com, https://orcid.org/0000-0001-5881-0813.

managed by judicial support and victim services directorates. Key innovations include designated delivery centers, cost-free processes (excluding attorney fees), and the application of sanctions such as disciplinary detention for non-compliance. Despite these advancements, certain challenges remain, including the continued potential use of force and the limited scope of counseling measures for child delivery cases. In this article, the procedural and substantive effects of the new regulations are discussed by comparing them with international standards through normative analysis, and suggestions are made to make the implementation more effective. It concludes by offering recommendations to enhance the effectiveness of the system while emphasizing the paramount importance of prioritizing the rights and welfare of children throughout legal proceedings.

Key Words: Best interests of the child, the handing over of the child, establishing a personal relationship with the child

I. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK

Ailenin aynı çatı altında birlikte hayatını sürdürmesi halinde çocukla kişisel ilişki kurulması yahut çocuk teslimi gibi kavramlar söz konusu olmamaktadır. Bunlar sıklıkla anne baba ile çocuğun birbirinden ayrı yaşaması ihtimalinde karşımıza çıkar. Evliliğin sona ermesi, birlikte yaşama ara verilmesi, velayetin değiştirilmesi yahut kaldırılması, evlat edinme, çocuğun vesayet altına alınması, ayrılık, yabancı mahkeme kararları ve evlilik dışı çocuk gibi durumlarda çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması gündeme gelebilir[1].

Çocuk teslimi kavramı, anne babanın birbirinden ayrı yaşaması ve mahkeme tarafından velayetin eşlerden birine bırakılması durumunda söz konusu olur. Bu durum süreklilik arz etmemekle beraber çocuğu teslim etmekle yükümlü olan eşin, çocuğu hak sahibi olan eşe vermesi sürecini ifade eder.

Çocukla kişisel ilişki kurulması Türk Medeni Kanunu'nda[2] (TMK) 323-326. maddeler arasında düzenlenmiştir. Anne veya baba, çocuk velayeti altında değilse yahut kendisine bırakılmadıysa kişisel ilişki kurulmasını isteyebilir[3]. Koşulları varsa eğer çocukla üçüncü kişilerin de kişisel ilişki kurması mümkündür[4]. Kişisel

---

1 Çağrı Mardin, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (*Yetkin Yayınevi 2019) 51 vd.; Ömer Uğur Gençcan, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 1003 vd; Asena Sinanoğlu, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı (*On İki Levha Yayıncılık 2020) 71.

2 *Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001 Resmî Gazete Sayısı: 24607.*

3 Kişisel kurma hakkı çocuğun kişilik hakkına ilişkin değerlerdendir., A Büchler, *FamKomm – Scheidung Band I, Art. 273* (4. Auf.) (R. Fankhauser, Herausgeber) (Stämpfli Verlag 2022) 954, N. 7; A Wirz, A Büchler, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, Art. 273* (I. Schwenzer Herausgeber) (Stämpfli Verlag 2010) 730.

4 Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku (*Filiz Kitabevi 2021) 148, 149; 3. kişiyle kişisel ilişki kurulması için çocuk ile 3. kişi arasında özel bir bağ bulunması ve bu durumun çocuğun üstün yararına olması koşuluyla söz konusu olabileceği hak. Bkz.: C Hegnauer, *Berner Kommentar Band II/2, Art. 274a (*Stämpfli Verlag 1997) 136, N.9; P Breitschmid, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Part-*

ilişkinin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkindir[5]. Her ne kadar TMK m. 323'te kişisel ilişki kurulması için talep aranmış olsa da boşanma davası sonunda hâkim TMK m. 182 uyarınca bu hususu resen düzenler.

Çocukla kişisel ilişki kurulması pozitif düzenlemelerle öngörülmekle birlikte bu hak, uluslararası sözleşmelerle korumaya alınmıştır[6]. *Erlüle* ve *Yılmaz*'a göre: "çocukla kişisel ilişki kurma hakkının öznesi çocuktur". Çünkü bu hak uluslararası sözleşmelerle pozitif düzenlemeye kavuşmuştur[7]. Ancak buna ilişkin bir madde TMK'da mevcut değildir[8]. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda bu hak karşılıklı olarak hem anne babaya hem de çocuğa tanınmıştır[9]. *Türkmen'*e göre hakkın çocuk bakımından da düzenlenmesi gerekmektedir. Yazar, İsviçre'de hakkın karşılıklı olduğunu, hem anne-baba hem de çocuk bakımından bir hak olduğunu belirtmiştir. Yazara göre Almanya'da ise daha çocuk odaklı bir bakış açısı gözetilmiştir. Buna göre bu hak öncelikle çocuğa aittir, anne babanın ise kişisel ilişki kurma yükümlülüğü vardır[10]. Her ne kadar TMK m. 323 hükmü lafzen yorumlandığında bu hakkın yalnızca anne-babaya ait olduğunu sonucu çıkarılabilecekse de öğretide bu hakkın çocuk için de mevcut olduğu hususunda görüş birliği söz konusudur[11].

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararları yükümlülerce rızalarıyla uygulanmazsa devlet eliyle yerine getirilecektir. Bu hususta kanun koyucu tarafından düzenlemeler yapılmıştır.

B. Temel İlkeler

Uyulması gereken temel ilkeler hem Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)[12] ve Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam veya Tedbir Kararlarının

---

nerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB (3. Auf Schulthess Juristische Medien AG 2016) 905, N 3; C M Mordasini-Rohner, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auf Orell Füssli Verlag 2021) 618, N 2.

5 Gençcan (n 1) 1013.

6 BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.

7 Fulya Erlüle, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması', (2010) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 16 Sayı 1-2, 181- 200, 184; Canan Yılmaz, 'Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması', (2015) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 35 (1), 103-141, 104-105.

8 Ahmet Türkmen, 'Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı' (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1126-1156 1128.

9 ZGB Art. 273/I; Ayrıca, bkz Breitschmid (n 4) 897; Mordasini-Rohner (n 4) 609, N. 1.

10 Türkmen (n 8) 1129.

11 Erlüle (n 7) 221; İlknur Serdar, 'Kişisel İlişki Kurma Hakkı' (2007) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 9 (Özel Sayı), 739- 781, 742; Sinanoğlu (n 1) 22; Türkmen (n 8) 1129 vd.; Yılmaz (n 7) 106; Seda Baş, Sezgin Baş, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme' (2023) S 1 Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1-32 20.

12 *Resmî Gazete Tarihi: 15.07.2005 Resmî Gazete Sayısı: 25876.*

Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'te[13] hem de Anayasada, uluslararası sözleşmelerde pozitif dayanağını bulmuştur.

1. Çocuğun Üstün Yararının Korunması İlkesi

Çocuk hukukundaki en temel ilke çocuğun üstün yararının korunması ilkesidir[14]. Bu ilkenin çocuğu ilgilendiren bütün uyuşmazlıklarda uygulanması gerekir[15]. Söz konusu ilke, sosyal devlet ilkesi ve aile hukukunun temel ilkelerinden kabul edilen zayıfların korunması ilkesiyle yakın ilişkilidir[16]. Yıllar içinde geçmişte hâkim olan ailenin reisi olan babanın çocuk üzerinde tam bir hakimiyete sahip olduğu anlayışı terk edilmiştir. İşte çocuğun üstün yararı kavramı da hem Kıta Avrupası'nda hem Common Law'da böylece ortaya çıkmıştır[17]. Bu ilke hem maddi hukukta hem usul hukukunda uygulanmaktadır[18].

Kamu yahut özel kuruluşlarda, mahkemelerde, idari makamlarda yahut kanun koyucu eliyle yapılan çocukları da ilgilendirecek her faaliyette esas olan çocuğun yararıdır[19]. Devlet burada anne-babanın hak ve yükümlülüklerini dikkate alır ve buna ilişkin yasal önlemleri uygular[20]. Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi ülkedeki yasama, yürütme ve yargıya verilmiş bir emir gibi düşünülmelidir. Buna göre kanun koyucu, kanunları yaparken bu ilkeye öncelik vermelidir[21].

Çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin pozitif dayanakları da mevcuttur[22]. Anayasa m. 41/2 bunlardan biridir. Uluslararası sözleşmelerde çocuğun korunması bağlamında çocuğun üstün yararına yer verilmiştir[23]. Anayasa Mahkemesi, bireysel

---

13 *Resmî Gazete Tarihi: 04.08.2022 Resmî Gazete Sayısı: 31913.*

14 Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (*Pegem Yayıncılık 2021) 102; Başak Baysal, 'Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu' 8/95 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95- 96, 9.

15 Rona Serozan, *Çocuk Hukuku,* (2. Basıdan Tıpkı Bası Vedat Kitapçılık 2017) 66; T Schütt, 'Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des psychologischen Aspekts', ZStV-Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/Nr. 133, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2002, 4.1.4, Nr. 57; çocuğun üstün yararına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. F Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* (Mohr Siebeck 2015) 29 vd.

16 Türkmen (n 8) 1136.

17 Müberra Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları (*On İki Levha Yayınları 2021) 435.

18 Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası (*Yetkin Yayınları 2017) 316.

19 Yargıtay'ın pek çok kararında çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu, çocuğun soyadının değiştirilmesi davasında, kişisel ilişkinin kaldırılması davasında, boşanma davalarında, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesinde, velayetin kaldırılması, velayetin değiştirilmesi davalarında çocuğun üstün yararına ısrarla vurgu yaptığına ilişkin bkz. İlay Zeynep Suata, *Çocuk Hukuku (*Yetkin Yayınları 2021) 59, 60: 2. HD, 1.7.2021, 2021/3617 E. 2021/5575 K.; 2. HD, 16.06.2021, 2021/3917 E., 2021/4976 K.; 2. HD, 15.06.2021, 2021/2033 E., 2021/4871 K.; 2. HD, 2.6.2021, 2021/3036 E., 2021/4379 K.

20 Hasan Tahsin Fendoğlu, *Çocuk Hukuku,* (2. Baskı Yetkin Yayınları 2021) 82.

21 Fendoğlu (n 20) 82.

22 Anayasa, Çocuk Koruma Kanunu, Türk Medeni Kanunu.

23 Çocuk Hakları Sözleşmesinin (1989) 2 tane ihtiyari protokolü vardır ve Türkiye bunları onayla-

başvuruya ilişkin verdiği kararda[24], çocuğun maddi-manevi varlığının korunmasının çocuğun üstün yararına dahil olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, mahkemeye göre, çocuğun üstün yararı, sağlıklı olarak gelişebilmesi ve ebeveynleriyle düzenli kişisel ilişki içinde olmasını içerir. Mahkeme, çocuğun üstün yararının ancak olağanüstü ve istisnai durumlarda ana-baba ile ilişkisinin kısıtlanmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, aile hayatına saygı hakkının düzenlemesini korumaya alan m. 41'de anne ve babaya kişisel ilişki kurma hakkı tanınması, velayetin verilmesi yahut çocuğun korunması kararlarıyla ilgili uyuşmazlıkları esas almıştır. Burada ilkenin unsurları somutlaştırmaya çalışılmıştır[25].

İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK)[26] konuyla ilgili hükümlerde bu ilkeye açıkça yer verilmemekte, bu da öğretide eleştirilere neden olmaktaydı[27]. ÇKK'nın 4. maddesinde ise çocuğun üstün yararı ilkesi düzenlenmiştir. Bu değişiklik, kanımızca yapılan düzenlemelerin olumlu yönlerinden biridir. Çocuğun üstün yararı kavramı, Yönetmeliğin 6. maddesinde de kendine yer bulmuştur. Buna göre, işlemlerde uzman veya öğretmen, çocuğun duygu dünyasını dikkate almalıdır. Buna ilişkin bir çatışma ortaya çıkması ihtimalini en aza indirebilmek için gerekirse mesleki müdahalelerde bulunabilir. Aynı şekilde hak sahibinin yahut yükümlünün menfaatleri ile çocuğun menfaatinin çatışması durumunda çocuğun üstün yararının gözetileceği Yönetmelik m. 6/6'da düzenlenmiştir[28]. Çocuğun üstün yararı kavramına ÇKK'da m. 41/B/7, m. 41/C/8 maddelerinde, Yönetmeliğin 38. ve 40. maddelerinde de rastlanmaktadır.

Bu ilke, yalnızca özel hukukta uygulanan bir ilke değildir. Aynı zamanda kamu hukukunda da uygulanmaktadır. Bu nedenle çocuğun üstün yararı, menfaat çatışması ihtimalinde çocuğa üstünlük tanınmasını da gerektirmektedir[29].

2. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi

Çocuk tesliminde ve çocukla kişisel ilişki kurulmasında biricik özne çocuktur. Bu nedenle çocuğun kendini etkileyebilecek kararlara dahil olabilmesini sağlamak

mıştır. Aynı zamanda Avrupa Birliği, çocuk hakları konusunda 4 Temmuz 2006 tarihinde *"Ortak Çocuk Hakları Stratejisi"*ni hazırlamış ve yayınlamıştır, Fendoğlu, 83; Çocuk Hakları Bildirgesi, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi.

24 *B.B. Başvurusu*, (B. No: 2015/14805), 23.5.2018, parag. 42., *Selim Adıyaman Başvurusu,* (B. No: 2013/8846), parag. 45, Algan (n 15) 446.

25 *(Serpil Toros Başvurusu, (B. No: 2013/6382), parag. 114).",* Algan (n 17) 448.

26 *Resmî Gazete Tarihi: 19.06.1932 Resmî Gazete Sayısı: 2128.*

27 İbrahim Özbay, 'Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri', (2017) Y 4 S 2 Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 31- 110 93.

28 Bu durum düzenlenmese bile, hak sahibinin yahut yükümlünün menfaatleri ile çocuğun menfaatinin çatışması durumunda çocuğun üstün yararının öncelikli olacağı açıktır. Ancak konu hassas olduğundan Yönetmelik'te de ayrıca özel olarak düzenlenmesi olumlu bir gelişmedir., Muhammed Seyit İmir, *Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması* (Adalet Yayınevi 2023) 54 dn 195.

29 Serozan (n 15) 67.

gerekmektedir. Her çocuğun görüşünü belirtme ve kendiyle ilgili konularda ciddiye alınma hakkı mevcuttur[30]. Bu da ancak "çocuğun görüşünün alınması ilkesi"nin temel ilke olarak gözetilmesiyle mümkündür[31].

Çocuğun görüşünün alınması ilkesine ÇKK'nın 4. maddesinde yer verilmiştir. Bu ilkeye dair bir madde Çocuk Hakları Bildirgesi'nde yer almamaktadır. Ancak çocuğun görüşünü belirtme ve kendiyle ilgili konularda ciddiye alınma hakkı aslında çocuğun kişilik hakkının doğal sonucu olduğundan söz konusu ilke ilk kez açıkça Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. Maddesinde tanınmıştır. AİHM'e göre, çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğun görüşünün alınması elzemdir. Bu, aile yaşamına saygı hakkının pozitif yükümlülüklerinden biridir.

Bu ilke, çocuğun üstün yararının gerçekleşmesine hizmet etmekte olup onu tamamlayıcı niteliktedir. Çocuğun üstün yararının ne olduğu yetişkinler tarafından belirlenmiş olsa da bu belirleme yapılırken çocuğun düşünceleri, istekleri ve ihtiyaçları göz önünde bulundurulmalıdır[32]. Ancak çocuğun dinleniyor olması çocuğun görüşünün mutlaka yerine getirileceği anlamına gelmemelidir[33]. Bazı durumlarda çocuğun deneyimsizliği sebebiyle ileri sürdüğü görüşü menfaatiyle uyumlu olmayabilir. Bu hallerde çocuğun üstün yararı için çocuğun görüşünün tam tersine bir karar da verilebilir.

Çocuğun dinlenilmesi ilkesi yargılamada çocuk hakkında karar verilirken önem arz edecektir[34]. Söz konusu ilamların icrası esnasında ise değişikliklerden önceki dönemde verilen bir Yargıtay kararında, çocuğun anne babası ile kişisel ilişki kurulmasına sadece mahkemeler karar verebileceğinden, icra müdürlüğünün çocuğun psikolojisinin olumsuz etkilenebileceğine yönelik uzman görüşünü dikkate alıp kişisel

---

30 Velayetin verilmesinde çocuğun dinlenilmesinin anayasal hakkı olduğu yönünde bkz. Seda Gayretli Aydın, '7343 sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler' (Mart 2022) 187 Terazi Hukuk Dergisi, 15-34, 28; Bilge Öztan, Fırat Öztan, 'Boşanmada Velayetin Tevdii' (2016) 2/2 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 475.

31 İmir (n 28) 61; Çocuğun görüşünün alınması ilkesine Anayasada ve ilgili diğer kanunlarda da yer verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. İmir (n 28) 62, 63; İdrak çağındaki çocuğun kendisi ile ilgili konularda görüşünü serbestçe açıklama hakkının Yargıtay içtihatlarında temel ilke olarak kabul edildiği, her ne kadar çocuğun mahkemede bir uzman eşliğinde dinlenilmesi öngörülmüş olsa da çocuğun mahkeme salonuna gelmeksizin uzmanla adli gözlem odalarında görüşmesinin çocuk açısından daha sağlıklı olacağına dair bkz. Suata (n 19) 34, dn. 14: 2. HD, 23.06.2020, 2020/2066 E., 2020/3256 K.; 2. HD, 27.03.2019, 2019/1730 E., 2019/3472 K.; 2. HD, 21.03.2019, 2018/3799 E., 2019/3252 K.; 2. HD, 17.10.2018, 2018/6142 E., 2018/11272 K.; HGK, 17.01.2019, 201/2-2066 E., 2019/15 K.

32 Yılmaz (n 7) 111, 112.

33 İmir (n 28) 66; E. Gülçin Elçin, 'Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar', Çocuk Hakları Çalışmaları I, Editörler: E. Gülçin Elçin/ Arzu Genç Arıdemir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, 1-26, 22-23.

34 Akyüz (n 14) 207. 2. HD, 20.1.2021, 2020/6360 E., 2021/431 K., İmir (n 28) 70 dn 275; Algan (n 17) 471-472.

ilişki kurulmasına ilişkin ilamın yerine getirilmemesini kanuna aykırı bulmuştur[35]. Bu husus öğretide çocuğun dinlenilmesi ilkesiyle ve çocuğun üstün yararı ilkesiyle örtüşmediği gerekçesiyle eleştirilmekteydi[36]. Bu sebeple, kural olarak kararların uygulanması sırasında çocuğun görüşüne başvurulması gerekmektedir. Burada anne babanın menfaatinden çok çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurulmalıdır[37].

Çocuk, bir davada taraf yahut maddi hukuk anlamında o davanın ilgilisiyse hukukî dinlenilme hakkı mevcuttur. Bununla birlikte, taraf yahut ilgili olmamasına rağmen çocuğu doğrudan etkileme ihtimali olan bir karar verilirse, aynı şekilde çocuğun hukuki dinlenilme hakkı vardır. Hem mahkeme hakimlerinin hem de uzmanların çocuğu dinleme hakkı mevcuttur[38]. Yargıtay içtihatlarına göre[39] aile mahkemelerinde çocuğun idrak yaşı yedidir. Bu nedenle 2017'den beri aile mahkemelerinde hakimler sekiz yaşına gün itibariyle girmiş çocukları dinlemektedir[40]. Bu noktada İzmir Adliyesinde, Aile Mahkemelerinde çalışan hâkim, avukat ve aile mahkemesi uzmanlarıyla yapılan görüşmelerden elde edilen dökümlerin tümevarım yöntemiyle analiz edildiği bir çalışmada[41], Yargıtay içtihatları sonrasında uygulamanın nasıl gerçekleştirildiği, bunun birey üzerinde ne gibi etkiler doğurduğu ve uygulamaya ilişkin genel değerlendirmeler, sunulan öneriler olarak konuyla ilgili değerlendirme yapılmıştır. Buna göre çocukların duruşma salonunda hâkim tarafından dinlenilmesi halinde çocuğun adliye ortamına gelmesinde isteksizlikleri, çocuğun hâkim karşısında özellikle velayet davalarında tercih yapmaya zorlanmış gibi olunması gibi sakıncalar doğmaktadır. Bu sakıncaları bertaraf etmek için hâkimin

---

35 12. HD, 09.06.2009, 2009/9318 E., 2009/12326 K.

36 Mardin (n 1) 76; Özbay Çözüm Önerileri (n 27) 58; Ömer Mavi, 'İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu' (2008) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (74) 269- 281, 276; Sera Reyhani Yüksel, 'Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı' (2019) Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, 1539- 1556, 1554.

37 Gayretli Aydın (n 30) 22; İmir (n 28) 71; Çocuğun velayetinin belirlenmesi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararı verilirken mahkemelerin uzmanlar aracılığıyla anne-babanın ruh hallerinin, sosyodemografik ve klinik özelliklerinin değerlendirildiği ve buna ilişkin verilerin sunulduğu detaylı inceleme için bkz.: Melike Nur Özkaptan, Efkan Özkaptan, Muhammed Emin Boylu, Fatma Nuray Cansunar, 'Adli Psikiyatri Perspektifinden Çocuk Velayeti ve Kişisel İlişki Kurma: Sosyodemografik, Klinik ve Hukuki Özelliklerin Değerlendirilmesi', (2024) Adli Tıp Dergisi, C. 38, S. 1, 55-71.

38 Çocuğun katılım hakkı ile ilgili daha geniş bir değerlendirme için bkz.: Zeynep Bahadır, 'BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı' (2023/1) Adalet Dergisi, 70. Sayı, 213- 254, 229; İdil Tuncer Kazancı, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi' (2023) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 57- 80.

39 Bkz. Yargıtay 2. HD, T. 25.12.2018, E. 2018/5267, K. 2018/15359.

40 Yargıtay 2. HD, 2017/3117 E., 2018/1278 K., 2017/226 E., 2017/1180 K., 2017/399 E., 2017/1406 K., 2017/371 E., 2017/2508 K.; Umut Haydar Coşkun, Ayşe Dolunay Sarıca, Yeliz Coşkun, 'Velayet Davalarında Çocukların Duruşma Salonunda Dinlenmesine İlişkin Hâkim, Avukat ve Uzman Görüşleri' (Temmuz 2019) Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S. 2, 248 vd.

41 Coşkun, Sarıca, Coşkun (n 40) 252.

çocuğu dinleyeceği zaman cübbesini çıkarması, mahkeme salonunu boşaltması, duruşmayı adliyedeki kalabalığın daha sakin olduğu zamanlara planlaması, adli görüşme odası talep etmesi, çocuğun yaş ve fiziksel koşullarının değerlendirilerek dinlenilmesi, her halükârda yine de uzmana başvurulacak olması[42] gibi önlemlerle giderilmeye çalışılmaktadır.

Çalışmamızın sonraki bölümlerinde de görüleceği üzere çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarının uygulanması Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'ne aittir. Müdürlük, söz konusu kararların icrasının gerçekleştirileceği yerleri belirleyecektir. Ancak ne yazık ki adliyelerimizdeki adli görüşme odası sayıları yeterli görünmemektedir[43]. Söz konusu odaların aynı zamanda suça sürüklenen çocukların ve müşteki çocukların dinlenilmesinde, uzman görüşmesinin sağlanmasında da kullanıldığı göz önüne alındığında kanımızca, çocuk odaklı adalet sisteminin daha işlevsel kılınabilmesi için odaların sayısının artırılması gerekmektedir[44]. Ayrıca ÇKK'ya eklenen m. 41/D ile kurulan teslim mekanları da kanımızca çocuğun dinlenilmesi için kullanılabilir[45].

Yönetmelik'te çocuğun görüşmeyi reddetmesi halinde ne yapılacağı düzenlenmiştir. Yönetmelikte böyle bir düzenlemenin yer alması çocuğun dinlenilmesi ilkesi ve çocuğun üstün yararı ilkesiyle son derece uyumludur. Kanımızca bu düzenleme olumludur[46]. Ancak çocuğun teslim işlemine karşı çıkması durumunda ne yapılacağına ilişkin benzer bir çözüm yolu öngörülmemiştir. Bu da öğretide eleştirilere neden olmuştur[47].

II. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLAM VEYA TEDBİR KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

A. 7343 Sayılı Kanun'dan Önceki Durum

Türkiye'de çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının icrası 7343 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. 7343 sayılı

---

42 *Çocuğun mahkeme huzurunda dinlenmesinde uzmanlar görev alır. Yüksek mahkemeye göre, idrak çağındaki çocukların uzman aracılığıyla dinlenilmemiş olması eksik incelemedir. Çocukların duygu ve isteklerini makul bir şekilde ifade edebilecek ve fikirlerini ifade edebilecek durumda olduğundan, bu durum bozulmuştur.,* İbrahim Özbay, Fatih Aydemir, 'Aile Mahkemelerinde Kendisinden Yararlanılan Bir Uzman Olarak "Psikolog"' (Mart 2024) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 1-42, 9.

43 Adalet Bakanlığı resmî web sitesinden alınan bilgilere göre şu anda Türkiye'de bulunan adli görüşme odası sayısı 171'dir.

44 Adli görüşme odalarının işlevselliği üzerine yapılan detaylı inceleme için bkz.: Fatih Yaman, Şevval Vatansever, 'Adli Görüşme Odalarının İşlevselliği Üzerine Bir Çalışma: Bursa Adliyesi', Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi, C. 10, S. 31, 186- 204.

45 Adalet Bakanlığı resmî web sitesinden alınan bilgilere göre şu anda Türkiye'de 81 il ve toplam 511 ilçede çocuk görüşme merkezi bulunmaktadır.

46 Aynı yönde bkz. İmir (n 28) 73; Baş, Baş (n 11) 26.

47 İmir (n 28) 74.

Kanundan önce çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası İİK ile gerçekleştiriliyordu. İİK m. 25 uyarınca çocuk teslimi ilamı icra dairesine verilir, borçluya 7 günlük teslim süresi öngören icra emri gönderilirdi. Şayet bu emre uyulmazsa çocuk nerede bulunuyorsa ilam icra dairesi aracılığıyla zorla icra olunurdu. Çocuğun bu düzenlemelere göre teslim edilmesinden sonra herhangi bir haklı sebep olmaksızın borçlu, çocuğu yeniden alırsa, başkaca bir düzenlemeye gerek kalmadan çocuk, yine icra dairesi aracılığıyla hak sahibi eşe teslim edilirdi.

Çocuk teslimi icra dairesi aracılığıyla gerçekleştirildiğinde borçlunun ikametgahına (çoğu zaman çocuğun yaşadığı yere) gidilir, ilam zorla icra olunurdu. İcra müdürünün bu hususta İİK m. 25/I ve m. 80/IV uyarınca zor kullanma yetkisi mevcuttu. Zor kullanması yetkisi çocuk üzerinde değil borçlu yahut 3. kişi üzerinde kullanılabilirdi[48]. Yine burada ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekmekteydi[49]. İcra müdürü m. 81/I uyarınca çocuk teslimi esnasında kilitli yerleri çilingir vasıtasıyla açtırabilirdi. Aynı zamanda icra müdürü m. 80/III uyarınca kolluk kuvvetlerinden destek alabilirdi. Öğretide zor kullanma yetkisinin çocuk üzerinde de kullanılabileceğini, cebri icrada çocuğun iradesine her zaman üstünlük tanınamayacağını ileri süren görüşler mevcuttur[50]. Ancak biz burada çocuk üzerinde zor kullanma yetkisinin kullanılamayacağı kanaatindeyiz. Çünkü bu düzenleme çocuğun üstün yararını gerçekleştirebilmek için öngörülmüştür. Böyle bir halde çocuk üzerinde zor kullanılması her ne kadar ölçülülük ilkesine uygun olsa da esasen çocuğun kişiliğinin dokunulmazlığına direkt bir müdahaledir.

İcra ve İflas Kanunu'nun eski 25/b maddesine göre: "çocuk teslimine ilişkin ilamların icrası sırasında, icra müdürü ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen bir sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog, çocuk

---

48 Derya, Belgin Güneş, *Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi* (Yetkin 2022) 32. Aksi yönde görüş için bkz. Taner Emre Yardımcı, 'Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları' (2020) Terazi Hukuk Dergisi, 15 (167), 1485-1490, 1487- 1485., Yazara göre, çocuk üzerinde zor kullanılabilir. Çünkü cebri icrada mutlak bir şekilde çocuğun iradesine üstünlük tanınması gibi bir şey söz konusu olamaz.

49 Yardımcı (n 48) 1487- 1488. Yardımcı'ya göre, ölçülülük ilkesi gereğince zor kullanmaya başvurulabilmesi için öncelikle disiplin para cezası ve disiplin hapsi gibi cebri icra araçlarından bir sonuç alınamamış olması gerekmektedir. Yazar, zor kullanmaya karar verilebilmesi için mahkeme kararının olması gerektiği, icra müdürünün kendiliğinden buna karar veremeyeceği, zor kullanma kararı verilebilmesi için ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerin söz konusu olması gerektiği görüşüne katılmamakta; bu hususta zor kullanma için her zaman mahkeme kararının aranmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir. Yazar aynı zamanda icra müdürünün zor kullanma yetkisi bakımından bu yetkinin hangi şartlarda ve hangi sınırlarda kullanılabileceğinin üzerinde durulması gerektiğini ileri sürmüştür.

50 Yardımcı (n 48) 1489. Yazara göre: "İlamın icrasında çocuğa karşı hiçbir şekilde zor kullanılamayacağını söylemek bu şekilde karar verilmesine imkân tanıyan kanuni düzenleme ile bağdaşmayacaktır. Ancak tabi ki, ölçülülük ilkesi uyarınca cebri icra aracının uygulanması sonucu elde edilecek yarar verilecek zararın üstünde olmalıdır."

gelişimci veya bunlar yoksa bir eğitimcinin hazır bulunması gerekmektedir"[51]. Ancak uygulamada bu uzmanların görevlendirilmesi, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü ile İl Müdürlükleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Kanun koyucu, çocukların teslim işlemi ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların uygulanmasından olumsuz etkilenmemesi amacıyla, diğer ilamların icrasından farklı düzenlemeler getirmeyi amaçlamıştır[52].

1. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası

Çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili ilamlar İİK m. 25/a ile gerçekleştiriliyordu. Buna göre bu ilam, karşı taraf bakımından yerine getirilmezse alacaklı ilamlı icra takibi başlatabilirdi. Takip talebinden sonra icra dairesi tarafından borçluya icra emri gönderilirdi. İcra emri tebliğ edildikten sonra borçlu buna uymaz ve ilam uyarınca kişisel ilişki kurulmasına izin vermezse ilam, icra dairesi tarafından zorla yerine getirilirdi. Burada borçlunun ikametgahına gidilir, çocuk alınır ve kişisel ilişki kurulması icra dairesi marifetiyle sağlanırdı. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamın icrası alacaklı zamanında ve usulüne uygun olarak başvurduğunda borçlunun çocuğu kaçırma ihtimali mevcuttur. Bu ihtimalde şayet ilamda kişisel ilişki için öngörülen süre geçse bile alacaklı süresi içinde başvurduğu için çocuğun alacaklıya teslimi gerekmekteydi. Zira ilamdaki sürenin geçmesinde alacaklının kusuru yoktu. Bu nedenle çocukla kişisel ilişki kurulmasının engellenmemesi gerekmekteydi[53].

Yine burada da çocukla kişisel ilişki kurulmasında uzman bulundurmak zorunluydu. Aynı şekilde icra müdürünün zor kullanma yetkisi, kilitli yerleri çilingir aracılığıyla açtırma yetkisi vardı. Zor kullanma yetkisinin çocuk üzerinde uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür[54]. Yukarıda belirttiğimiz gibi kanaatimizce zor kullanma yetkisinin çocuk üzerinde kullanılmaması gerekmektedir.

Süreç boyunca masrafların kim tarafından ödeneceği uygulamada sorunlara neden olmuştu. Yargıtay'ın konuyla ilgili farklı yönde kararları mevcuttu[55].

2. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Tedbir Kararlarının İcrası

Konuyla ilgili tedbir kararlarının icrası Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)[56] m. 393 (ihtiyati tedbirlerin yerine getirilmesine ilişkin madde) uyarınca gerçekleşti-

---

51 İcrada görev alan uzmanların sorumluluklarıyla ilgili bkz. Mavi (n 36) 272 vd.

52 İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunun Genel Gerekçesi.

53 İbrahim Özbay, 'Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası' (2009) e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 84, 6.

54 Mavi (n 36) 277, 278.

55 12. HD, 12.02.2004, 25314/2441; 12. HD, 11.4.2019, E. 2018/6638, K. 2019/6243; 12. HD, 17.2.2009, E. 2008/22832, K. 2009/2925.

56 *Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011 Resmî Gazete Sayısı: 27836.*

rilmekteydi. Çünkü ihtiyati tedbir kararları ara karar niteliğinde olduğundan ilamlı icra yoluyla icrası mümkün değildir[57] [58].

3. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarına Uyulmaması Durumunda İzlenecek Yol

Değişikliklerden önce konuya ilişkin emirlerin yerine getirilmesine karşı çıkıldığında İİK m. 341 uygulanmaktaydı. Bunun yaptırımı kişiye tazyik hapsi uygulanmasıydı[59]. Tazyik hapsinin özelliği gereği hapis uygulandıktan sonra kişi eğer ilamı veya ara kararı uygularsa cezası sona ermekte ve tahliye edilmekteydi.

B. İİK'da Yapılan Değişiklikler

Çocuk teslimi konusunda taşınır teslimini düzenleyen maddeler (İİK m. 25, m. 25/a), m. 24'e atıf yapmaktaydı. Bu hükümler öğretide sıkça eleştiriliyordu. Çünkü m. 24 taşınır teslimini düzenleyen bir madde olduğundan çocuk tesliminin taşınır teslimine benzetilmesi haklı eleştirilere neden olmaktaydı. Çocukların bir eşya olmadığı dolayısıyla taşınır gibi teslim edilemeyeceğinden bahisle ilgili hükümlerin yürürlükten kaldırılması öneriliyordu[60]. 7343 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce çocuk tesliminin icra memuru ve polisler aracılığıyla gerçekleştirilmesi çoğu zaman çocuğun psikolojisini kötü etkilemekteydi. İşlemler icra dairesi vasıtasıyla yapıldığında ortam adeta bir kaosa dönmekte ve bu medyaya da yansımaktaydı. Medyada çocuk teslimi "çocuk haczi" olarak adlandırılmaktaydı[61]. Mahkemelerin verdiği kararların uygulanmasını sağlamaya çalışan anne, babalar sırf çocuklarını görebilmek için ücret ödeyerek icra dairesine başvurmaya mecbur bırakılıyordu. Bu düzenlemeler çocuğun yararını gözetmemekte, üstüne çocuk üzerinde olumsuz etkiler bırakmaktaydı. Bu sebeplerle öğretide çağdaş hukukun çocuk odaklı yakla-

---

57 Süha Tanrıver, *Medeni Yargılama Usul Hukuku Cilt I (*4. Bası Yetkin Yayınları 2021) 115-116; Murat Atalı, *Pekcanıtez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. III (*15. Bası On İki Levha 2017) 1971; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III* (6. Bası Beta Basım 2001) 3004.

58 12. HD, 10.4.2019, 6646/6112; 12. HD, 12.03.2019, 6071/4156; 8. HD, 15.09.2014, 17558/15964; 8. HD, 08.05.2014, 18493/8945; 8. HD, 6.12.2012, 11222/11864; 12. HD, 24.9.2012, 9737/27471; 12. HD, 10.02.2012, 16477/3085; 8. HD, 28.9.2012, 5633/6412; 8. HD, 21.06.2012, 5863/5962; 12. HD, 29.9.2011, 1289/17032, (https://app.e-uyar.com/

59 12. HD, 26.11.2019, 12797/17037 (https://app.e-uyar.com/) 16. HD, 17.7.2009, 5145/5149.

60 Özbay Çözüm Önerileri (n 27) 108; Derya Belgin, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2011, 135-136; Derya Belgin Güneş, 'Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2021) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 913-931, 928; Serhat, Sarısözen, 'İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi' (2015) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 53-96, 94-95; Mardin (n 1) 197; Reyhani Yüksel (n 36) 1554; Gayretli Aydın (n 30) 22.

61 Bu konuda detaylı inceleme yapılan bir araştırma makalesi için bkz. Hatice Şahin, 'Çocuk Haczi Uygulamasına Yönelik Tepkiler: Twitter Örneği' (2021) Hafıza Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S. 2, C. 3, 167-180.

şımının benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüştür[62].

Bahsedilen eleştiriler ile ilgili olarak bazı başvurular AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) nezdinde de değerlendirilmiştir[63] [64]. 2003 yılında 2004 sayılı İİK'ya eklenen madde ile çocuk teslimi esnasında uzman bulundurma zorunluluğu getirilmişti. Ancak bu uzmanların ne derece yetkin olduğu ve çocuk teslimi esnasında ne derece etkili olabildikleri de tartışmalıydı[65].

Yukarıda saydığımız sebeplerle icra dairesinin süreçte geri planda kalması gerekmekteydi. Öğretide yazarlar, takibe ilişkin kısımları memurların yapmasını, ancak çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının Adalet Bakanlığı dışındaki uzmanlardan oluşan bir birimce yerine getirilmesini önermişlerdir[66]. Aynı şekilde öğretide diğer yazarlar da mevcut sistemin sona ermesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir[67]. Öğretide Türkmen, çözüm yolu olarak İsviçre'deki sistem gibi maddî hukukta değişiklikler yaparak yükümlülüğünü uygulamayanın resmî makamlarca uyarılmasına başvurulabileceğini belirtmiştir. Yazar ayrıca Alman hukukundan örnek vererek, icraya başvurmadan önce uzlaştırma gibi mahkemenin arabuluculuğuna başvurularak tarafların uyuşmazlığı çözebileceğine dair pozitif düzenlemeler yapılmasını da önermiştir[68].

Bütün bu adımlardan sonra 7343 sayılı Kanun kabul edilmiş ve İİK'da çocuk teslimiyle ilgili düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu kararlar artık ÇKK hükümlerine göre yerine getirilecektir.

---

62 Özbay Çözüm Önerileri (n 27) 32 vd.; Mardin (n 1) 23 vd.; Belgin Güneş Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi (n 48) 3 vd.

63 Levent Börü, Şafak Parlak Börü, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler' (2022) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (3), 1227- 1277, 1234.

64 Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başv.2013/9047-Başv.T.16.12.2013, KT.7.05.2015 karar hak. bkz. Erlüle (n 7) 279, dn. 82.

65 Göktan Koçyıldırım, *Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, Sosyal Hizmet Anabilim Dalı, Ankara 2010, 132 vd.

66 Belgin (n 60) 135- 136.

67 Mardin (n 1) 197; Özbay Çözüm Önerileri (n 27) 108; Sarısözen (n 60) 94- 95; Reyhani Yüksel (n 36) 1554; Türkmen (n 8) 1150.

68 Türkmen (n 8) 1150. Yazara göre, zorla icra başvurulacak son yol olmalıdır. Ayrıca bazı yazarlar da aile arabuluculuğu sistemini önermiştir: Fatih Alkan, 'Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri', Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu, 29-30 Nisan 2019, 1-28.

C. 7343 Sayılı Kanun'dan Sonra Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi

1. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlam veya Tedbir Kararlarını Yerine Getirecek Merci

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların yerine getirilmesine ilişkin işlemlerde süreçte görevli kurum icra daireleri değil artık yine Adalet Bakanlığı'na bağlı olan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleridir. Yetkili müdürlük ise çocuğun yerleşim yerindeki müdürlüktür. Oysa ilamlı icra hükümlerinin uygulandığı dönemde her icra dairesinin yetkisi vardı. Çocuk Koruma Kanunu'nun çocuğun yerleşim yerindeki müdürlüğü yetkili kılması bu açıdan İİK'daki düzenlemeden farklıdır. Burada ilamların diğer mahkeme ilamlarından farklı olarak değerlendirilmesi ve ona göre yetkili merciin farklı belirlenmesi isabetli bir yaklaşımdır. Çünkü burada çocuğun üstün menfaati çocuğun yerleşim yerindeki müdürlüğün yetkili kılınmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan Kanunun amacına uygun bir düzenleme olmuştur.

2. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirileceği Teslim Mekanları

Teslim mekanlarını Müdürlük belirleyecektir. Burada İİK'dan farklı bir düzenleme mevcuttur. Zira İİK'da kararlar çocuğun yerleşim yerinde icra ediliyordu. Bu da adeta bir kaos ortamı yaratıp psikolojik olarak çocuğu yıpratıyordu. Elverişli teslim mekânı yoksa bunlar oluşturulacaktır.

Kanun düzenlemesine bakıldığında hangi teslim mekanının belirleneceği müdürlüğe bırakılmıştır (ÇKK m. 41/D-1). Ancak bu yetkiye sahip olan müdürlük teslim mekanını yükümlünün evi olarak belirlememelidir[69]. Teslim mekanının yükümlünün evi olarak belirlenmesi beraberinde birçok sorunu getirebilir. Zaten kanun değişikliğinin amacı çocuğun üstün yararını gerçekleştirmek amacıyla çocuk odaklı bir yaklaşımı benimsemektir. Teslim mekânı olarak yükümlünün evinin belirlenmesi, birbiriyle belki de nezaket kuralları dahilinde bile görüşemeyecek eski eşleri yine bir araya getirmek anlamına gelir. Bu da değişikliklerden önce çocuğun yerleşim yerinde gerçekleştirilen "çocuk haczi" uygulamalarına benzeyecek ve kaos ortamı yinelenecektir.

3. Çocuk Teslimi Prosedürü

a. Başvuru

Çocuk teslimine ilişkin ilam ya da tedbir kararlarını kişinin kendi rızasıyla uygulaması gerekir. Çocuğun üstün yararı açısından olması gereken budur. Ancak kararların rızaen yerine getirilmemesi durumunda hak sahibi müdürlüğe başvura-

---

[69] Çağrı Mardin, 'Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki: Çocuk Koruma Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında İlk Tespitler', Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bülteni, 2021, https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/62.

caktır. Başvuruyu alan müdürlük yerine getirilmesi talep edilen ilamı resen incelemekle yükümlüdür. Söz konusu belgenin ilam yahut tedbir kararı olması gerekir. Değilse müdürlük başvuruyu reddetmelidir[70]. Karar ilam niteliğinde ise müdürlüğün kararın kesinleşip kesinleşmediğini de incelemesi gerekir[71]. Çocuk teslimine dair ilamın yerine getirilebilmesi için kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Çünkü HMK m. 367 uyarınca aile hukukuna ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez.

Başvuru sonrasında müdürlük bütün iletişim yollarını kullanır ve yükümlüyle irtibata geçer. Tebligat yapılmasına gerek kalmaksızın müdürlüğün doğrudan irtibat kurmasının düzenlenmesi süreci kısaltabilmek adına yapılan bir değişikliktir[72]. Düzenlemede hangi iletişim araçlarının kullanılacağı madde metninde yahut gerekçede belirtilmemiştir. Bu sebeple telefon, sms, e-posta, posta gibi yollara başvurulabilir. Yükümlüyle irtibat kurulması Tebligat Kanunu hükümlerine tabi değildir. Burada amaç hem hızlıca iletişime geçilmesini sağlamak hem de çocuk teslimine ilişkin ilamın veya tedbir kararının yerine getirilmesini öncelikle rızayla sağlamaya çalışmaktır[73]. Yükümlü ile irtibat kurulamamasının olumsuz herhangi bir hukuki sonucu bulunmamaktadır[74].

Müdürlük, başvuru üzerine derhal harekete geçmelidir. Burada kanunda düzenlenen bir süre yahut "derhal" ibaresi mevcut değildir. Bu süreçte çocuğun üstün yararı esas alındığından kanımızca herhangi bir şey belirtilmiş olmasa da derhal harekete geçilmelidir. Belki müdürlük bakımından irtibata geçmek için düzenleyici bir süre öngörülebilirdi. Ancak süre öngörülmüş olmasa da müdürlüğün başvuru üzerine harekete geçmemesi, işlemi sürüncemede bırakması ihtimalinde kanımızca ÇKK m. 41/E'de düzenlenen şikâyet yoluna başvurulabilir. Bazı hallerde ise çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlarda müdürlük yükümlüyle hiç irtibata geçmeden ya da irtibata geçmiş olmasına rağmen teslim emri göndermeden, doğrudan çocuk nerede bulunursa bulunsun alınarak hak sahibine teslim edilebilir (ÇKK m. 41/B, son fıkra).

Öğretide, ilamdan haberi olan ve buna rağmen yerine getirmeyen yükümlünün zorlama olmaksızın yeniden davet ediliyor oluşunun gereksiz bir bürokrasi yaratacağı ifade edilmiştir[75]. Kanaatimize göre, müdür tarafından iletişim için görevlendirilen uzman tarafından gerçekleştirilecek bu bildirimin olumlu etkisi olabilecektir.

---

70 İmir (n 28) 100.

71 İmir (n 28) 101.

72 Gayretli Aydın (n 30) 23; Börü, Parlak Börü (n 63) 1260.

73 Cengiz Topel Çelikoğlu, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının İcrasına Dair Mevzuat Değişikliği Hazırlık Çalışmalarının Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Selçuk Öztek'e Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, 843-965, 893.

74 Çelikoğlu (n 73) 894.

75 Ersin Erdoğan, 'Çocuk Teslimine İlişkin İlamların Yerine Getirilmesi (İcrası) (7343 Sayılı Kanun'la Gerçekleştirilen Değişiklikler Kapsamında)', Türk Hukukunda Çocuk, Editörler: Ersin Erdoğan, Belkıs Vural Çelenk, Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları 2022 355-372, 364.

Özellikle ilgili uzmanın bu bildirimi yaparken öncelikle kendisini ve konumunu doğru bir şekilde tanıtması daha sonra süreci anlatarak çocuğun üstün yararını hatırlatması yükümlü nezdinde olumlu bir etki bırakabilir. Özellikle devletin resmi olarak atadığı uzman tarafından iletişime geçilmesinin birçok durumda teslim emrinin tebliğine gerek olmaksızın çocuğun belirlenen yere teslimini sağlayabileceği kanaatindeyiz. Hatta bu hükmün yeni kanunun en önemli maddesi olduğu düşüncesindeyiz. Dolayısıyla mümkün olduğunca bu iletişimin telefon yolu ile yapılmaya çalışılması gerekir. Bu iletişimin etkili bir şekilde yapılması için ilgili uzmanlara gerekli iletişim eğitimlerinin verilmelidir. Bu hususun çocuk teslimine yönelik yeni hükümlerin merkezinde olan çok önemli bir husus olduğu düşüncesindeyiz.

b. Teslim Emri, Tebliği ve Yerine Getirilmesi

İrtibat kurulduktan sonra yükümlü çocuğu çocuğu getirmez yahut irtibat kurulamazsa müdürlük derhal bir teslim emri tebliğ eder. Buna göre çocuk getirilirse eğer hak sahibine teslim edilir. Eğer edilmezse çocuk müdürlükçe alınıp hak sahibine teslim edilir. Bu süreçte kolluktan yardım alınabilir. Burada bu işlem uzmanlar (olmadığı yerde öğretmenler) tarafından gerçekleştirilecektir. Eğer kolluk da süreçte yer aldıysa uzmanın çocuğun kolluk görevlileriyle iletişime geçmemesini sağlaması gerekmektedir[76]. Aynı zamanda işlemler esnasında ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Müdürün zor kullanma yetkisi çocuk üzerinde asla kullanılmamalıdır[77].

4. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Prosedürü

a. Başvuru

Çocukla kişisel ilişkinin nasıl kurulacağı, ne sıklıkta olacağı gibi hususlar mahkemece takdir edilmektedir. Bu kararlar uygulanmadığında sürece başvuru çocuk teslimine ilişkin kararların uygulanmadığında olduğu gibidir. İİK'dan farklı olarak bu husus ÇKK'da daha detaylı düzenlenmiştir.

Süreç yine hak sahibinin başvurusuyla başlayacaktır. Müdürlük sunulan kararın niteliğini inceleyip yükümlü ile iletişime geçer. Müdürlüğün mahkemece belirlenmiş kişisel ilişki kurulmasına ilişkin gün ve saati değiştirmesi mümkün değildir.

b. Teslim Emri ve Tebliği

Yükümlüyle iletişime geçilemezse yahut geçilse bile çocuğu getirmezse devreye yine müdürlük girecektir. Gönderilen teslim emrinde mazereti varsa eğer bunu bildirmesi gerektiği, emri uygulamazsa disiplin hapsine tabi tutulacağı belirtilir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasından sonra hak sahibi mazereti olmaksızın çocuğu

---

[76] İmir (n 28) 125- 126; Mardin, Çocuk Teslimi ve Çocukla kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (n 1) 162; Eğer kolluktan destek alındıysa sivil kıyafet giymelerinin çocuk psikolojisi açısından daha iyi olacağı yönünde bkz. Gayretli Aydın (n 30) 22.

[77] Talih Uyar, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler', www.e-uyar.com; Özbay, Çözüm Önerileri (n 27) 74; İmir (n 28) 124-125; Erdoğan (n 75) 365.

geri getirmezse hak sahibi hakkında müdürlük tarafından suç duyurusunda bulunulabilir. Hak sahibi çocuğu getirdikten sonra bir şekilde yükümlüye teslim mümkün olmazsa çocuk hak sahibinde kalabilir. Bu da çocuğun barınması için geçici tedbirler alınmalıdır.

Hak sahibi, çocuğu teslim almadan önce müdürlüğe en az kırk sekiz saat önce geleceğini bildirse de haklı bir mazeret olmaksızın iki kez veya bir yılda üç kez gelmezse, dosyanın işlemden kaldırılmasına ve teslim emrinin hükümsüz hale gelmesine karar verilir. Hak sahibi, çocukla kişisel ilişkiyi tekrar talep ederse hukuki sürecin başına dönülecek ve yeniden başvuru yapmak zorunda kalacaktır.

Teslim emrinin tebliğinden sonra yükümlü, emrin gereğini bir yıl boyunca yerine getirir ve devamında da mahkeme kararına uygun hareket edeceğini taahhüt ederse, müdürlük dosyanın işlemden kaldırılmasına ve teslim emrinin geçersiz hale gelmesine karar verebilir. Burada müdürlük uzmanın görüşünü alacaktır. Bu fıkra yükümlünün teslim emrinin gereklerini düzenli olarak yerine getirmesini, ilerleyen zamanlarda böyle bir başvuruya ve teslim emrine gerek kalmaksızın mahkeme kararlarını uygulamasını sağlamayı amaçlamaktadır[78].

c. Danışmanlık Tedbiri

ÇKK m. 41/C, 8. fıkrada danışmanlık tedbirine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre: "Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair işlemlerin çocuğun üstün yararını koruyacak şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla müdürlüğün önerisi üzerine aile mahkemesince, çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Yükümlünün teslim emrine aykırı ilk hareketinde müdürlük yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasını aile mahkemesinden talep eder". Danışmanlık tedbiri, çocukla kişisel ilişki kurulması işlemlerinde yaşanan çatışmaların çözümünde kullanılabilecek faydalı bir hukuki araçtır. Bu hüküm yalnızca çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından düzenlenmiştir. Aynı düzenleme ne yazık ki çocuk teslimi bakımından mevcut değildir. Çocuk teslimi işlemlerinde bu imkânın kullanılamaması çatışmaların çözümünde kullanılacak hukuki araçlarda eksiklik yaratacaktır. Kanımızca burada kanunda bir düzenleme yapılmalıdır. Yapılan düzenleme ile çocuk teslimi işlemleri bakımından da danışmanlık tedbirine karar verilebileceği öngörülmelidir.

d. Velayetin Değiştirilmesi

7343 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkra ile 38. maddesiyle 324. maddesine eklenen üçüncü fıkrada önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu hükümler uyarınca, velayetin kendisine bırakıldığı anne veya babanın kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararının gereklerini yerine getirmemesi hâlinde, mahkeme tarafından velayetin değiştirilmesi ihtarında bulunulabileceği ve gerekli koşulların gerçekleşmesi durumunda, çocu-

[78] Gayretli Aydın (n 30) 25.

ğun üstün yararına aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu değişiklikler, özellikle çocuk teslimine veya kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrasında mevcut mevzuatın veya uygulamanın yetersizliklerinden yararlanarak, ciddi bir yaptırımla karşılaşma riskini göze almadan diğer ebeveynin çocukla bağ kurma hakkını ihlal eden anne ya da babaların tutumlarına karşı bir yaptırım mekanizması tesis etme amacını taşımaktadır. Nitekim, mukayeseli hukukta da benzer düzenlemelere rastlanmakta olup, bu tür mekanizmaların çocuk yararının korunması açısından önemli olduğu değerlendirilmektedir.

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, çocuğun diğer ebeveynle kişisel ilişki kurmasının engellenmesi hali, uygulamada hâlihazırda kabul edilen bir gerekçeye paralel olarak, Türk Medeni Kanunu'nda açıkça velayetin değiştirilmesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak, anılan hükümlerin lafzı itibarıyla yeterince açık ve kapsamlı olmadığı dikkati çekmektedir. Bu çerçevede, kişisel ilişkinin engellenmesinin velayetin değiştirilmesi sonucunu doğurabilmesi için bu durumun süreklilik arz etmesi gerektiği yönünde bir yorum isabetli olacaktır. Nitekim, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği, velayet düzenlemelerinde asıl olan istikrarın korunması, yani velayetin mümkün olduğunca değiştirilmemesidir. Bununla birlikte, velayet hakkına sahip olan ebeveynin diğer ebeveyne yönelik olarak çocuğun kişisel ilişki kurmasını engelleme saikiyle tehditte bulunması, örneğin çocuğa karşı şiddet uygulama tehdidinde bulunması ya da bu tehdidi fiilen gerçekleştirmesi gibi durumlarda, hatta bu tür fiillerin tekil bir eylemden ibaret olması hâlinde dahi, velayetin değiştirilmesi için yeterli sebep oluştuğu kabul edilmelidir. Ayrıca, uygulamada yerleşik hale gelmiş olan görüşün aksine, velayet sahibi olmayan ebeveynin 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen 41/A ve devamı maddeler kapsamında resmi makamlara başvuru yapmış olması aranmayıp, kişisel ilişki kurulmasının engellendiğinin usul hukukunun ispat kuralları çerçevesinde ortaya konulması yeterli olacaktır. Son olarak, velayet hakkına sahip ebeveyne velayetin değiştirilebileceğine ilişkin ihtarda bulunulması, söz konusu hükmün uygulanabilirliği açısından mutlak bir ön koşul teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, mahkeme kararında böyle bir ihtarın yer almaması hâlinde dahi, kişisel ilişkiyi engelleyen ebeveynden velayetin alınması mümkündür[79].

5. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin İşlemlere Karşı Şikâyet ve İtiraz

Konuya ilişkin işlemler Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nce yapılmaktadır. Değişikliklerden önceki dönemde icra dairesinin yaptığı işler şu anda müdürlüğün görev kapsamındadır. Değişiklikler öncesi dönemde şikâyet için icra mahkemelerine başvurulmaktaydı. Ancak yeni düzenlemeye göre müdürlük tarafından yapılan işlem kararlara karşı bir hafta içinde aile mahkemesine şikâyette bulunula-

[79] Caner Taşatan, 'Velayetin Değiştirilmesi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2022, C 28, S 1, 387-406, 400, 401.

bilir. Burada şikâyet ve itiraz bakımından icra mahkemelerinin görevlendirilmemiş olması önemli bir değişikliktir. Bu bizim açımızdan olumlu bir gelişmedir[80]. Zira süreçteki kararlar da aile mahkemesinde verilmektedir. Şikâyet yoluna yalnızca hak sahibi ve yükümlü değil, menfaati bulunan herkes başvurabilir[81].

ÇKK'da düzenlenen bu hukuki çare, esasen İİK'da düzenlenen şikâyet yoluna benzemektedir. Ancak bazı farkları bulunmaktadır. Farklarından birisi başvurulacak mahkeme olup diğeri ise İİK'da şikâyet sebepleri açıkça sayılırken ÇKK'da böyle bir düzenlemenin mevcut olmamasıdır. Bu da sanki müdürlüğün bütün işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulabileceği gibi bir anlam çıkartılmasına sebep olmaktadır. Bu açıdan maddeye *"müdürlüğün kanuna aykırı işlemlerine şikâyette bulunulabilir"* gibi düzenlemenin eklenmesi kapsamı daraltabilmek ve şikâyetin sınırlarını çizebilmek açısından mantıklı olurdu. Nitekim öğretide de bu hususlar eleştirilmiştir[82].

İİK'da şikâyet süresi şikâyet sebebine bağlı olarak değişmekle birlikte bazı hallerde 7 gün yahut 5 gün ya da süresiz olarak belirlenmişken, ÇKK'da şikâyet süresi 1 hafta olarak düzenlenmiştir. İİK'da bazı hallerde şikâyetin süresiz olabileceği kabul edilmiştir. ÇKK'da ise kanun koyucu 1 haftalık süre dışında başkaca bir husus belirtmemiştir. Burada akıllara ÇKK kapsamında da şikâyetin süresiz olarak ileri sürülebileceği hallerin var olup olmadığı gelecektir. Açıkça bir düzenleme olmadığı gibi İİK'ya da atıf yapılmamıştır. Öğretide bazı yazarlar bunun bilinçli olduğunu[83], 2017'de yapılan ancak yasalaşmayan Mağdur Hakları Kanun Tasarısında[84] şikâyet konusunda aile mahkemesinin İİK'nın şikâyete ilişkin maddelerine kıyasen karar vereceğini düzenlediğini[85], ancak ÇKK'da böyle bir hükme yer verilmediğini, dolayısıyla buradaki şikâyet incelemesinin İİK'daki gibi yapıl-

---

80 Aynı yönde bkz. İmir (n 28) 128.

81 İmir (n 28) 128; Nesibe Kurt Konca, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem ve Kararlarına Karşı Şikâyet ve İtiraz', MİHDER, 2022, 8 (52), 367- 404, 376.

82 Yazara göre, "hükmün kapsamı, içeriği ve itiraz nedenleri açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Şikâyet nedenlerinin sınırları, mahkeme tarafından verilen erteleme veya iptal kararına rağmen müdürlük tarafından ilam ya da tedbir kararının uygulanması durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar gibi belirsizlikler bulunmaktadır. Bu nedenle, şikâyet usulüne ilişkin daha net ve ayrıntılı düzenlemeler yapılması gerekmektedir." Mardin, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (n1) 204; *Çağrı* Mardin, 'Enforcement of Custody and Contact Orders: Opinions on The New Provisions of The Child Protection Code', Medenî Usûl ve *İcra*- İflâs Hukuku Dergisi, 18 (51), 2022, 189-218, 204 (Enforcement Of Custody); Yazara göre, "yasa koyucunun getirdiği düzenleme ayrıntılı değildir. Bu nedenle icra iflas hukukuna özgü şikâyet yoluna özgü düzenlemelerden faydalanılabilir", Belgin Güneş (n 48) 62-63; benzer yönde görüş için bkz. Önder Topal, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrasında Yeni Dönem' 30 (3) (2022) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1331- 1365, 1345.

83 Kurt Konca (n 81) 374- 375, Yazara göre kanun koyucunun burada amacı aile mahkemelerine yapılan şikâyeti, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki şikâyet düzenlemeleriyle sınırlamamaktır.

84 Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, "Mağdur Hakları Kanun Tasarısı".

85 Bu hususta detaylı inceleme için bkz. Çelikoğlu (n 73) 940 vd.

mayacağını ileri sürmüştür[86].

Öncelikle söz konusu düzenlemede bir boşluk olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Buna göre İİK'nın şikâyete ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı belirlenebilir. Somut olaya uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmaması, kanun koyucunun ihmalinden ve bilgisizliğinden kaynaklanıyorsa buradaki boşluk "bilinçsizdir"[87]. Ancak söz konusu eksiklik kanun koyucu tarafından bilinçli tercih edilmişse, bunun çözümü uygulamaya bırakıldıysa burada "bilinçli boşluklar" söz konusudur[88]. Hukukta kıyas ancak bilinçsiz boşluk söz konusu olduğunda uygulanabilir. Ancak kanun koyucu bir tercih gereği bazı hususları bilinçli olarak düzenlemeyebilir. İşte bu halde kıyas yapılması mümkün olmayacaktır[89]. Ancak "olması gereken hukuk (de lege feranda)" açısından boşluk sayılabilir eksikliklerde esasen bir boşluktan söz etmek mümkün değildir. Bu hallerde eksiklik ancak pozitif bir norm değişikliği yapılmasıyla giderilebilir. Bu durumda hâkimin bunu boşluk olarak kabul edip doldurmaya çalışması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Bu çerçeveden bakıldığında ÇKK'da özellikle bu konuda düzenleme yapılmadığı ve yine özellikle kıyasen İİK hükümleri uygulanabilir şeklinde bir hükme de yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle kanun koyucu burada bilinçli bir şekilde susmuştur. Dolayısıyla burada İİK hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olmamalıdır. Çünkü kanun koyucunun burada bilerek bir düzenleme yapmadığı kabul edilmelidir.

Şu soru akla gelebilir; hak sahibinin müdürlüğe yapmış olduğu başvuru müdürlük tarafından gerçekleştirilmezse ne olacaktır? Bu durumda hak sahibi aile mahkemesine süresiz olarak şikâyet yoluna başvurarak işlemin yapılmasının emredilmesini talep edebilir mi? İşte kanun koyucu bu ihtimali bilerek bu hususu düzenlememiştir. Bu durum en fazla olması gereken hukuk (de lege feranda) bakımından düzenleme eksikliği -boşluk- olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda ise yine kıyas uygulanamaz. Bunun kanun koyucu tarafından kanun değişikliği ile giderilmesi gerekir[90]. Ancak bunun için önce mevcut kanun hükümlerinin uygulanmasından sonra bu şekilde bir sorunun ortaya çıkıp çıkmayacağının görülmesi ve bu şekilde bir düzenlemeye gerçekten ihtiyaç duyulması gerekir. En baştan bir boşluk olarak

---

86 İmir (n 25) 130. Yazara göre, şikâyet incelemesi İİK'daki gibi yapılmayacaktır. Yazar, aile mahkemesindeki normal yargılamaya göre inceleme yapılacağı belirtilmişse de bu konuya tam açıklık getirilmediğini, nitekim aile mahkemesinin daha önce böyle bir görevinin bulunmadığını, kanun koyucunun bu bilinçli susmasıyla konuyu uygulamaya bıraktığını, bu konularda daha detaylı ve kapsamlı düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmiştir.

87 Nurbanu Işık-Erzurumlu, *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları (*On İki Levha Yayıncılık 2023) 116.

88 Işık-Erzurumlu (n 87) 117.

89 Işık-Erzurumlu (n 87) 123.

90 Işık-Erzurumlu (n 87) 123.

kabul edilerek kıyasen İİK hükümlerinin uygulanması hukuk tekniği bakımından doğru değildir.

İcra dairelerinde olması muhtemel hakkın sebep olmadan sürünceme halinde bırakılmasının kanunun uygulanması durumunda ortaya çıkmayacağı düşünülmüş olabilir. Çünkü süresiz şikâyete neden olabilecek durumlar ÇKK'da son derece sınırlıdır. Süresiz şikâyete neden olabilecek bir durum en fazla başvuru talebini alan müdürlüğün bu talebin yerine getirilmesini sürüncemede bırakmasında olabilir. Ancak burada İİK'dan farklı olarak talebi alan müdürlüğün öncelikle yükümlü ile iletişime geçilmesi prosedürünü tamamlaması gerekmektedir. Kanunda buna yönelik olarak da bir süre öngörülmemiştir. Bu sürecin tamamlanmasından ve bu durumun tutanak altına alınmasından sonra müdürlük yükümlüye derhal bir teslim emri göndermek zorundadır. Ayrıca yükümlü ile iletişime geçilmesi çok önemli ve üstünkörü bir şekilde yapılmaması gereken bir süreçtir. Hatta kanunun uygulanması bakımından bu iletişim son derece önemli bir aşamadır. İşte bu sürecin sağlıklı bir şekilde tamamlanması gerekmektedir. Burada hak sahibinin hemen aile mahkemesine giderek şikâyet yoluna başvurması istenmemiş olabilir. Zaten bu durumda hak sahibi müdürlük ile iletişime geçerek süreç hakkında bilgi alabilir ve teslim emrinin gönderilmesini talep edebilir.

Burada müdürlükleri icra daireleri gibi düşünmemek gerekir. Burada taraf menfaati dışında çocuğun da üstün yararının korunduğu ve olaya daha hassas yaklaşılmaya çalışıldığı, bahsettiğimiz gibi öncelikle yükümlü ile iletişime geçilmeye çalışıldığı özel bir durum söz konusudur. O nedenle burada müdürlüğü icra daireleri ile söz konusu süreci de sıradan bir icra emrinin yerine getirilmesi süreci ile kıyaslamamak gerekir. Kanunda bu durumun dışında müdürlüğün İİK'da olduğu gibi bir işlemi sürüncemede bırakabileceği durumlar yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla kanun koyucu İİK'daki hükümlerin kıyasen uygulanmasını istemediği gibi bunu düzenleme gereği de duymamıştır.

Şikâyet incelemesi sonucunda verilen karara bir hafta içinde itiraz edilebilir. Öğretide yazarlar, burada itiraz yolu olarak yine ilk derece mahkemelerinin görevlendirilmiş olmasına, itiraz yönteminin etkili halde uygulanabileceğinin düşük ihtimal olduğu yorumunda bulunmuşlardır[91]. ÇKK'da belirlenen bu itiraz usulü hukukumuza yabancı değildir. Hukukumuzda bir hukuki başvuru yolu olan itirazın aynı düzeydeki ve genellikle de o mahkemenin numara olarak kendisini izleyen daireye yapılması yolu tercih edilmiştir. Nitekim HMK m. 337'de buna benzer şekilde itirazı incelemeye yetkili mahkeme ilk olarak o mahkemenin numara itibari ile kendisini izleyen bir başka dairesidir. Dolayısıyla hukuki başvuru yolu olarak itiraz kurumunun tercih edilmesinden sonra bu şekilde aynı derecede bulunan mahkemenin itirazı incelemeye yetkili olması normal bir durumdur.

---

[91] Mardin, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (n 1) 204.; Yazara göre, "burada şikâyeti inceleyecek mahkeme ile yazı işleri müdürlüğünün aynı olma ihtimalinden sorun çıkabilir. Bu da çalışma barışını olumsuz etkileyecektir."; Kurt Konca (n 81) 387.

İİK'ya göre icra dairesi, icra mahkemesinin denetimi ve gözetimi altındadır (İİK m. 4, 13). Ancak bu denetim kendiliğinden olmayıp taraflardan ya da ilgililerden birinin şikayetine bağlıdır. İcra mahkemesi, şikayet üzerine yalnızca şikayete konu olan işlemi denetler. Buradaki denetim Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılan idari denetimden farklıdır. ÇKK'da düzenlenen şikayet kurumunda ise esasen aile mahkemesi kendisinin vermiş olduğu kararların yerine getirilmesini denetlemektedir. Oysa icra mahkemesi, icra dairelerinin işlemlerini denetlediğinde kararı veren mahkeme kendisi değildir. Aile mahkemesi, şikâyet yoluyla önüne gelen dosyada çocuğun üstün yararının gerçekleştirilebilmesi adına ilâm veya tedbir kararı hakkında resen harekete geçerek esas hakkında yeni bir karar verebilir[92].

6. Masraflar

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin işlemler icra dairelerince yapıldığından masrafların kim tarafından karşılanacağı sorunlara neden olmaktaydı[93]. Bu sorunların üstesinden gelinebilmesi için kanun koyucu buradaki işlemleri tüm harçlardan muaf kılmıştır. Buna göre bütün masraflar bakanlık bütçesinden karşılanacaktır. Ancak bunların içine avukatlık ücreti dahil değildir. Bu önemli bir değişikliktir. Çünkü masraflara katlanamadığı için çocuğuyla görüşemeyen ebeveynler söz konusu olmaktaydı. Kişisel ilişki süreci sık sık tekrarlanacağından bu sürecin düzenli bir şekilde tekrarlanması sebebiyle masraflardan kaynaklı olarak ilişkiler bozulabilmekteydi ve belki de tamamen bitmekteydi[94] [95].

Süreçte görev alan uzman ve öğretmenlerin ücretleri de düzenlenmiştir. Değişiklikler öncesinde buna ilişkin bir tarife mevcut değildi. Bu nedenle de icra müdürlükleri birbirinden farklı ücretler belirlemekteydi. Bu da uzmanlar arasında eşitsizlik durumu yaşanmasına ve belki de süreçteki motivasyonlarının düşmesine neden olmaktaydı. Burada çocuğun üstün yararı öncelenmiştir. Bu açıdan olumlu bir değişiklik yapılmıştır.

7. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet

Cezai yaptırımlar ÇKK m. 41/F'de düzenlenmiştir. Aynı husus önceden İİK m. 341'de düzenlenmişti. Önceki sistemden farklı olarak yaptırım öngörülen fiiller,

---

92 Kurt Konca (n 81) 373.

93 "Takibe gerek kalmadan borçlu kararı uyguluyorsa veya davranışıyla takibin başlatılmasına neden olmuyorsa, engelleyici bir tutum sergilemiyorsa takip masraflarından sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Aksine, talepte bulunan alacaklının bu masrafları üstlenmesi gerektiğine karar verilmiştir.", 12. HD, 12.02.2004, E. 2003/25314, K. 2004/2441; 12. HD, 27.03.2012, E. 2011/25080, K. 2012/9796.

94 Koçyıldırım (n 65) 323-324; Derya Belgin Güneş, 'Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, 913-931, 925.

95 Özbay, Çözüm Önerileri (n 27) 97; Börü, Parlak Börü (n 63) 1260.

görevli mahkeme, şikâyet süresi, yaptırımın niteliği, yaptırıma karşı itiraz yolu değiştirilmiştir. Önceden kararlara muhalefet bakımından yalnızca tek yaptırım düzenlenmekteydi. Oysa ÇKK'da her iki duruma muhalefete karşı ayrı ayrı yaptırımlar öngörülmüştür.

Yeni düzenlemede kararların uygulanmasına aykırı davranışlar sergileyenler yahut uygulanmasını engelleyenler üç aya kadar disiplin hapsi[96] ile cezalandırılır"[97]. Kastedilen söz konusu fiillerin kasti şekilde gerçekleştirilmesidir. Yaptırım uygulanabilmesi için failin kasti şekilde fiili işlemek için bir iradesinin bulunması gerekmektedir[98].

İİK'da yaptırım tazyik hapsi iken ÇKK'da disiplin hapsi olmuştur[99]. Esasen burada disiplin hapsinden kastedilen kamuyu ilgilendiren konulardaki kurallara uygun şekilde davranışta bulunmanın sağlanmaya çalışılmasıdır. Söz konusu kararların sağlıklı uygulanabilmesi için kurallara uyulması gerekmektedir. Söz konusu kurallara aykırılığın yaptırımı ise disiplin hapsi olarak öngörülmüştür[100]. Burada amaç kişiyi belirli bir süre özgürlüğünden alıkoyarak bahsedilen kurallara uygun davranmasına zorlamaktır. Ceza hukukunda olduğu gibi buradaki ceza, suçun karşı-

---

96 Yabancı hukuk sistemlerinde düzenlenen yaptırım örnekleri hakkında detaylı inceleme için bkz. Börü, Parlak Börü (n 63) 1267 vd.: Yaptırımların kapsamı ülkeden ülkeye farklılaşmaktadır. İdari para cezası, hapis cezası, velayet hakkının değiştirilmesi/kaldırılması gibi yaptırımlar söz konusu olabilir. Bazı ülkelerde zor kullanma hiç düzenlenmemiştir. Düzenlenen ülkelerde ise en son çare olarak başvurulmuştur. Common Law sisteminde yükümlünün ücret almadan kamu hizmetinde çalıştırılması da düzenlenen yaptırımlar arasındadır. Yurtdışına çıkışın engellenmesi, sürücü belgesine yahut pasaporta el konulması, çok ciddi konularda vatandaşlıktan çıkarılma gibi yaptırımlar da mevcuttur. Yazarlar bu süreç için aile arabuluculuğu sisteminin devreye sokulması gerektiğini düşünmektedir.

97 Detaylı inceleme için bkz., Seyhan Selçuk, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet', (2024) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 73 (1) 309-354.

98 "*Örneğin çocuğu teslim almak için müdürlükçe adrese gidildiğinde çocuğu gizleme, çocuğu kaçırma veya adreste kasti olarak orada bulundurmama yahut yeniden kaçırma gibi davranış şekillerinde teslim emrine aykırı hareket etme gerçekleşmiş olur. Bununla birlikte, çocuğun şahsında gerçekleşen ve çocuğun teslim edilmesine engel olan haklı sebebin varlığı durumunda aynı şekilde mücbir bir sebeple çocuğun teslim edilememesi yahut deprem, ciddi can güvenliği sorunu, zorunlu sebeplerle adresten ayrılma gibi durumlar gündeme gelmişse, yükümlünün teslim emrine aykırı hareket ettiğinden söz edilemez.*" Selçuk, 327; Özbay, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (n 53) 331; Belgin (n 60) 111.

99 Hakan Pekcanıtez, Mine Akkan, '7343 sayılı Kanunla İcra İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması', (2022) TBB Dergisi, S. 160, 259-297, 289 vd.; Yardımcı (n 48) 1487: "Kişisel ilişki kurulması adına disiplin hapsi pek isabetli bir araç değildir. Zira disiplin hapsinin uygulandığı durumda çocukla kişisel ilişki kurulması imkânsız hale gelecektir." Bu kararların yerine getirilmesi bakımından İİK hükümlerinin uygulandığı dönemde yazar, disiplin hapsi yerine ceza olarak icraya karşı koyma tazminatına hükmedilmesinin öngörülebileceğini belirtmiştir.

100 İcra takip işlemleri açısından benzer bir yaklaşım için İbrahim Ermenek, 'İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı', (2014) TAAD, S. 19, 279-320, 307, 308.

lığında verilen bir ceza değildir. Düzenlemede belirtilen süre dolduğunda kişi emri yerine getirmese dahi serbest bırakılacaktır.

Burada şikâyet için görevlendirilen ve yetkilendirilen mahkeme, işlem hangi müdürlük tarafından yapıldıysa oradaki aile mahkemesidir. Kanunda şikâyet hakkında karar verecek mahkeme belirlenmişken şikâyetin nereye ve nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Mülga İİK m. 341'in yürürlükte olduğu sırada icra ve iflas suçları açısından başvurunun savcılığa mı doğrudan icra mahkemesine mi yapılacağı hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür[101]. Kanımızca disiplin suçu ceza hukuku anlamında bir suç teşkil etmediğinden savcılığa başvurulmaması gerekir. ÇKK'da değişiklik yapılmadan önce şikâyet hakkında karar verecek olan mahkeme icra mahkemesiydi, dolayısıyla o zaman bu başvurunun icra mahkemesine yapılması gerekiyordu. Yine aynı şekilde değişiklik sonrası dönemde de emre muhalefet durumunda yaptırım uygulanabilmesi için şikâyeti incelemekle görevlendirilen aile mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Kanunda bu hususta açıkça bir düzenleme olmadığından bir kişinin süresi içinde aile mahkemesine değil de savcılığa başvurmuş olması ve bunun başvurandan kaynaklanmayan kabul edilebilir bir yanılgıya dayanması durumunda başvurunun akıbeti ne olacaktır? Soruya cevap olarak usul ekonomisi ilkesini işleterek savcılığa yapılan başvurunun yeterli olduğu dolayısıyla sürenin dolmuş olması ihtimalinde dahi başvuranın hak kaybına uğramayacağı söylenebilir. Ancak burada da karşımıza başvurunun aile mahkemesi önüne nasıl geleceği sorunu ortaya çıkabilir. Cumhuriyet savcısı yapılan başvuruyu değerlendirip görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğunu tespit ederse, ceza hukuku anlamında bir suç olmadığından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecektir. Bu ihtimalde bu karardan sonra belirli/makul bir süre içerisinde başvurunun aile mahkemesine yapılması gerektiği söylenebilir. Ayrıca savcılığın bunu aile mahkemesine bildirmesi gerektiği de söylenebilir[102]. Bu bildirimin nasıl yapılacağı, yapılması gerektiği kabul edilse bile ülke şartlarında adliyelerin ve savcılıkların yoğunluğu göz önüne alındığında mümkün olup olmadığı değerlendirilmeye muhtaçtır. Bu sebeple kanımızca bu hususta başvurunun da aile mahkemesine yapılması gerektiğiyle ilgili düzenleme yapılmalıdır.

SONUÇ

Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen hükümlerle yeni bir sistem oluşturulmuştur. Yeni sisteme göre söz konusu kararların uygulanmasını sağlayacak olan organ Adalet Bakanlığı bünyesindeki Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Genel Müdürlükleridir. Kanımızca burada Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü de görevlendirilebilirdi. 7343 sayılı Kanun ile müdürlüklerin verdiği kararlara ve yaptığı işlemlere karşı şikâyet yolu öngörülmüştür. Burada şikâyet yolu için görevlendirilen makam

[101] Ermenek (n 100) 299.

[102] Selçuk (n 97) 337.

aile mahkemeleridir.

Yine süreçte uzmanların görevlendirileceği düzenlenmiştir. Süreçte görev alacak uzmanların yetkinliği, çocuğun üstün yararının gerçekleştirilebilmesi için özellikle dikkat edilmesi gereken bir husustur. Ayrıca süreçte görev alan uzmanların ve öğretmenlerin ne kadar ücret alacağına ilişkin tarife ÇKK ve Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Öncesinde bu ödemeler icra müdürlükleri tarafından birbirinden bağımsız olarak takdir edildiği için eşitsizliklere sebebiyet vermiştir.

7343 sayılı Kanun ile "teslim mekanları" öngörülmüştür. Kanımızca bu da oldukça olumlu bir gelişme olup artık çocuğun yaşadığı yerde teslim alınması nedeniyle ortaya çıkacak krizlerin önüne geçilebilecektir.

İİK döneminde eleştirilere konu olan takip masraflarının kim tarafından karşılanacağı hususu ise yeni sistemde çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre, mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemlere dair bütün giderlerin Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Burada giderler açısından avukatlık ücreti istisna tutulmuştur. Burada da aynı şekilde çocuk odaklı bir yaklaşım görmekteyiz.

Aynı zamanda bu kanun ile TMK'ya da Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiş olan çocukla kişisel ilişkinin kurulmasının engellenmesi durumunda velayetin değiştirilebileceğini düzenleyen hükümler eklenmiştir.

Birçok olumlu değişiklikler olmakla birlikte İİK'da çocuk teslimi sürecinde genel anlamda uygulanan zor kullanma yetkisinin yeni sistemde de devam ettirildiği görülmektedir. Zor kullanmanın çocuğun üstün yararını sağlamak açısından ne derece faydalı olabileceği detaylı bir şekilde değerlendirilmeli ve ona göre uygulanmalıdır. Eski sistemde tazyik hapsi olarak yer alan ceza yeni sistemde disiplin hapsi olarak öngörülmüştür.

ÇKK ile, çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinde müdürlüğün başvurusu üzerine aile mahkemesi tarafından danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak aynı düzenleme çocuk teslimine ilişkin işlemler bakımından öngörülmemiştir. Kanımızca bu bir eksiklik olup burada da bu tedbire karar verilebilmeliydi.

KAYNAKÇA

Akyüz E, *Çocuk Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2015)

Algan M, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları* (On İki Levha Yayınları 2021)

Alkan F, 'Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri' (2019) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu

Atalı M, *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku C III* (On İki Levha 2017)

Bahadır Z, 'BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku

Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı' (2023/1) 70 Adalet Dergisi 213- 254

Baş S, Baş S, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme' (2023) (1) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1-32

Baysal B, 'Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu' (8) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95- 96

Belgin D, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2011

Belgin Güneş D, *Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi* (Yetkin 2022) (Anılış: Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi)

Belgin Güneş D, 'Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2021) S 2 C 29 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 913-931 (Anılış: Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Hükümlerinin Değerlendirilmesi)

Börü L, Parlak Börü Ş, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler' (2022) 71 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1227- 1277

Breitschmid P, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB* (3. Auf Schulthess Juristische Medien AG, 2016)

Büchler A, *FamKomm - Scheidung, Band I, Art. 273* (4. Auf.). (R. Fankhauser, Herausgeber), (Stämpfli Verlag 2022)

Coşkun U H, Sarıca, A D, Coşkun Y, 'Velayet Davalarında Çocukların Duruşma Salonunda Dinlenmesine İlişkin Hâkim, Avukat ve Uzman Görüşleri' (2019) C 1 S 2 Yaşar Hukuk Dergisi 248

Çelikoğlu C T, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının İcrasına Dair Mevzuat Değişikliği Hazırlık Çalışmalarının Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Selçuk Öztek'e Armağan, Filiz Kitabevi, 2022, 843-965

Dural M, Öğüz T, Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021)

Elçin E G, 'Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar' Çocuk Hakları Çalışmaları I, Editörler: E. Gülçin Elçin/ Arzu Genç Arıdemir, On İki Levha Yayıncılık, 2017, 1-26

Erdoğan E, 'Çocuk Teslimine İlişkin İlamların Yerine Getirilmesi (İcrası) (7343 Sayılı Kanun'la Gerçekleştirilen Değişiklikler Kapsamında)', Türk Hukukunda Çocuk, Editörler: Ersin Erdoğan, Belkıs Vural Çelenk, Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları 2022 355-372

Ermenek İ, 'İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı', (2014) S 19 TAAD 279-320

Erlüle F, 'Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı' (2018) Cilt 9 Sayı 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 259-284 (Anılış: Ziyaret Hakkı)

Erlüle F, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması', (2010) Cilt 16 Sayı 1-2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 181- 200 (Anılış: Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması)

Fendoğlu H T, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı Yetkin Yayınları 2021)

Gayretli Aydın S, '7343 sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler' (Mart 2022) 187 Terazi Hukuk Dergisi, 15-34

Gençcan Ö U, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021)

Görgün L Ş, Börü L, Kodakoğlu M, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Baskı Yetkin Yayınları 2022)

Hegnauer C, *Berner Kommentar Band II/2, Art. 274a* (Stämpfli Verlag 1997)

Işık Erzurumlu N, *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları* (On İki Levha Yayıncılık 2023)

İmir M S, *Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması* (Adalet Yayınevi 2023)

Koçyıldırım G, Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, Sosyal Hizmet Anabilim Dalı 2010

Kurt Konca N, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem ve Kararlarına Karşı Şikayet ve İtiraz' (2022) 8 (52) MİHDER 367- 404

Mardin Ç, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (*Yetkin Yayınevi 2019) (Anılış: Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası).

Mardin Ç, 'Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki: Çocuk Koruma Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında İlk Tespitler' (2021) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bülteni (Anılış: İlk Tespitler).

Mardin Ç, 'Enforcement of Custody and Contact Orders: Opinions on The New Provisions of The Child Protection Code' (2022) 18 (51) Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi 189-218 (Anılış: Enforcement Of Custody)

Mavi Ö, 'İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu' (2008) 74 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269- 281

Mordasini- Rohner C M, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auf Orell Füssli Verlag 2021)

Özbay İ 'Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2017) 4 2 Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 31- 110. (Anılış: Çözüm Önerileri)

Özbay İ, 'Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası' (2009/84) e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi (Anılış: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası)

Özbay İ, Aydemir F, 'Aile Mahkemelerinde Kendisinden Yararlanılan Bir Uzman Olarak "Psikolog"' Mart 2024 C 2 S 1 Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-42

Özkaptan, M N, Özkaptan E, Boylu M E, Cansunar F N, 'Adli Psikiyatri Perspektifinden Çocuk Velayeti ve Kişisel İlişki Kurma: Sosyodemografik, Klinik ve Hukuki Özelliklerin Değerlendirilmesi' (2024) C 38 S 1 Adli Tıp Dergisi 55-71

Öztan B, Öztan F 'Boşanmada Velayetin Tevdii' (2016) 2/2 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Reyhani Yüksel S, 'Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı' (2019) C 25 S 2 Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1539- 1556

Sarısözen S, 'İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi' (2015) C 10 S 2 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53-96

Schütt T, 'Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des psychologischen Aspekts' ZStV-Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/Nr. 133, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2002

Selçuk S, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet' (2024) 73 (1) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi 309-354

Serdar İ, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı" 9 (Özel Sayı) (2007) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan 739- 781

Sinanoğlu A, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2020)

Suata İ Z, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021)

Şahin H, 'Çocuk Haczi Uygulamasına Yönelik Tepkiler: Twitter Örneği' S 2 C 3 (2021) Hafıza Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi 167-180

Tanrıver S*, Medeni Yargılama Usul Hukuku,* Cilt I, 4. B (Yetkin Yayınları 2021)

Taşatan C, 'Velayetin Değiştirilmesi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2022, C 28, S 1, 387-406

Topal Ö, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrasında Yeni Dönem' 30 (3) (2022) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1331- 1365

Tuncer Kazancı İ, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi' C 9 S 1 (2023) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57- 80

Türkmen A, 'Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı' 26 (2) (2020) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1126-1156

Uyar T, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler', www.e-uyar.com

Wapler F, *Kinderrechte und Kindeswohl* (Mohr Siebeck 2015)

Wirz A, Büchler A, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, Art. 273* (I. SCHWENZER Herausgeber) (Stämpfli Verlag 2010)

Yaman F, Vatansever Ş, 'Adli Görüşme Odalarının İşlevselliği Üzerine Bir Çalışma: Bursa Adliyesi' C. 10, S. 31 Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi 186- 204

Yardımcı T E, 'Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları' 15 (167) (2020) Terazi Hukuk Dergisi 1485-1490

Yılmaz C, 'Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' 35 (1) (2015) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 103-141

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683928

ULUSLARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA TÂBİ SÖZLEŞMELERDE BOŞLUK DOLDURMA

Gap Filling Regarding Contracts Subject to United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Barış DEMİRSATAN*

Öz

Her normun bünyesinde uygulanması gereken bir uyuşmazlığa ilişkin boşluk bulunması mümkündür. CISG, 7/II hükmünde özel bir boşluk doldurma yöntemi sevk etmiştir. Bunun gerisinde CISG'in özerk, yeknesak uluslararası satış hukuku yaratma ülküsü vardır. CISG'de norm eksikliğinden bahisle CISG 7/II hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, CISG'e tâbi satış sözleşmesinde herhangi bir hükmün bulunmadığı sonucuna varılması icap eder. İkinci olarak boşluğun, CISG tarafından düzenlenmek istenen bir hususta bulunması şarttır. Harici boşluğun bulunduğu bir konuda, esasa uygulanacak hukuk geçerli olur. Bu itibarla TMK 1 gereğince, uyuşmazlık atipik veya arızî nitelik taşımadıkça uygulanır bir yedek hukuk normu varsa, tatbik edilir. Aksi takdirde örf ve âdet hukuku da uygulanmıyorsa, yargıç hukuk yaratır. CISG kalınması gerektiğinden, bu faaliyetin sıradan bir yasa boşluğu doldurma etkinliğinden farkı yoktur. CISG tarafından düzenlenmek istenen ancak açık hüküm getirilmeyen hususta boşluk varsa, dahili boşluk söz konusudur. CISG 7/II uyarınca, boşluğun doldurulması için öncelikle CISG'in temelinde yer alan genel ilkelere başvurulması gerekir. CISG bünyesinden türetilecek ilkeler doğaları gereği soyut nitelikte olacaklarından, uyuşmazlığın çözümüne uygulanabilmeleri için normlaştırılmaları gerekir. Bu itibarla, bu faaliyet, Türk hukukunda yargıcın hukuk yaratmasıyla özdeş olacaktır. Türk hukukunda CISG 7/II'nin temel işlevi, Türk hukukundaki CISG dışındaki normlara başvurulmasını, böylece CISG'in uluslararası yeknesak ve özerk satış hukuku yaratma amacının göz ardı edilmesini önlemektir. CISG'den türetilen bir genel ilkeye ulaşılamadığı takdirde esasa uygulanan hukuka başvurulur. Bu olasılıkta, yasa boşluğu doldurmak gerekirse CISG'in uluslararası niteliği ile uyuşur özerk ve yeknesak satış hukuku yaratma gerekliliğine uyulması gerekir.

Anahtar Sözcükler: Dahili boşluk, harici boşluk, sözleşme boşluğu, yasa boşluğu, CISG

Abstract

The CISG has introduced a special gap filling method. In order to apply CISG 7/II, firstly, it must be concluded that there is no provision in the sales contract subject to the CISG. Secondly, the gap must exist in a matter that is intended to be regulated by the CISG. In case of an external gap, to Article 1 of the TCC is applied. Unless the dispute is atypical or incidental, if there is an applicable substitute legal norm, it has the ability to be applied. Otherwise, if customary law is not

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.12.2024*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, baris.demirsatan@istanbul.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-0228-5236

applicable, the judge creates law. Since there is a will to be outside the CISG, this activity is no different from an ordinary legislative gap filling activity. If a gap that is intended to be regulated by the CISG but not expressly provided by the CISG is found within the CISG, pursuant to CISG 7/II, in order to fill the gap, the general principles underlying the CISG must first be applied. The main function of CISG 7/II is to prevent recourse to norms other than the CISG in Turkish law, thereby ignoring the purpose of the CISG to create international, uniform and autonomous sales law. If a general principle derived from the CISG cannot be reached, the law applicable to the merits is applied. In this case, if it is necessary to fill the legal gap, the requirement to create autonomous and uniform sales law in line with the international character of the CISG must be complied with.

Keywords: Internal gap, external gap, contractual gap, legal gap, CISG

GİRİŞ

Bir hukukî uyuşmazlığın çözümü için uygulanabilir bir normun bulunmaması halinde, boşluktan söz edilir. Uyuşmazlığın, norm eksikliği nedeniyle çözüme bağlanmaması (*non-liquet*) kabul edilemeyeceğinden[1], hukuk düzenleri boşluk olasılıkları için birtakım çözümler öngörmüştür. Türk hukukunda, bir özel hukuk uyuşmazlığına uygulanacak nitelikle norm bulunmaması durumu, Türk Medenî Kanunu (TMK) 1 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre hukukî uyuşmazlığa yer, zaman ve niteliği itibarıyla uygulanabilir pozitif hukuk normu bulunmadığı takdirde, eş deyişle yasa boşluğu bulunuyorsa, örf ve âdet hukuku kurallarına bakılması ve burada da bir kural bulunmadığı durumda yargıcın yasa koyucu gibi davranarak (*modo legislatoris*)[2] bir norm yaratması gerekir[3]. Ancak sözleşmesel bir uyuşmaz-

---

1 Rona Serozan, B İlkay Engin ve Yeşim M Atamer, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022) 148.

2 Yasa boşluğu doldurma hususunda yargıcın kendini yasa koyucu yerine koymasının kökeninde Aristoteles'in Nikomakhos'a Etik başlıklı eserinde yer alan hakkaniyet bağlamında belirttiği fikirleri vardır: "*Demek ki, genel olarak konuşmanın zorunlu olduğu ama bunu doğru yapmanın olanaksız olduğu durumlarda yasa, çoğu zaman olanı hesaba katar, yaptığı yanlışı bile bile. Ancak bu yüzden yasa daha az doğru olmuyor; çünkü hata yasada ya da yasa koyucuda değil, konu edilenin doğal yapısındadır; çünkü eylemle ilgili konuların malzemesi doğrudan doğruya öyledir ki, yasanın dile getirdiği genel olana aykırı bir şey olduğu zaman, doğru olan, yasa koyucunun genel olarak konuşmakla atladığı ve yanıldığı yerde eksik olanı düzeltmek, yasa koyucunun eğer kendisi orada bulunsaydı, söyleyeceği şeyi söylemek ve eğer bilseydi, yasasına koyacağı şeyi yapmaktır*" Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (Saffet Babür, Hacettepe Üniversitesi Yayınları 1988) N 1137b; Karolyn Egger, *La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif* (Lozan Üniversitesi-Mémoire 2021) 2 ve dn 7; Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler Matbaası 1980) 184-185; Heinrich Honsell, 'Einleitung und Einführung Eugen Huber Symposium' iç Urs Fasel (ed), *Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris* (Stämpfli 2024) N 14-15.

3 Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (27. Bası, On İki Levha 2021) N 92; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri* (15. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 135; Hasan Erman, *Medenî Hukuk Dersleri* (6. Bası, Der Yayınları 2016) 53. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 1/II hükmüyle, ticarî hükümlerle düzenlenmemiş bir ticarî işte, öncelikle ticarî örf ve âdete (*Handelsbrauch*) göre, yoksa genel hükümlere göre yargılamada karar verileceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, normların uygulama sıralaması bakımından ticarî hükümlerde örf ve âdet hukukuna genel hükümlere nazaran öncelik getirilmesi sonucunda doğan bir farklılık söz konusu olsa da, her halükarda yargıcın hukuk yaratabilmesi için yazılı hukuk ve örf ve âdet hukuku kurallarının bulunmaması gerekmektedir. Bu bağlamda

lık söz konusuysa ve uygulanacak norm bulunmuyorsa yasa boşluğunun yanı sıra sözleşme boşluğu (*casus omissus*) da bahis konusu olur[4]. Bunun için uyuşmazlığa tatbik edilebilir sözleşme hükmünün de olmadığı da tespit edilmelidir. Uygulanabilir nitelikte sözleşme hükmü var olduğu müddetçe ne ulusal hukuk ne de CISG bakımından boşluktan söz edilebilir. Zira hem CISG 6 hem de sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince geçerli sözleşme hükümleri tarafları için, Fransız Medenî Kanunu'nun m. 1103 hükmünde hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler tarafları için yasanın yerini alır tümcesiyle ("*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*") veciz şekilde ifade edildiği gibi, bir yasa hükmü gibi bağlayıcı bir norm teşkil eder, yedek hukuk normlarının yerini alır. Sözleşme boşluğu, yargıç tarafından tarafların sözleşmeyi kurdukları an itibarıyla mevcut varsayımsal iradelerine göre doldurulur[5]. Hem yasa hem sözleşme boşluğu bulunduğu takdirde, boşluğun hangi yöntemle doldurulacağı hususuna ileride değinilecektir[6].

---

sıralama, emredici hükümler, sözleşme hükümleri, ticarî yedek hukuk kuralları, ticarî örf ve âdet hukuku, yedek hukuk kuralları, TMK 1/II gereğince örf ve âdet hukuku ve yargıcın hukuk yaratması olmaktadır: Yeşim M Atamer, 'Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler' (2005) 68(1-2) İÜHFM 171, 171; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2020) 104 vd. TTK 1/II hükmüyle yapılan atıfla ticarî örf ve âdet hukuku kurallarının kastedildiği: Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2015) N 10; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (20. Bası, BTHAE 2015) 92. Ticarî hüküm ise TTK 1/I'de TTK'ndaki hükümlerle birlikte ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler olarak tanımlanmıştır.

4 Sözleşme boşluğu, sözleşmede tarafların başlangıçtan beri bir hüküm bulunması hususundaki ihmalinden ileri gelebildiği gibi, tarafların ikinci derece bir hususu saklı tutmaları, örtülü olarak yedek hukuk kurallarını tatbik etmek istemedikleri hususunda anlaşmaları yahut kısmi hükümsüzlük halinde de söz konusu olur: Atamer (n 3) 175-176; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) N 599; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2020) N 1031; Saibe Oktay, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması' (1996) 55(1-2) İÜHFM 262, 283. Kuşkusuz tıpkı yasa koyucu gibi sözleşenlerin de birtakım hususları bilinçli olarak susarak düzenlemeleri mümkündür.

5 Oğuzman ve Öz (n 4) N 604; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014) §33 N 1; Bénédict Winiger, *Commentaire Romand Code des Obligations I* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2012) Art 18 CO N 164; Peter Gauch, Walter R Schluep ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (9. Bası, Schulthess 2008) N 1257. Her ne kadar varsayımsal olsa da taraflara iradelerinden farklı hukukî sonuçlar yüklenmektedir: Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band II Erste Hälfte* (Duncker & Humblot 1957) 545; Christoph Müller, *Berner Kommentar Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen* (Staempfli Verlag 2018) Art 18 OR N 433. Ancak bu iradeler hukuken tarafların asıl iradesi varsayıldığı için irade bozukluklarına başvurulması olanak dışıdır: Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008) 198.

6 Sözleşmede hüküm bulunmamakla birlikte uygulanabilir yedek hukuk kuralı varsa, sözleşmesel ilişki atipik yahut arızî özellik taşımadıkça, TMK 1/I gereğince yedek hukuk kuralının uygulanması icap eder: Oktay (n 4) 286; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §33 N 2; Oğuzman ve Öz (n 4) N. 601 ve 608; Haluk N Nomer 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik

1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Türk hukukunun yasa hükmüne sahip bir parçası haline gelen "*Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*"[7] (CISG) ise madde 7/II hükmüyle kendisine tâbi sözleşmeler bakımından boşluk doldurma meselesini özel olarak düzenlemiştir ("*Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir*"). Bu itibarla esasa Türk hukukunun uygulandığı CISG'e tâbi bir uyuşmazlıkta karşılaşılan boşluğun doldurulması, hem Türk hukukunda benimsenmiş genel yöntemden ayrışması hem de meselenin CISG'in özerk[8], uluslararası yeknesak[9] bir satış hukuku yaratma ülküsüyle bağlantısından[10] ötürü incelenmeyi hak etmektedir. Bu itibarla çalışmada esasa uygulanacak hukuk hakkında yapılan açıklamalarda Türk hukuku temel alınmıştır. Dolayısıyla açıklamalar, yargılama makamınca uygulanan bağlama kuralları uyarınca esasa Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varıldığı ihtimallere özgüdür.

CISG'in boşluk doldurmaya ilişkin 7/II hükmü, uygulanabilmesi için CISG tarafından düzenlenmesi gereken bir hususun varlığını aradığından, öncelikle CISG ve sözleşmede hüküm bulunmayan hususun bu açıdan değerlendirilmesi gerekir. Daha öz bir deyişle boşluğun dahili veya harici boşluk teşkil ettiği konusunda va-

Dergisi 2053, 2070; Aksoy Dursun (n 5) 95; Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2024) N 371-372.

7 Bu antlaşmanın onaylanması 5870 sayılı ve 2.4.2009 tarihli kanunla uygun bulunmuş, 7.4.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Bakanlar Kurulu kararı ile 1 Ağustos 2011'de yürürlüğe girmek üzere Türkiye antlaşmaya taraf olmuştur. Bu antlaşma, Anayasa 90/V hükmü gereği iç hukukta yasa hükmüne sahiptir. Turgut Öz, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' (2013) 2013(1) GSÜHFD 3, 4.

8 Özerklikten, ulusal hukuktan bağımsızlık, onun etkisinden arî olmak anlaşılır: Ingeborg Schwenzer ve Pascal Hachem, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4. Bası, Oxford University Press 2016) Art 7 CISG N 5; Franco Ferrari, 'Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' iç Yeşim M Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku* (On İki Levha 2008) 41; Sinan Okur, 'CISG Hükümlerinin Yorumu Bağlamında Boşluk Doldurma Sorunu ve CISG m.8'e Göre Taraf Beyan ve Davranışlarının Yorumuna İlişkin Esaslar' iç Sinan Okur (ed) *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (Adalet 2016) 73.

9 Yeknesaklıktan kasıt, CISG'e tâbi uyuşmazlığın tarafların sıfatlarından, yerden veya yargı makamlarından bağımsız olarak aynı sonucu vermesidir: Yeşim M Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 94. Bu bağlamda CISG'in uygulandığı yargı kararları CISG 7 dahilinde, TMK 1/III'teki içtihatların işlevine koşut olarak kaynak teşkil edecektir: Ferrari (n 8) 60. Ortak bir yüksek CISG yargı makamı bulunmadığından, bu amacın bir ölçüde temenni niteliğinde kaldığı itiraf edilmelidir: Ingeborg Schwenzer, 'Interpretation and Gap-Filling under the CISG', iç Ingeborg Schwenzer, Yeşim Atamer ve Petra Butler (edr), *Current Issues in the CISG and Arbitration* (Eleven 2014) 111.

10 Özel hukukun uyumlaştırılması açısından CISG hakkında bilgi için: Işıl Yelkenci, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2014) 5 vd.

sıflandırma yapmak lüzumu vardır. Bu nedenle çalışma, meseleyi önce harici sonra da dahili boşluklar bakımından ele almaktadır. Daha sonra vurgulanacağı üzere, CISG öğretisinde dahili veya harici boşluğun, esasa uygulanan hukukta boşluk bulunması anlamına gelmediği, ancak esasa uygulanacak hukukta da boşluk olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

I. CISG BAKIMINDAN HARİCİ BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI

A. Harici Boşluk Kavramı

Harici boşluktan, CISG ile düzenlenmek ve bir örnekleştirilmek istenmeyen hususlar anlaşılır[11]. Esasen CISG'e tâbi bir satış sözleşmesi bakımından uyuşmazlığa uygulanabilecek bütün normların CISG kapsamına alınmış olması tasavvur edilemez[12]. Zira böyle bir durumun sağlanması, ulusal hukukların ulusallık niteliğini ortadan kaldıracak derecede uyumlaştırılmasını gerektirir. Ayrıca, belirli hususlar, uluslararası uzlaşının sağlanamaması nedeniyle kapsamın dışında bırakılabilir[13]. İşte, CISG ile yeknesak surette düzenlenmesi öngörülmemiş hususlarda CISG bünyesinde norm eksikliği bulunması, harici boşluk olarak adlandırılır. Bir bakıma CISG'e tâbi bir uluslararası satış sözleşmesinde iki farklı evren bulunur, CISG'in kapsamında kalan hususlar kural olarak CISG'e göre çözülür; CISG dışındaki evrene ait hususlar, bağlama kuralları çerçevesinde esasa uygulanan ulusal hukuka bırakılır. Başka bir deyişle, CISG bu konularda bilinçli olarak düzenleme getirmemiş, çözümü ulusal hukuka bırakmıştır[14]. Bu açıdan durumu bilinçli boşluğa[15] benzetmek mümkündür. Ancak tabii ki CISG'in bilinçli olarak konuyu düzenlememesi, ulusal hukukun CISG dışındaki hükümlerinin uygulanabilir olmasına engel değildir ve ulusal

---

11 John Felemegas 'Introduction' iç John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge 2007) 24; Juraj Kotrusz, 'Gap-Filling the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (2009) 14 Unif L Rev 119, 130; Atamer (n 9) 102; Yasemin Durak, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri* (On İki Levha 2020) 38; Tolga Ayoğlu, 'Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması' (2013) 2013(1) GSÜHFD 87, 98. Harici boşluk CISG kapsamı dışında kalmak anlamına geldiğinden boşluk teriminin isabetsiz olduğu yönünde kuvvetli fikirler bulunmaktadır: André Janssen ve Sörren Claas Kiene, 'The CISG and Its General Principles' iç André Janssen ve Olaf Meyer (edr), *CISG Methodology* (Sellier 2009) 265.

12 Janssen ve Claas Kiene (n 11) 262.

13 Felemegas (n 11) 37; Larry A DiMatteo, 'CISG as Basis of a Comprehensive International Sales Law' (2014) 58(4) Villanova Law Review 691, 695.

14 Christoph Brunner ve Philipp K Wagner, *Stämpflis Handkommentar Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen* Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht (2. Bası, Stämpfli 2014) Art 7 CISG N 7; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG – Incoterms* (4. Bası, Seçkin 2022) 77; Durak (n 11) 91.

15 Bilinçli boşluk, yasa koyucunun boşluğun varlığını bilerek kasten meydana getirdiği boşluktur: Oğuzman ve Barlas (n 3) N 333; David Dürr, *Zürcher Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht* (3. Bası, Schulthess 1998) Art 1 ZGB N 347.

hukuk bakımından mutlak anlamda bir boşluğu göstermez. CISG bakımından harici boşluğun bulunması, esasa uygulanacak hukukta boşluk olduğu anlamına gelmez.

Harici boşluk, doğrudan doğruya esasa uygulanacak hukuka başvurulması sonucuna götürür[16]. Esasa Türk hukuku uygulandığı takdirde, meseleye uygulanabilir bir normun bulunduğu ihtimalde TMK 1/I hükmü gereğince norm uygulanacaktır. Böyle bir norm bulunmadığı ihtimalde, başka bir deyişle harici boşluk ile yasa boşluğu kesiştiği durumda, CISG'in kapsamında olmayan harici bir konuda CISG hükümleri uygulanmayacağından, CISG 7/II hükmü tatbik edilemeyecektir. Kaldı ki bu husus CISG 7/II'de yer alan "*Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular*…" ifadesinden kuşkudan uzak surette anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda bu boşluğun doldurulmasında uygulanacak yöntemin tespiti bakımından yasa boşluğu ve sözleşme boşluğu olmak üzere iki olasılık vardır[17]. Zira sözleşmeden kaynaklı ve sözleşmede hüküm bulunmayan bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Belirleyici olan, norm gereksinimi duyulan uyuşmazlığın niteliğidir. Sözleşme boşluğu, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde doğar[18]. Bu boşluğun yedek hukuk kuralları, örf ve âdet hukuku veya yargıcın hukuk yaratması ile mi yoksa sözleşmenin varsayımsal iradelere göre tamamlanmasıyla mı doldurulacağı farklı bir meseledir. TBK 27 ve TMK 1 uyarınca emredici hükümlerin daima öncelikli olacağı açıktır.

Yargıç, boşluk doldurma etkinliğinde başvurulabilecek yasa boşluğu doldurma ve sözleşme boşluğu doldurma yöntemleri arasındaki seçimini, söz konusu sözleşmenin genel yaygınlığa ulaşmış olmasına ve uyuşmazlığın genelliğine göre yapar. Bu çerçevede CISG satış sözleşmelerine uygulandığından ve satış sözleşmesi genelliği en üst derecedeki bir sözleşme tipi olduğundan önceliğin TMK 1/II'de olacağını belirtmek gerekir. Böylece sözleşme boşluğu, hukuk düzenine TMK 1/II uyarınca getirilen hukuk kuralı ile dolaylı olarak yasa boşluğunun ikmal edilmesiyle doldurulur[19]. Satış sözleşmesi kapsamında kalmakla birlikte uyuşmazlığın niteliği atipik,

---

16 Kotrusz (n 11) 131; Ferrari (n 8) 81; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 264; Durak (n 11) 38; Ayoğlu (n 11) 98.

17 Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) N 1035.

18 Müller (n 5) Art 18 OR N 449.

19 Oğuzman ve Öz (n 4) N. 608; Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (2. Bası, On İki Levha 2021) 249-250; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) N 1038; Gauch, Schluep ve Schmid (n 5) N 1261; Aksi yönde: ATF 115 II 484 "*b) Eksik bir sözleşmenin tamamlanması gerekiyorsa, yargıç –yedek bir hüküm yoksa- tarafların düzenlenmemiş noktayı dikkate almış olsalardı dürüstlük kuralı çerçevesinde neyi kararlaştıracaklarını belirlemelidir. Tarafların bu varsayımsal iradesini belirlerken yargıç, makul ve dürüst sözleşme taraflarının düşünce ve eylemlerinin yanı sıra sözleşmenin niteliği ve amacı tarafından yönlendirilmelidir*"; Mali sonuçların düzenlenmediği ikale sözleşmesinde aynı yönde: İsviçre Federal Mahkemesi, 4C.286/2005, 18.1.2006 (Swisslex). Ancak bu durumda, boşluk oluşturduğu addedilen hususun sübjektif esaslı sayılarak uyuşmazlığın bu doğrultuda değerlendirilmesi daha yerinde olurdu: Demirsatan (n 19) 229 ve dn 607.

arızî, son derece bireysel bir özellik taşıyorsa öncelik, sözleşme boşluğunun doldurulmasındadır[20]. Esasen bu durum sözleşmede hüküm olmamasına ve uygulanabilir yedek hukuk normu bulunmasına karşın sözleşme boşluğu doldurmaya gidilip gidilemeyeceği sorusuyla benzerlik göstermektedir. Uyuşmazlık atipik özelliği nedeniyle yedek hukuk kurallarıyla menfaatler dengesine uygun şekilde çözülemiyorsa, yedek hükmün uygulanması yerine sözleşme boşluğu doldurma yoluna gidilebilir[21].

CISG dışında bilinçli olarak bırakılan bir husus söz konusu olduğundan, söz konusu boşluk doldurma faaliyeti çerçevesinde yeknesaklaştırma gereksinimi gibi olgular dikkate alınmayacaktır. Başka bir ifade ile sıradan herhangi bir boşluk doldurma etkinliğinden farklılık söz konusu değildir. Kuşkusuz, CISG'in kapsamı haricinde kalan bir konu, Türk hukukunda düzenlenmişse, artık teknik olarak boşluktan söz edilmez ve doğrudan doğruya bu norm uygulanır (TMK 1/I). Aynı husus, sözleşmede hüküm ifade eden bir düzenleme bulunması durumunda da geçerlidir.

B. Harici Boşluk Oluşturabilecek Hususlar

CISG'in kapsamı dışında kalan hukukî meselelerin tespiti, yukarıda yapılan açıklamalardan görüleceği üzere önem arz etmektedir. Öncelikle konunun CISG içinde çözülüp çözülmeyeceğinin anlaşılması gerekir. Zira CISG kapsamında kalan ancak burada düzenlenmemiş bir husus söz konusuysa CISG 7/II uygulanmak gerekir.

Söz konusu belirlemede CISG 4 hükmü yol göstericidir[22]. Kural olarak CISG, satış sözleşmesinin kuruluşu, tadili ve ikalesi ile tarafların tüketici olarak sayılmayan karşılıklı yükümlülüklerini içermektedir (CISG 4/I)[23]. Dolayısıyla CISG'de aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe bu çerçeve dışındaki konuların CISG haricinde bulunduğu sonucuna varmak gerekir. Ayrıca, CISG 4/II hükmü bazı hususların aksi yönde hüküm bulunmadıkça[24] kapsam dışı bırakıldığını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmenin ve sözleşmenin içeriğini oluşturan teamüllerin (CISG 9)

---

[20] Oktay (n 4) 288 vd; Atamer (n 3) 187-189; Aksoy Dursun (n 5) 134; Çetiner (n 6) N 373; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) N 1037-1038; Demirsatan (n 19) 249 dn 74; Gauch, Schluep ve Schmid (n 5) N 1261. Ayrım yapmadan, yasa boşluğu yönünde: Yargıtay HGK, 60/579, 16.5.2019 (Lexpera) *"...bu sözleşmeler dürüstlük kurallarına ve iş ilişkilerinde yaygın teamüllere göre yorumlanıp tamamlanmalıdır. Ancak tarafların iradelerinin anlaşılması ve sözleşmenin yorumlanması mümkün olmuyorsa, bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1'inci maddesinin uygulanması gündeme gelecektir*".

[21] Oktay (n 4) 263 ve 290; Atamer (n 3) 184; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §33 N 3; Oğuzman ve Öz (n 4) N. 601 ve 608; Aksoy Dursun (n 5) 95.

[22] Schwenzer (n 9) 115; Kotrusz (n 11) 131; DiMatteo (n 13) 696; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 265; *Stämpflis Handkommentar*/Brunner ve Wagner (n 14) Art 7 CISG N 7.

[23] *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 30; Felemegas (n 11) 22; Zeytin (n 14) 74; Durak (n 11) 27; Christoph Müller, *Contrats de droit suisse* (Stämpfli 2021) N 493.

[24] CISG 7/II uyarınca tespit edilen genel ilkelerle CISG kapsamının genişletilmesi mümkündür. İfade, mutlaka açık bir hüküm olarak anlaşılmamak gerekir: Ulrich G Schroeter 'Contract validity and the CISG' (2017) 22(1) Uniform Law Review 47, 54.

geçerliliği CISG dışında kalmaktadır (CISG 4/II (a)[25]. Ancak geçerlilikten[26] ve teamülden[27] ne anlaşılması gerektiği hususundaki yorumlama etkinliği CISG 7/I'e riayet edilerek gerçekleştirilmek gerekir[28]. Daha açık bir deyişle antlaşmanın uluslararası niteliği ile yeknesak uygulama ve dürüstlük kuralına uyma esasları dikkate alınmalıdır[29]. Her ne kadar geçerliliğin nitelendirilmesi, esasa uygulanan hukuka tâbi olsa da bu hukukun parçası olarak CISG 7/I[30] yorumlamada belirleyici olur. Bu

---

25 Şu kadar ki geçerlilik şekli CISG 11'de düzenlendiğinden bu konu CISG kapsamında değerlendirilir: Atamer (n 9) 103. Benzer biçimde başlangıçtaki objektif imkânsızlık CISG bakımından geçerli bir sözleşmenin kurulmasına olanak verdiğinden (CISG 68; Schroeter (n 24) 64; Öz (n 7) 9), bu sebepte Türk hukukunun uygulandığı CISG'e tâbi bir satış sözleşmesinin kesin hükümsüz addedilmesi olanaklı değildir: Atamer (n 9) 111; Farklı görüşte: *Stämpflis Handkommentar*/Christoph Brunner, Thomas Murmann ve Marius Stucki (n 14) Art 4 CISG N 7.

26 İrade bozuklukları ve aşırı yararlanma bağlamında ise genel olarak Türk hukuku uygulanır (Durak (n 11) 28). Yanılma ve hilenin aynı zamanda sözleşmeye konu eşyaya ilişkin olduğu hallerde, eş deyişle bu hükümler ve sözleşmenin ihlalinden doğan hakların yarışma meselesi ortaya çıktığında, ağırlıklı görüş CISG açısından geçerlilik sorunu olmadığı ve esasa uygulanan hukuka gidilemeyeceği yöndedir (Schroeter (n 24) 66; Atamer (n 9) 113; ATF 145 III 383). Buna karşılık, CISG'de bu durumda sözleşmenin iptal edilebilirlikle malûl olmayacağına dair bir açık hüküm bulunmadığından ve geçerlilik kural olarak esasa uygulanacak hukuka bırakıldığından Türk hukuku açısından yanılma veya hileye başvurulmasında, CISG'deki çarelere ek olarak, bir engel bulunmamak gerekir. *Stämpflis Handkommentar*/Brunner, Murmann ve Stucki (n 14) Art 4 CISG N 10.

27 Teamüller, sözleşme içeriğine güven kuramı dahilinde taraf iradeleri uyarınca girdiğinden (Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) §10 N 12), bir teamül sözleşme hükmü olarak esasa uygulanan hukukun geçerlilik koşullarına uygun düşmüyorsa, hükümsüz olacaktır. CISG temelinde güven kuramı CISG 8 hükmüyle düzenlenmiştir: Işıl Ergeç, 'Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Yorumlanması' (2015) 73(2) İÜHFM 221, 224; Elif Karayazı, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Sekizinci Madde Hükmünün İncelenmesi' iç Günseli Öztekin Gelgel ve Faruk Kerem Giray (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014) 143; Ahmet Cemil Yıldırım, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu* (On İki Levha 2015) 197. Türk hukukunda da güven kuramıyla yönetilmesi gereken irade açıklamalarının yorumunda benzer bir esasın benimsenmiş olması, CISG 8 hükmünün uygulanma alanına ilişkin daraltıcı yaklaşım (Karayazı (n 27) 145) kabul edilse dahi sözleşmenin bütünüyle aynı kurallara göre yorumlanmasını sağlar. Güven kuramı bakımından Türk Borçlar Kanunu ve CISG arasındaki koşutluk: Öz (n 7) 6; Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (On İki Levha 2017) 153.

28 Schroeter (n 24) 50-51.

29 Irina Buga, 'Taking the International Approach to the CISG: The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law' (2009) RRDC 108, 114; Murat Sarıkaya, *CISG Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (Filiz Kitabevi 2017) 42; Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, 'Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (2017) 8(14) Justice Academy of Turkey - Law&Justice Review 105, 106 vd. Bu ilkeler yorumlamada olduğu kadar uygulamada da nazara alınmak gerekir: Werner Melis, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2. Bası Springer 2010) Art 7 CISG N 3.

30 Bu hükümle yasa hükmü niteliğindeki CISG düzenlemelerine dair bir yorumlama normu sevk edilmiştir. CISG'e tâbi sözleşmede irade beyanlarının yorumlanması, madde 8 ile düzenlenmiştir. Ancak CISG'in yorumlanmasında Uluslararası Antlaşmalara dair Viyana Sözleşmesi (1969)'ndeki ilkelerin de dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir: Kotrusz (n 11) 124; Benzer yönde: *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 23.

çerçevede ehliyet meseleleri, emredici hükümlere, genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık, genel işlem koşullarının içerik denetimi gibi konuların CISG dışında kaldığı ve ancak harici boşluk oluşturabileceği genel olarak kabul edilmektedir[31].

Satış sözleşmesine konu eşyaların üzerindeki mülkiyetin geçişi yine CISG dışında bırakılmıştır (madde 4/II (b)). Buna göre mülkiyetin devrine dair hususlar uyuşmazlığın tâbi olduğu yargılama uyarınca tespit edilecek bağlama kuralına göre belirlenir ve boşluk olması halinde mesele bu hukukun öngördüğü yöntemle çözülür[32]. Burada CISG, ulusal hukukların sahip olduğu mülkiyet devir yöntemleri bakımından yeknesaklık getirmeyi öngörmemiş, bilakis ulusal hukukların bünyelerindeki sistemlerin korunması yoluna gidilmiştir.

CISG 5 hükmüyse, sözleşmeye konu eşyaların sözleşmenin ihlali neticesinde bir kişinin[33] vücut bütünlüğü üzerinde meydana getirdiği zararları kapsam dışı bırakmaktadır. Sözleşmeye konu eşya dışındaki bir sebeple, mesela ifa yardımcısının eylemi sonucunda, sözleşmenin karşı tarafında böyle bir zararın doğması halinde, CISG'in uygulanacağı öğretide belirtilmektedir[34].

Öte yandan, uluslararası bir satış sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta uygulanması gerekebilecek normların tamamının sayılıp hangilerinin CISG dışında kalacağını belirtmeye gerek ve olanak yoktur. CISG 4/I hükmü ışığında sözleşmenin kurulması ve tarafların yükümlülükleri haricindeki diğer konuların harici boşluk oluşturabileceği vurgulanmalıdır. Bu kapsamda, ispata ilişkin hususlarla[35] birlikte, zamanaşımı, temsil, takas, teselsül, alacağın devri gibi hususların CISG dışında bırakıldığı ifade edilmelidir[36]. Bununla birlikte, CISG'in kapsamının genişletilmesi eğilimiyle birlikte harici

---

31 Schroeter (n 24) 58 vd; Atamer (n 9) 104; Zeytin (n 14) 75; Durak (n 11) 28.

32 Durak (n 11) 29; Zeytin (n 14) 75.

33 CISG bünyesinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu barındırmamaktadır; bununla birlikte, esasa uygulanan hukukta böyle bir kurumun varlığından bahisle satıcının sorumluluğuna gidilmesi mümkün olabilir: Selin Gürkan, *Türk Satım Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması* (İBÜSBE Yüksek Lisans Tezi 2015) 127-128; Ingeborg Schwenzer ve Mareike Schmidt 'Extending the CISG to Non-Privity Parties' Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (2009) 3 109, 114-116. Diğer yandan alıcı bakımından üçüncü kişiler nezdinde bu sebeple doğan sorumluluk, satıcıya karşı malvarlıksal kayıp olarak ileri sürülebilir.

34 Atamer (n 9) 108; Zeytin (n 14) 77.

35 İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_440/2009, 17.12.2009 (Swisslex); Aksi yönde: *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary/*Schwenzer (n 8) Art 74 CISG N 65; Christine Chappuis, 'La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénètré le droit suisse ?', iç Margareta Baddeley, Bénédict Foëx, Audrey Leuba, ve Marie-Laure Papaux van Delden (edr), *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011* (Schulthess 2012) 190; Lisa Spagnolo, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (Kluwer Law 2014) 68.

36 Atamer (n 9) 108; Ulrich Magnus, 'Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung' (1989) 53(1) Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 116, 121; DiMatteo (n 13) 697; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 268-269; Perales Viscasillas, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary* (2. Bası, C.H.Beck 2018) Art 7 CISG N 61; Özlem Öner, 'Viyana

boşluk olarak nitelendirilebilecek hususların, yorumlama neticesinde, dahili boşluk sayılması mümkündür. Böylece uluslararası satış sözleşmeleri arasında uyumluluk, bir ulusal hukuk düzeninde aynı müesseselerin farklı hükümlere tâbi tutulması pahasına sağlanmaktadır. Özü itibarıyla bir yorum meselesi vardır ve her yorumlama gibi durağan bir durum yoktur. Mesela, bir ifa ikamesi olarak takasın, CISG bünyesinde dahili boşluk teşkil ettiği yönünde, CISG Danışma Kurulu'nun 18 nolu görüşüyle de benimsediği bir eğilim oluşmuştur[37]. Burada esas alınması gereken nokta, uluslararası uyum için hangi hukukî konularda ne kadar bir gereksinim olduğudur.

II. CISG ÇERÇEVESİNDE DAHİLİ BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI

A. Genel olarak

CISG, bünyesinde birtakım norm eksiklikleri olabileceğinin bilinci içinde, madde 7/II hükmüyle boşluk doldurma yöntemine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmiştir[38]. Bu konunun tamamen esasa uygulanan hukuka bırakılmamasının gerisinde, CISG'in kapsamı içinde kalan bir hususta bu antlaşmanın kaleme alınmasını icap ettiren uluslararası satış hukukunu özerk surette yeknesaklaştırma gereksinimi bulunmaktadır. Böylece boşluk, ulusal hukuk mantığı ile salt yerel bakış açısıyla doldurulmayacak, antlaşmanın uluslararası satış hukukunu yeknesak hale getirme amacı[39] karşılanabilecektir. Ancak CISG 6 hükmü, CISG 7/II'nin önündedir. Özellikle, sözleşmede boşluk doldurma yöntemine ilişkin bir düzenleme varsa, artık boşluklar bu hükme göre doldurulmak gerekir[40].

B. Dahili Boşluk Kavramı

Harici boşluk kavramına ilişkin yapılan değerlendirmelerden hareketle dahili boşluğun tanımı basit bir şekilde yapılabilir. Harici boşluklar, CISG'in kapsamı

Satım Sözleşmesi'nin Uygulanma Alanı, Yorumlanması ve Bağlayıcılığı' (2017) 31 TAAD 801, 827; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 168-173.

37 Bu konuda: İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (2. Bası, Vedat 2022) 232 vd.; Bruno Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law* (Routledge-Cavendish 2007) 71-72; Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis ve Mariel Dimsey, I*nternational Sales Law A Guide to the CISG* (3. Bası, Hart 2019) 59-60; Yelkenci (n 10) 196-197; Mükerrem Onur Başer, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötürü Alıcının Hakları* (On İki Levha 2018) 422.

38 CISG'in başlangıç kısmından da bu yetkinin çıkarsanabileceği görüşünde: Schwenzer (n 9) 109. Bu madde oylanırken 17 lehe, 14 aleyhe ve 11 çekinser oy kullanıldığı, büyük bir uzlaşı eseri olmadığından yorumlanmasında hazırlık çalışmalarının büyük rol oynamayacağı hususunda: Zeller (n 37) 32-33.

39 Schwenzer (n 9) 110. CISG'in başlangıç kısmı bu hedefi ifade etmektedir: "…*milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak ve farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak yeknesak kuralların kabul edilmesinin milletlerarası ticarette hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacağı ve milletlerarası ticaretin gelişmesini teşvik edeceği inancı içinde…*".

40 Lucia Carvalhal Sica, 'Gap-Filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention' (2006) NJCL 1, 2.

dışında kalan hukuku karşılarken, CISG'in kapsamı içinde kalan ancak CISG tarafından açıkça düzenlenmemiş bir husus dahili boşluk teşkil eder[41]. Nasıl ki teknik anlamda bir yasa boşluğundan söz edebilmek için öncelikle ilgili hususun hukukun düzenlemesi gerektiği bir alana ilişkin olması gerekiyorsa[42], CISG 7/II uyarınca doldurulması gereken bir boşluğun varlık kazanabilmesi için CISG tarafından düzenlenmesi gereken yeknesaklığın sağlanmasının amaçlandığı bir hususun bulunması gereklidir[43].

Yargılamada doldurulması gereken boşluğun dahili mi yoksa harici bir boşluk olduğunun nitelendirilmesinde atılacak ilk adım, madde 4/(a),(b) ile 5 dikkate alındıktan sonra, CISG'in bu hususta bilinçli susup susmadığının belirlenmesidir[44]. İkinci adım ise, meselenin *"satım sözleşmesinin kurulması ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlar*" çerçevesinde kalıp kalmadığını saptamak olacaktır.

Vurgulanması gereken bir nokta daha mevcuttur. CISG anlamında harici boşluk, esasa uygulanan hukuk için boşluk anlamına gelmediği gibi, dahili boşluk da esasa uygulanan hukuk için de genel anlamda boşluk bulunduğunu ifade etmez. Zira esasa uygulanan hukuk tarafından hüküm altına alınmış bir husus, CISG metninde düzenlenmemekle birlikte satış sözleşmesinin kurulması ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlar kapsamında kalabilir. CISG ile uluslararası nitelikli satış sözleşmelerinin özerk ve yeknesak hale getirilmesi amaçlandığından, sözleşmenin kurulması ve alıcı ile satıcının sözleşmeden doğan hak ve borçları çerçevesinde kalan bir meselede, esasa uygulanan ulusal hukukun CISG haricindeki

---

41 Ulrich Magnus, 'Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht' (1995) 59(3-4) Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 469, 475; Kotrusz (n 11) 130; Gözde Kasap, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükmünün Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi' iç Günseli Öztekin Gelgel ve Faruk Kerem Giray (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, (Beta 2014) 133; Cansu Kaya, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu* (On İki Levha 2012) 20 vd.

42 Dural ve Sarı (n 3) 136; Erman (n 3) 42; Oğuzman ve Barlas (n 3) N 326; Yargıtay HGK, 21-140/205, 28.6.2022, (Kazancı) "*Düzenleme yapılmamış olması her zaman kanun boşluğu anlamına gelmeyebilir. Bir sorun hukuk dışı alanda düzenlenmiş ya da bilerek, isteyerek susma yoluyla yasa koyucu tarafından bilinçli olarak düzenlenmemiş de olabilir. Ne var ki, hukuk düzeninin bir kuralın varlığını gerektirmesine karşın, kanun dışında örf-adet hukuku da bunu düzenlememiş ise bir kanun boşluğundan söz edilmelidir*".

43 Atamer (n 9) 109.

44 Ferrari (n 8) 69; Peter Schlechtriem ve Petra Butler, *UN Law on International Sales* (Springer 2009) 51; Ayoğlu (n 11) 99; Buga (n 29) 115. Menfaat devri yaptırımının sözleşmesel temele sahip olduğunun kabulü ile dahili boşluk teşkil ettiği görüşü: Ece Baş-Süzel ve Gökçe Kurtulan-Güner 'Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG' (2020) 2020(2) NJCL 20, 35-56; Onni Rostila, *Disgorgement and the CISG – Comparative and Future Perspectives* (University of Lapland Yüksek Lisans Tezi 2017) 52 vd. Gerçekten burada bir dahili boşluktan söz etmek mümkün olmakla birlikte, CISG genel ilkelerinin boşluğun doldurulmasını sağlayacak nitelikte olup olmadığının tespiti ve esasa uygulanan hukuka başvuru gereği ayrı bir değerlendirme konusudur.

hükümlerine nazaran CISG 7/II'ye öncelik verilmek gerekir[45]. CISG 7/II hükmünün lafzı bu sonucu desteklemektedir. Başka bir deyişle CISG 7/II'nin uygulanabilmesi için esasa uygulanan hukukta boşluk bulunmasına gerek yoktur, CISG bünyesindeki boşluk yeterlidir. Esasen bu düzenleme tarzı, ulusal hukuklardaki yasa boşluğu kavramından farklı olarak CISG (dahili) boşluğu kavramını getirmektedir. Zira CISG 7/II, dahili boşluk halinde, esasa uygulanan hukukun hükümlerine başvurmayı engellemekte, bu hükümle öngörülmüş yönteme başvurulmasını gerektirmektedir[46].

Öğretide kuşku halinde dahili boşluğun esas olacağı ve CISG'den türetilebilecek bir genel ilkenin varlığı halinde dahili boşluğun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır[47]. CISG'in amacının ulusal niteliklerden bağımsız yeknesak uluslararası satış hukuku kurmak olduğu dikkate alındığında, dahili boşluğun karine olarak kabul edilebileceği makuldür[48]. Buna karşılık CISG'den genel ilke türetmek, dahili boşluğun varlığının tespitinden sonra yapılacak bir etkinliktir. Böyle bir ilkenin varlığı nedeniyle dahili boşluğun mevcut olduğunu ileri sürmek, neden ile sonucun yer değiştirmesi anlamına gelir. Kaldı ki CISG'den türetebilecek genel ilkeler, ileride temas edileceği üzere, pek çok ulusal hukuk bünyesinde de mevcut olup ilkelerin varlığı tek başına CISG'e özgü bir boşluk bulunduğunu göstermez.

Yine öğretide, aynen ifa, zapt ve hukukî ayıptan sorumluluk ile faiz oranı hususlarının CISG kapsamına girmekle birlikte düzenlenmemiş hukukî meseleler olduğu belirtilmektedir[49]. Bu durum söz konusu hususların dahili boşluk addedileceği yönünde izlenim yaratmaktadır. Bununla birlikte aynen ifaya hükmetme olanağı CISG 28'de düzenlenmiştir[50]. Benzer şekilde, CISG 41-42 hükümlere yer alan zapt ve hukukî ayıptan sorumluluk hususunda, boşluktan söz etmek isabetli değildir. Zira, bu yükümlülüklere aykırılık sonucunda CISG'de mevcut yaptırım rejimi uygulanacaktır. Zapt veya hukukî ayıp oluşturan olgunun nitelendirilmesi yargılama makamının bağlama kurallarına göre belirlenir. CISG'in herhangi bir hukuk düzeninde zapt veya hukukî ayıp teşkil edebilecek olguları, bu hukuk düzenlerinin kendi içindeki özellikleri göz ardı ederek düzenlemesi beklenemez. Buna karşılık, CISG 78'de yer verilen faiz

---

45 Esas itibarıyla yasa normu olarak CISG'in yorumlanmasına dair 7/I ve dahili boşlukların doldurulmasına dair 7/II hükümleriyle, CISG'in salt metninde değil, uygulamasında da yeknesaklığın sağlanabildiği: Ferrari (n 8) 37.

46 *Commentary*/Viscasillas (n 36) Art 7 CISG N 52.

47 Magnus (n 36) 120-122; Dar yorumun esas olması şeklinde: Kotrusz (n 11) 130.

48 *Commentary*/Viscasillas (n 36) Art 7 CISG N 59. CISG 7/II'nin geniş yorumlanması gerektiği hususunda: Felemegas (n 11) 25; Buga (n 29) 115; Magnus (n 41) 476.

49 Zeytin (n 14) 77; Durak (n 11) 30-31.

50 Ancak sonraki aynen ifa talebinde ifa imkânsızlığı açısından dahili boşluk kabul edilmektedir: Atamer (n 9) 372; Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012) 229-230; Zeynep Rana Demir, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması' (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin 553, 566-567.

alacağına uygulanacak faiz oranı hususu gerçekten CISG metninde yer almamaktadır. Bu bağlamda faiz oranının boşluk nitelendirilmesi ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Uluslararası ekonomik düzende yeknesak uygulanan bir faiz oranı söz konusu olmadığından ve aksine faizle karşılanan paradan yoksunluk karşılığı ulusal özellik göstereceğinden, burada dahili bir boşluk nitelendirilmesinin yapılamayacağı sonucuna varılarak, CISG'e tâbi satış sözleşmesinden doğan bir alacak olsa da esasa uygulanan hukuk hükümlerinin tatbik edilmesi lazım gelir[51]. Kaldı ki uygulanması gereken faiz oranı veya belirleme ölçütleri bakımından CISG'den bir genel ilke türetmek mümkün olmayıp[52] aşağıda arz edileceği üzere, her hâlükârda esasa uygulanan hukuka başvuru kaçınılmaz olacaktır.

C. Dahili Boşluğun Doldurulması Yöntemi

1. Genel Olarak

CISG 7/II hükmü dahili boşluğun doldurulmasında izlenecek yöntemi düzenlemiştir. Buna göre öncelik, antlaşmanın temelinden çıkarılan genel ilkelerle sonuca varmak olsa da, genel ilkeye dayanılamadığı takdirde, esasa uygulanan hukuka başvurulur. Bu durumda, CISG 7/II'nin yaptığı gönderme gereği, esasa uygulanan hukukta uygulanabilir bir norm varsa, bu norm tatbik edilir; aksi takdirde bu hukuk düzeninin norm boşluklarına dair öngördüğü çarelere gidilmek gerekir. Benimsenen bu yöntemle CISG'in yeknesak özerk ve uluslararası nitelikli bir satış hukuku tesis etme amacı teyit edilmektedir[53]. Esasında bu şekilde öngörülmüş boşluk doldurma sistematiği, CISG'in yeknesaklık ereğinin zorunlu sonucudur[54].

İki noktaya şimdiden işaret etmek faydalıdır. Birincisi, daha önce belirtildiği gibi sözleşmesel bir uyuşmazlıkta uygulanabilir normun olmaması, hem yasa boşluğu hem de sözleşme boşluğu bulunduğu anlamına gelir. CISG bakımından dahili boşluk halinde, aslında ilgili hususta sözleşmede de bir hüküm bulunmamaktadır. Zira kural olarak emredici özellikte olmayan CISG'e tâbi satış sözleşmelerinde öncelikle tarafların kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri uygulanır (madde 6).

CISG 7/II hükmü, sözleşme boşluğunun doldurulması kurumuna başvurmaya engel teşkil etmektedir[55]. Zira bu hüküm, sözleşme ve CISG'de düzenleme olmaması

---

51 *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 44; Ahmet Yılmaz 'Gap Filling and Interpretation Issues Under the CISG' (2015) 9 HKÜHFD 151, 156; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 267.

52 Aksi görüşte: *Commentary*/Atamer (n 34) Art. 78, N 3.29; Ayoğlu (n 11) 100; Tam tazminat ilkesine dayanılabileceği fikrinde: Karin L Kizer 'Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods' (1998) 65(4) University of Chicago Law Review 1279, 1296.

53 Ferrari (n 8) 69; Thomas Neumann, *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of Article 80 CISG* (Sellier 2012) 36.

54 Buga (n 29) 109.

55 Atamer (n 9) 115 dn 224; Marlene Wethmar-Lemmer, 'The Vienna Sales Convention and Gap-Fill-

halinde doğrudan CISG'deki boşluk doldurma tekniğine uygun olarak antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere gidilmesini emretmektedir. Oysa sözleşme boşluğunun doldurulması, sözleşenlerin varsayımsal iradelerine dayalı bir sözleşme hükmü yaratılmasına dayalıdır[56]. CISG, yeknesak uygulama sağlama kaygısı ile bu imkânı bertaraf etmiştir. Yine de sözleşme boşluğu doldurma yolu, boşluğun CISG'deki genel ilkelerle doldurulamaması halinde başvurulan esasa uygulanan hukuk bakımından da boşluk olması halinde, bu hukuk düzeninde kabul edilen kurallar içinde tekrar açılabilir.

İkincisi, örtülü yasa boşluğunun bulunması halinde CISG 7/II uygulanmaz[57]. Örtülü boşluk, hukukî meseleye uygulanabilir nitelikte bir hükmün varlığı gözükmekle birlikte, lafzına karşın hükmün amacı ve ruhu uygulanmamasını gerektiriyorsa söz konusu olur[58]. Örtülü boşluk varsa hükmün sözü özüne indirgenir, normda

---

ing' (2012) 2012 J S Afr L 274, 292. Farklı yönde, CISG 6 uyarınca öncelikle taraf iradelerine bakılması gerektiği fikrinde: Janssen ve Claas Kiene (n 11) 266.

56 Claire Huguenin, *Obligationenrecht–Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, Schulthess 2014) N 306 vd; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Bası, Stämpfli 2016) N 34.05.

57 Amaca göre sınırlamanın CISG 7/II uyarınca gerçekleşebileceği görüşünde: Atamer (n 9) 116. Karş ibid 98, Yazar CISG 7/I uyarınca yapılan yorum kapsamında, hükmün lafız ve amacı bağdaşmadığı takdirde lafızla bağlı kalınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Burada teknik olarak amaca göre yorum da söz konusu değildir. Zira amaca uygun yorumda lafız amaçla bağdaştırılabilmektedir. Bu başarılamadığı takdirde örtülü boşluğun doldurulmasıyla karşı karşıya kalınır. Karş CISG bağlamında yorum ve boşluk doldurma etkinliklerinin ayrılmasında pratik bir gereklilik olmadığı fikrinde: Zeytin (n 14) 92; Benzer durum değerlendirmesi: Kasap (n 41) 133; Schwenzer (n 9) 114-115; Ancak kavramsal olarak boşluk doldurma, öncelikle yorumlama sonucunda boşluğun varlığının tespitini gerektirir: Müller (n 5) Art 18 OR N 447; Kotrusz (n 11) 126. Mümkün mertebe genişletici yoruma öncelik verilmesi fikrinde: Peter Schlechtriem, 'Interpretation, Gap-Filling and Further Development of the U.N. Sales Convention' (2004) 16 Pace Int'l L Rev 279, 292. Mahkemelerin boşluk doldurma yerine yorumlama yolunu yeğlediği hususunda: Zeller (n 37) 35.

58 Çiğdem Kırca, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 96. Ayrıca, öğretide uygulanacak normun aynı değerde başka bir hükümle çatışması başka bir örtülü boşluk hali olarak belirtilmektedir (Oğuzman ve Barlas (n 3) N 340). Önceki yasa-sonraki yasa ve genel hüküm-özel hüküm ilişkileri karşısında böyle bir örtülü boşluk sadece bir yasanın çelişen hükümler içermesi halinde gerçekleşebilir. Bu durumda açık boşluk bulunduğu görüşünde: Ernst A Kramer, *Juristische Methodenlehre* (6. Bası, Stämpfli 2019) 221, yazar tarihsel bir örnek olarak, Caligula'nın tanrı katına yükseltmiş olduğu kız kardeşinin ölümüne ağlayan herkesin, kardeşinin tanrısallığını zedelediği için cezalandırılmasına ve aynı zamanda onun kaybına üzülmediği için ağlamayanların da cezalandırılmasına karar verdiği rivayetini aktarmaktadır, CISG bakımından 14/I ve 55 hükümlerine işaret etmektedir. Öte yandan, bir normun uygulanması mevcut lafız ve amaç (öz) çatışması bulunmaksızın somut olayda TMK 2'ye aykırılık oluşturuyorsa, burada söz konusu olan TMK 2'nin uygulanmasıdır, bir örtülü boşluk ve onun doldurulması söz konusu olmamaktadır. Soyut olarak bir olgu için lafzın amaçtan geniş olduğu anlaşıldığı takdirde örtülü boşluk gerçekleşir, ayrıca TMK 2 koşulları aranmaz ve bu durumsTMK 2 koşullarına bakılmadan önce boşluk doldurma suretiyle müdahaleyi gerektirir: Kırca (n 58) 113-114; Dürr (n 15) Art 1 ZGB N 375. Nitekim teknik anlamda yasa hükmü gerekmedikçe TMK 2, ikincilliği nedeniyle, yasa boşluğu çözümlerinden sonra gelir (Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §41 N 5). Böylece, bir normun uygulanmasını TMK 2 aracılığı ile engellemek son çare teşkil eder.

öngörülmemiş bir istisna getirilerek hukukî meseleye bu normun uygulanmasının önüne geçilir (amaca göre sınırlama)[59]. Dolayısıyla açık boşlukla aynı boşluk doldurma etkinliğini söz konusu olmamaktadır. Zira açık yasa boşluğunun doldurulmasında Türk hukukunda öncelikle örf ve âdet hukukuna başvurulur, olumlu bir sonuç elde edilemezse ardından yargıcın hukuk yaratması yoluna gidilir[60]. Burada yargıcın doğrudan doğruya istisna getirmek suretiyle hukuk yaratma yoluna gittiğini ifade etmek mümkündür. CISG 7/II ise boşluğun doldurulması bakımından "*Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular*"dan söz etmektedir[61]. Öncelikle, CISG, tatbik edildiği uyuşmazlık açısından bir yasa olduğundan, burada yasa boşluğunun düzenlendiği çıkarımında bulunmak gerekir. CISG tarafından açıkça düzenlememiş hususlar hüküm altına alındığından, bu hükmün Türk hukuku açısından sadece açık yasa boşluklarını[62] kapsadığı sonucuna varmak gerekmektedir. CISG tarafından düzenlenmekle birlikte hükmün amacıyla lafzının bağdaşmadığı hallere dair bir ilke ortaya konmamıştır. Buna göre, CISG hükümlerinin uygulanması safhasında bir örtülü boşluğun gerçekleştiği yargıç tarafından takdir edildiğinde, doğrudan doğruya amaca göre sınırlama yoluna gidilmesi gerekecektir. Kaldı ki CISG 7/II hükmünün öngördüğü özgün boşluk doldurma yöntemi de örtülü boşluğa uygulanmaya elverişli olmayıp hükmün örtülü boşlukları dahi kapsadığı varsayılsa da son tahlilde yine esasa uygulanacak hukuka göndermede bulunulduğundan Türk hukukundaki örtülü boşluk doldurma yoluna gidilmesi gerekecekti.

2. CISG'nin Temelinde Yatan Genel İlkeler

CISG 7/II uyarınca, CISG kapsamında kaldığı için özerk ve yeknesak uluslararası satış hukuku sağlama hedefi içinde kalan dahili boşluğun, CISG bünyesinden türetilebilecek ilkeler doğrultusunda doldurulması gerekir[63]. CISG metninde

---

59 Kırca (n 58) 99 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §49 N 38; Manfred Wolf ve Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11. Bası, C.H. Beck 2016) §4 N 48.

60 Tabir caiz ise yasa boşluğunun doldurulmasına ilişkin TMK 1/II hükmü, örtülü boşlukların giderilmesi bakımından 'örtülü' boşluk içermektedir. Zira örtülü boşlukta ne örf ve âdet hukukuna başvurulur ne de yargıç gerçek anlamda bir norm sevk eder. (Dürr (n 15) Art 1 ZGB N 324). Bu değerlendirmeden kaçınmak için örtülü boşluk halinde dahi TMK 1/II'nin doğrudan uygulandığı, örf ve âdet hukukunda uygulanabilir hükmün bulunmadığı ve yargıcın ancak istisna getirmek suretiyle hukuk yarattığı yönünde bir muhakeme yapılması mümkün olmakla birlikte (Susan Emmenegger ve Axel Tschentscher, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 2012) Art 1 ZGB N 352), bunun yapay kalacağını itiraf etmek gerekir. Avusturya hukukunda da ABGB §7 hükmünde yer verilmemiş olsa da örtülü boşluklar ve amaca göre sınırlama kurumu tereddütsüz kabul görmektedir: Peter Bydlinski, *Kurzkommentar zum ABGB* (3. Bası, Springer 2010) §7 ABGB N 5.

61 Karş Urs Peter Gruber, *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Bası, C.H.Beck 2019) Art 7 CISG N 43, yazar CISG dürüstlük kuralını bir genel ilke olarak benimsediği için normun varlığına karşın norm ötesinde hukuk yaratılabileceği (*Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*) görüşündedir. Karş Serozan, Engin ve Atamer (n 1) 172.

62 Açık yasa boşluğundan lafzen uygulanabilecek norm eksikliği anlaşılır: Oğuzman ve Barlas (n 3) N 339; Dural ve Sarı (n 3) 139; Serozan, Engin ve Atamer (n 1) 148.

63 Kotrusz (n 11) 134; Felemegas (n 11) 38; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Melis (n 29) Art 7 CISG

önceden ilan edilmiş bir ilke listesi yoktur[64]. Dahili boşluğun doldurulması için öncelikle, uyuşmazlığın halline elverişli bir çözüm sunabilecek CISG metninden çıkarsanacak genel ilke veya ilkelerin tespit edilmesi gerekecektir[65]. CISG'de yer alan tek bir hükümden bir ilkeye varılabileceği gibi birden çok hüküm de ilkeye ulaşılmasını sağlayabilir[66].

CISG 7/II ile öngörülmüş boşluk doldurma tarzı "tümel örnekseme (*Rechtsanalogie, Gesamtanalogie/analogie globale*)"dir[67]. Tümel örnekseme, TMK 1/II uyarınca yasa boşluğunun doldurulmasında başvurulabilecek yöntemlerden biri olduğundan ve tümel örnekseme sonucunda da temel ilkenin uyuşmazlığa tatbiki, normlaştırmayı gerektireceğinden Türk yargıcı CISG 7/II'yi uygularken yabancılık çekmeyecektir. CISG'in öngördüğü boşluk doldurma sistemi, TMK 1/II'de düzenlenmiş yargıcın hukuk yaratma yöntemiyle uyumludur[68]. Türk hukukunda CISG 7/II'nin temel işlevi, Türk hukukundaki CISG dışındaki normlara başvurulmasını, böylece CISG'nin uluslararası, yeknesak ve özerk satış hukuku yaratma amacının göz ardı edilmesini önlemekte bulunmaktadır.

Tümel örneksemeye başvurulabildiğine göre, evleviyetle, yalın örnekseme (*Einzelanalogie, Gesetzesanalogie*) yoluna başvurulması ve somut bir CISG hükmünün madde 7/II uyarınca örnekseme yoluyla bir uyuşmazlıkta uygulanması mümkündür[69]. Bu noktada öncelikle yalın örneksemeye, yararlanılacak hüküm bulunmadığı

N 2.

64 Pilar Perales Viscasillas, 'Interpretation and Gap-Filling under the CISG: Contrast and Convergence with the Unidroit Principles' (2017) 22 Unif L Rev 4, 16.

65 Atamer (n 9) 116. CISG dışında taraf olunan bir uluslararası sözleşme yahut UNIDROIT gibi kaynaklar, CISG'de dayanak bulunmadıkça, genel ilke türetilmesinde nazara alınamaz: Schlechtriem ve Butler (n 44) 54; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Melis (n 29) Art 7 CISG N 12; *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 36; Aksi görüşte: *Stämpflis Handkommentar*/Brunner ve Wagner (n 14) Art 7 CISG N 10; Harry M Flechtner 'Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG' iç *Festschrift für Ulrich Magnus* (Sellier 2014) 205; Ayoğlu (n 11) 101 vd; Kotrusz (n 11) 151. Ancak bunlardan yorumlamada faydalanmakta engel yoktur: *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 26. Benzer şekilde, CISG'e taraf ülke hukuklarından ilke türetilmesi de söz konusu değildir: Magnus (n 41) 476.

66 Neumann (n 51) 37; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 274.

67 Felemegas (n 11) 25; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 271. Tümel örneksemede, bir norm niteliğine uygun düştüğü başka bir hususta bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanmaz. Tümevarım yoluyla genelleştirilebilecek bir sonuca, benzer hukukî düzenlemelerden ulaşılır: Demirsatan (n 19) 116 dn 186. Karş Emmenegger ve Tschentscher (n 60) Art 1 ZGB N 387, yazarlar hukukun genel ilkelerine dayanılarak hukuk yaratmanın mümkün olduğunu ve tümel örneksemeyle örtüştüğü, ancak soyut bilginin genelleştirildiği ve devam ettirildiği ölçüde bir fark bulunabileceğini ifade etmektedir. Ayrımın kuramsal ve pratik güçlü bir dayanağı bulunmadığından CISG bünyesinde böyle bir ayrım yapmaya gerek ve temel yoktur.

68 Burada CISG içi hukuk yaratma bulunduğu: Atamer (n 9) 115 dn 224; Ayoğlu (n 11) 99; Karş 'Adeta' bir hukuk yaratma bulunduğu fikrinde: Kasap (n 41) 114; Kaya (n 41) 24.

69 Wethmar-Lemmer (n 55) 281; Felemegas (n 11) 26; Magnus (n 41) 478; Buga (n 29) 115-116; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Melis (n 29) Art 7 CISG N 13; Gruber (n 61) Art 7 CISG N 37; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 271; Atamer (n 9) 116; Okur (n 8) 80; Schlechtriem ve Butler (n 44)

takdirde tümel örneksemeye başvurulacağı kabul edilmektedir[70].

Burada ana mesele, CISG'in metninden genel ilkelerin türetilmesi olacaktır[71]. Somut normların gerisinde yer alan genel ilkelerin boşluk bulunan hususta uygulanabilecek nitelikte olanlarının tespiti kolay değildir[72]. CISG 7/II uyarınca doldurulması söz konusu dahili boşlukla fiilen karşılaşılmadıkça, CISG'in gerisinde hangi temel ilkenin bulunabileceği ve nasıl uygulanabileceği kolaylıkla öngörülemez. Öte yandan zamana göre değişen gereksinimler dikkate alınarak yapılacak genel ilke türetmede, ilkelerin mutlak ve donmuş bir yapıda olmayacağını da vurgulamak yerindedir[73]. Bununla birlikte genel ilkelerin uyuşmazlığın çözümü hususunda çelişmesi halinde ne olacağı açık değildir. Bu ilkeler arasında sabit bir kademelenmenin bulunduğunu ileri sürmek mümkün değildir, boşluk doldurma esnasında yargıcın

51; Örnek olarak, aşırı ifa güçlüğü halinde CISG 79'un örneksemeyle uygulanması görüşü: Peter Huber ve Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (Walter de Gruyter 2007) 193; Aşırı ifa güçlüğünün CISG 79 ile bağdaşmadığı fikrinde: Elif Merve Yılmaz, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 79'un Scafom International Bv v. Lorraine Tubes S.A.S. Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 456. Genel ilke türetilmesini kabul eden Belçika mahkemesi kararı ve Türk hukuku için TBK 138 hükmüne gidilmesi görüşü: Salih Tuygun, 'CISG'de Açıkça Cevaplanmamış Hususların Çözüm Metotlarına İlişkin Belçika Yüksek Mahkemesi'nin 19 Haziran 2009 Tarihli Kararı ve Bu Kararın Yorumu' (2014) 3(2) Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 281, 292 ve 300.

70 *Commentary*/Viscasillas (n 36) Art 7 CISG N 57; Schlechtriem (n 57) 292; Gruber (n 61) Art 7 CISG N 38; Neumann (n 51) 29; Zeytin (n 14) 92. Gerçekten, yalın örnekseme ile çözüm sağlanabildiği takdirde, tümel örneksemeye başvurma gerekliliği ortadan kalkar. Bu husus Avusturya Medenî Kanunu (ABGB) §7 hükmünde ifade edilmiştir. Buna göre, yasa boşluğu ile karşılaşıldığında önce benzer durumlar için sevk edilmiş hükümlerden ardından doğal hukuk ilkelerine başvurulması icap eder ("*Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden*"): Bydlinski (n 60) N 1. Bu bakımdan ABGB ile CISG'in benzer bir tutum sergilediğini ifade etmek mümkündür. ABGB §7 düzenlemesi, hem ulusal hukuk dışındaki veya ötesindeki kaynaklardan yararlanma olanağı tanıdığından hem de doğal hukuk ilkelerinin tümel örnekseme sağlayan normlardan farklı olduğunu ve sonra geldiğini (Bydlinski (n 60) N 3) açıkça hüküm altına aldığından, hem de hukukî etkiden yoksun bu düşünsel ilkelere dolaylı olarak pozitif uygulanma dayanağı sağladığından son derece ilgi çekicidir. Türk ve İsviçre hukuklarında ise TMK 1 ile yargıca belirli bir yöntem dayatılmadığından daha geniş bir serbesti bulunmaktadır. Alman Medenî Kanun'unda hukuk yaratmaya ilişkin hüküm olmamakla birlikte özel hukukun hukuk yaratmaya elverişli olduğu, Alman Anayasası'nın 20/III hükmünün ("*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*/ *Yasama erki anayasal düzenle, yürütme ve yargı erkleri yasa ve hukukla bağlıdır*") yargıca bu yetkiyi verdiği kabul edilmektedir: Wolf ve Neuner (n 59) §4 N 74 ve 76.

71 Durak (n 11) 39; Ebru Karademir, 'Viyana Satım Antlaşması'nda boşluk doldurma' (2015) 80(2) İzmir Barosu Dergisi 231, 236.

72 DiMatteo (n 13) 709.

73 CISG 7/II hükmünün çağa uyum sağlamayı temin ettiği: Wethmar-Lemmer (n 55) 275.

takdiri belirleyici olmalıdır[74].

Öğretide ve uygulamada CISG 7/II kapsamında ulaşılan temel ilkeler olarak, irade özgürlüğü, sözleşmeyle bağlılık, bununla bağlantılı olarak sözleşmeyi sona erdirme hallerinin sınırlılığı, öngörülebilirlik[75], dürüstlük kuralı[76], zararı azaltma külfeti[77], şekil özgürlüğü, sözleşmenin amacına uygun olarak işbirliğinde bulunma yükümlülüğü, mantıklı ve makulün ölçüt sayılması, sözleşme ihlalinin tazminata yol açması[78], aynı anda ifa, işlemi ayakta tutmanın esas olması[79], kötüye kullanma yasağı, irade beyanlarının hüküm doğurma anına dair kural (madde 27), derhal muaceliyet, ifadan genel kaçınma imkânı[80] gibi ilkeler sayılmaktadır[81]. Ayrıca bu ilkelerden de ilke türetilmesinin *Ouroboros*'u anımsatırcasına mümkün olduğu ve böylece yeknesaklığı sağlamak üzere ulusal hukuktan kaçınmanın gitgide daha olanaklı hale geldiği ifade edilebilir[82].

---

74 Wethmar-Lemmer (n 55) 284.

75 Ayşe Elif Ulusu, *Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (İÜSBE Yüksek Lisans Tezi 2007) 73 vd.

76 Schlechtriem ve Butler (n 44) 52; Neumann (n 51) 117; Erdem (n 27) 174-175. Dürüstlük kuralı genel ilkelerden sayıldığı için ve sözleşme kapsamında doğmuş borç olduğundan bütünlük menfaatlerini karşılayan koruma yükümlülükleri de CISG metniyle bağdaştığı ölçüde sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra CISG 7/II kapsamında değerlendirilebilir. Bu yönde anlaşılabilir: *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Anton K Schnyder ve Ralf Michael Straub (n 28) Art 46 CISG N 12a; Dürüstlük kuralından hareketle borcun kabul edilebileceği: Schlechtriem (n 57) 294; Anne Rossen, Marie Hummelshøj Pedersen ve Thomas Neumann, 'How Far Does the Dynamic Doctrine Go? Looking for the Basis of Precontractual Liability in the CISG', (2020) 2020(1) NJCL 3, 17 vd. Koruma yükümlülüğü ve bütünlük menfaati hakkında: Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008) 35 vd. Aksi görüşte: Atamer (n 9) 299; *Schlechtriem & Schwenzer*/Schroeter (n 8) Art 25 CISG N 17; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Wolfgang Ernst ve Robert Lauko (n 28) Art 30 CISG N 18. Yan borçlar ise, sözleşmenin amacına hizmet ederek edim mübadelesine yönelik olduğundan her halükârda CISG kapsamında sayılmak gerekir. Sözleşmenin müsbet ihlali bağlamında: Karl H Neumayer ve Catherine Ming, *Commentaire - Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CEDIDAC 1993) 107-108.

77 Emine Aslı Küçükaydın, 'Zarar Görenin Kusurunun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki Görünümü' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 298 vd.

78 Bu ilkeden hareketle (CISG 74) ceza koşulunun dahili boşluk addedileceği: Bruno Zeller, 'Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?' (2011) 23(1) Pace International Law Review 1, 10; Benzer yönde: *Commentary*/Viscasillas (n 36) Art 7 CISG N 60. Sözleşmeden doğan borçların ihlalinin CISG kapsamında kaldığı: Müller (n 23) N 493.

79 Burcu Zengin Özküçükparlak, *Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları* (On İki Levha 2021) 465; Erdem (n 27) 155; Viscasillas (n 64) 18.

80 Nafiye Yücedağ, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-* (On İki Levha 2018) 267.

81 Magnus (n 41) 478-491; Gruber (n 61) Art 7 CISG N 39; *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 35; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 273-281; Atamer (n 9) 117-120; Durak (n 11) 39; Zeytin (n 14) 93; Kasap (n 41) 133-134; Ferrari (n 8) 71-80; Yılmaz (n 67) 157-158; Okur (n 8) 81-90.

82 Flechtner (n 65) 194-195. *Commentary*/Viscasillas (n 36) Art 7 CISG 59; Genel ilkelere başvuru

Görüldüğü üzere CISG 7/II aracılığı ile dahili boşluk doldurmak üzere ulaşılan ilkeler, her çağdaş hukuk düzeninde karşılaşılabilecek niteliktedir. Kara Avrupası hukuk ailesine mensup Türk hukuku özelinde, zikredilen ilkeler özleriyle Türk hukukunda da mevcuttur. Bu ilkeler soyut halleriyle derhal boşluk doldurmaya elverişli olmadığı gibi, özerk ve yeknesak uluslararası satış hukuku tesis etmeye yetecek özgülükte değildir[83]. Aynı ilkelerden farklı yargıçlar aynı gereksinimi karşılamak için başka hükümler yaratabilir.

Türk hukukuyla ortak ilkelerin paylaşıldığı dikkate alındığında, boşluğun TMK 1/II gereğince yargıcın hukuk yaratması yoluyla veya CISG 7/II uyarınca doldurulması arasında kayda değer bir farklılık doğmayacağı ortadadır. Bu ilkeler, hemen her hukuk düzeninin kökeninde yer alan ilkel çıkış noktaları olduğundan, esasa Türk hukukunun uygulandığı uyuşmazlıklar için CISG 7/II'nin uygulanması, uyuşmazlığın sonucuna, Türk hukuku bakımından da yasa boşluğu bulunduğu ölçüde etkide bulunmayacaktır.

3. Esasa Uygulanan Hukuka Başvuru

Dahili boşluğun varlığı halinde CISG'den türetebilecek bir genel ilke tespit edilemediği takdirde, meselenin esasa uygulanacak hukuk olarak kabul ettiğimiz Türk hukukuna göre çözülmesi gerekecektir[84]. Bu çözüm kaçınılmaz bir tutum olmaktadır. Zira uyuşmazlığa konu sözleşme CISG ile birlikte bir ulusal hukuka tâbi olmaktadır ve CISG hükümleriyle çözüme ulaşılmadığında, uyuşmazlığı hükme bağlama gereği sonucunda son çare olarak ulusal hukuka gidilmesi gerekmektedir[85].

CISG 7/II hükmüne başvurulabilmesi için satış sözleşmesinde hüküm bulunmaması gerektiğinden, uygulanabilir hüküm ifade eden bir sözleşmesel düzenlemeyle karşılaşılması bahis konusu olmayacaktır. Aynı değerlendirme CISG hükümleri için de geçerlidir. Dolayısıyla öncelikle CISG dışında kalan Türk mevzuatında uygulanabilir bir hüküm olup olmadığı tespit edilmek gerekir. Böyle bir hüküm bulunduğu takdirde TMK 1/I gereğince, sözleşmesel uyuşmazlığa ilgili pozitif hukuk normu uygulanır. Ancak halde, harici boşluğa ilişkin açıklamalarda işaret edildiği üzere, uyuşmazlığın niteliği bir yedek hukuk kuralının uygulanmamasını gerekli kılıyorsa sözleşme boşluğunun doldurulması yoluna gidilmesi gerekir.

---

olanağının esasa uygulanacak hukuka gitmeyi gereksiz kıldığı yönünde: Peng Guo, Haicong Zuo ve Shu Zhang, *Selected Chinese Cases on the UN Sales Convention (CISG) Vol. 2* (Springer 2023) 10. Aksi görüşte, CISG'in kapsamı nazara alındığında sınırlara ulaşıldığı şeklinde: Neumayer ve Ming (n 74) 104.

83 Wethmar-Lemmer (n 55) 292. Bu nedenle CISG 7/II hükmünün lafzına karşın CISG dışı ve onunla çelişmeyen başka genel ilkelere de başvurulması gerektiği görüşünde: DiMatteo (n 13) 709.

84 Atamer (n 9) 120. Karş *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 27; DiMatteo (n 13) 697; Zeller (n 78) 5, yazarlar bu durumda CISG dışında kalındığı belirterek, örtülü şekilde, dahili boşluk dışına çıkıldığını kabul etmektedir. Bir yandan CISG 7/II kapsamında kalındığını ifade edip diğer yandan CISG dışında kalındığı ifade etmek tutarlı değildir.

85 *Commentary*/Viscasillas (n 36) Art 7 CISG N 53. Bu olanağın mahkemeleri doğrudan esasa uygulanacak hukuku tatbik etmeye çektiği fikrinde: Felemegas (n 11) 37-38.

Uygulanabilir bir norm tespit edilemediği takdirde yasa boşluğu ve sözleşme boşluğu yine aynı anda gerçekleşmiş olur. CISG 7/II, genel ilkelerle sonuca varılamadığında esasa uygulanan hukuka geri dönüleceğini hüküm altına aldığından, sözleşme boşluğunu doldurma yöntemine başvurma engeli bu aşamada ortadan kalkmıştır. Burada dolayısıyla harici boşluk ile yasa boşluğunun aynı anda gerçekleştiği ihtimaldeki değerlendirme, dahili boşluk bakımından bu aşamada da yapılmak gerekir. Böylece, atipik, arızî bir uyuşmazlık söz konusu olmadıkça öncelik yasa boşluğunun doldurulması yöntemindedir. Yasa boşluğu giderilerek, sözleşme boşluğu da dolaylı olarak ortadan kalkmaktadır[86]. Ancak harici boşluğun aksine, burada yargıcın hukuk yarattığı noktada, CISG açısından dahili boşluk bulunduğundan, özerk bir uluslararası satış hukukunun gerekleri ile yeknesaklaştırma gereksinimini göz önünde bulundurularak norm yaratılması söz konusu olacaktır[87]. Yasa koyucu gibi hareket eden yargıcın hukuk yaratma etkinliğinde mevcut hukuk düzeni ve hukuk güvenliği ile bağdaşır, gereksinimleri gözeterek üstün tutulması gereken menfaati koruyan bir norm sevk etmesi gerekir[88]. Burada yeknesak, özerk bir uluslararası satış hukuku sağlamayı amaçlayan bir normun tamamlanmasıyla karşı karşıya olunduğundan, mevcut düzenlemelerle ve korunması gereken menfaatlerle uyumlu bir norm yaratılabilmesi için yargıcın CISG hükmü sevk eder gibi hareket etmesi, yeknesak ve özerk bir uluslararası satış hukuku kuralı yarattığının bilinci içinde ulusal hukuk alışkanlıklarından ve etkisinden arınmış olması lazım gelir[89]. Bu çerçevede hukuk yaratılırken CISG uygulamasına ait bütün içtihat ve öğreti TMK 1/III'e göre kaynak teşkil etmeye elverişli olacaktır[90].

SONUÇ

Her yasanın bünyesinde uygulanması gereken bir uyuşmazlığa ilişkin boşluk bulunması mümkündür. Ancak her uyuşmazlığın hükme bağlanması zorunluluğu karşısında boşluğun giderilmesi mekanizmaları öngörülmüştür. Esasa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak CISG 7/II hükmünde özel bir boşluk doldurma yöntemi sevk edilmiştir. Bunun gerisinde CISG'nin özerk, yeknesak uluslararası satış hukuku yaratma ülküsü bulunmaktadır.

---

86 Oğuzman ve Öz (n 4) N 608; Gauch, Schluep ve Schmid (n 5) N 1261.

87 Karş Atamer (n 9) 120, yazar gerek dahili gerek harici boşlukta esasa uygulanan ulusal hukuka başvurulduğu takdirde yeknesak bir hukuk yaratılmadığı varsayımıyla hareket edileceğini, bunun CISG kuralları çerçevesinde çözüme varılmadığı takdirde son çare teşkil ettiğini belirtmektedir.

88 Oğuzman ve Barlas (n 3) N 378-379; Dural ve Sarı (n 3) 143; Serozan, Engin ve Atamer (n 1) 149-150; Erman (n 3) 54.

89 Simin Yalçıntaş, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler' 2011 27(3) BATİDER 281, 304.

90 Atamer (n 9) 116. Bu çerçevede CISG dışı uluslararası metinlerden dahi faydalanmak olanaklı olacaktır: Kramer (n 58) 299-300. Yazar, ayrıca, ulusal hukukta boşluk doldurma esnasında CISG'den yararlanılmasını takdire şayan karşılamaktadır: ibid 343.

CISG bünyesinde norm bulunmadığından bahisle CISG 7/II hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, CISG'e tâbi satış sözleşmesinde herhangi bir hükmün bulunmadığı sonucuna yorumlama faaliyeti neticesinde varılması icap eder. Zira CISG 6 hükmü taraf iradelerinin öncelikli olduğunu açıkça düzenlemektedir. Başka bir deyişle, CISG 7/II'nin uygulanabilmesi için aynı zamanda sözleşme boşluğunun da bulunması icap eder. İkinci olarak, boşluğun, CISG tarafından düzenlenmek istenen bir hususta bulunması şarttır. Eğer CISG kapsamına girmeyen bir husus mevcutsa CISG açısından harici boşluk gerçekleşir. Harici boşluğun bulunduğu bir konuda, esasa uygulanacak hukuk kuralları tatbik edilir. Buna göre, esas uygulanacak hukukta bir norm varsa o uygulanır. Bu hukuk bağlamında yasa boşluğu söz konusu ise ilgili hukuktaki boşluk doldurma yöntemine başvurulması gerekir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından TMK 1 hükmü uygulanır. TMK 1 gereğince, uyuşmazlık atipik veya arızî nitelik taşımadıkça uygulanabilir bir yedek hukuk normu varsa, tatbik edilir. Ancak atipik veya arızî bir uyuşmazlık varsa sözleşme boşluğu doldurma yöntemine yani yargıcın tarafların varsayımsal iradesine göre sözleşme hüküm sevk etmesine gitmesi lazım gelir. Eğer yasa boşluğunun da bulunduğu sonucuna varılırsa, aynı ilke geçeridir. Arızî veya atipik bir uyuşmazlık söz konusu olmadıkça, yasa boşluğu doldurma yöntemine başvurulur. Sözleşme boşluğu da dolaylı olarak yargıcın yaratmış olduğu norm ile ikmal edilir. CISG dışında bulunma iradesi mevcut olduğundan bu faaliyetin sıradan bir yasa boşluğu doldurma etkinliğinden farkı bulunmaz. Arızî veya atipik bir uyuşmazlık varsa, sözleşme boşluğu doldurmaya başvurarak bu boşluk doğrudan doğruya doldurulur.

CISG tarafından düzenlenmek istenen ancak açık hüküm getirilmeyen bir boşluk CISG bünyesinde bulunuyorsa, dahili boşluk gerçekleşir. Burada, CISG bünyesinde norm eksikliğinin varlığı yeterlidir. Esasa uygulanan hukukta norm bulunup bulunmadığı belirleyici değildir. Gerek dahili gerek harici boşluğun söz konusu olması için yapılan değerlendirme, esasa uygulanan hukuk bakımından boşluğun varlığından bağımsızdır. Dahili boşluk bulunduğu takdirde, CISG 7/II hükmü uygulanır. Bu açıdan söz konusu hüküm, sözleşme boşluğu kurumuna başvuru yolunu kapatmıştır.

CISG 7/II uyarınca, boşluğun doldurulması için öncelikle CISG'in temelinde yer alan genel ilkelere başvurulması gerekir. Böylece, boşluk doldurma faaliyetinde esas yöntem olarak tümel örnekseme benimsenmiştir. Evleviyetle, somut bir hükmün yalın örnekseme ile uygulanma yolu da açıktır. Öyle ki, yalın örneksemenin tümel örneksemeye karşı önceliği mevcuttur. CISG'den türetilebilecek genel ilkelerin tespitinde belirleyici olan CISG metninde yer alan normlardır. CISG dışındaki uluslararası metinlerden, CISG uygulanan diğer hukuk düzenlerinden ulaşılabilecek ilkelere yahut soyut bir şekilde hukukun genel ilkelerine gidilmesi söz konusu değildir.

CISG bünyesinden türetilecek ilkeler doğaları gereği soyut nitelikte olacaklarından, uyuşmazlığın çözümüne uygulanabilmeleri için normlaştırılmaları gerekir. Bu itibarla, bu faaliyet, Türk hukukunda yargıcın hukuk yaratmasıyla benzer olacaktır. Diğer yandan, kabul edilen ilkelerin Türk hukukunda da bulunmaları nedeniyle, as-

lında CISG 7/II uygulanmasıyla TMK 1'in uygulanması arasında esaslı bir farklılık bulunmayacaktır Dolayısıyla Türk yargıcı bu hükmü uygularken yabancılık çekmeyecektir. Burada Türk hukukunda CISG 7/II'nin temel işlevi, Türk hukukundaki CISG dışındaki normlara başvurulmasını, böylece CISG'in uluslararası, yeknesak ve özerk satış hukuku yaratma amacının göz ardı edilmesini önlemekte bulunmaktadır.

Dahili boşluk, CISG'den türetilen bir genel ilkeye ulaşılamadığı takdirde esasa uygulanan hukuka başvuru yolu ile doldurulur. Bu durumda TMK 1 uygulanacaktır. Bu aşamadan sonra harici boşluğa ilişkin yapılan değerlendirmeler geçerlidir. Fakat yargıcın hukuk yaratması söz konusu olduğu zaman Türk hukukunda yargıç, hukuk yaratımında boşluk doldurduğu normlarla bağdaşır ve güncel gereksinimleri karşılayacak şekilde hareket etmek gerekliliği karşısında, CISG'in uluslararası niteliği ile uyuşur özerk ve yeknesak satış hukuku yaratma gerekliliğine uyacaktır. Keza CISG'e dair yabancı öğreti ve kararlar TMK 1/III bağlamında kaynak teşkil edecektir. Bu itibarla hukuk yaratıldığı ihtimalde, TMK 1'nin tanıdığı imkân sayesinde Türk hukuku yine CISG'in ruhuna uygun bir sonuç verecektir.

KAYNAKÇA

-, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2. Bası, Springer 2010) [*Kommentar zum UN-Kaufrecht*/İşleyen].

-, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4. Bası, Oxford University Press 2016) [*Schlechtriem & Schwenzer*/İşleyen].

-, *Stämpflis Handkommentar Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. Bası, Stämpfli 2014) [*Stämpflis Handkommentar*/İşleyen].

-, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary* (2. Bası, C.H.Beck 2018) [*Commentary*/İşleyen].

Aksoy Dursun S, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008).

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (Babür S, Hacettepe Üniversitesi Yayınları 1988).

Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (20. Bası, BTHAE 2015).

Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (2. Bası, Vedat 2022).

Atamer YM, 'Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler' (2005) 68(1-2) İÜHFM 171-191.

Atamer YM, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005).

Ayoğlu T, 'Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması' (2013) 2013(1) GSÜHFD 87-109.

Başer MO, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötürü Alıcının Hakları* (On İki Levha 2018).

Başoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012).

Baş-Süzel E ve Kurtulan-Güner G, 'Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG' (2020) 2020(2) NJCL 20-33.

Buga I, 'Taking the International Approach to the CISG: The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law' (2009) RRDC 108-120.

Bydlinski P, *Kurzkommentar zum ABGB* (3. Bası, Springer 2010).

Carvalhal Sica L, 'Gap-Filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention' (2006) NJCL 1-28.

Chappuis C, 'La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénètré le droit suisse ?', iç Baddeley M, Foëx B, Leuba A, ve Papaux van Delden M-L (edr), *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011* (Schulthess 2012).

Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).

Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2024).

Demir ZR, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması' (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin 553-584.

Demirsatan B, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (2. Bası, On İki Levha 2021).

Di Matteo LA, 'CISG as Basis of a Comprehensive International Sales Law' (2014) 58(4) Villanova Law Review 691-721.

Durak Y, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri* (On İki Levha 2020).

Dural M ve Sarı S, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri* (15. Bası, Filiz Kitabevi 2020).

Dursun Karaahmetoğlu Ş, 'Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (2017) 8(14) Justice Academy of Turkey - Law&Justice Review 105-118.

Dürr D, *Zürcher Kommentar / Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht* (3. Bası, Schulthess 1998) (Art 1 ZGB).

Egger K, *La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif* (Lozan Üniversitesi-Mémoire 2021).

Emmenegger S ve Tschentscher A, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 2012) (Art 1 ZGB).

Erdem E, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (On İki Levha 2017).

Ergeç I, 'Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Yorumlanması' (2015) 73(2) İÜHFM 221-253.

Ergüne S, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008).

Erman H, *Medenî Hukuk Dersleri* (6. Bası, Der Yayınları 2016).

Felemegas J, 'Introduction' iç John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge 2007).

Ferrari F, 'Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' iç Atamer YM (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku* (On İki Levha 2008).

Flechtner HM 'Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG' iç *Festschrift für Ulrich Magnus* (Sellier 2014).

Gauch P, Schluep WR ve Schmid J, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (9. Bası, Schulthess 2008).

Gruber UP, Münchener Kommentar zum BGB (8. Bası, C.H.Beck 2019) (Art 7 CISG).

Guo P, Zuo P ve Zhang S, *Selected Chinese Cases on the UN Sales Convention (CISG) Vol. 2* (Springer 2023).

Gürkan S, *Türk Satım Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması* (İBÜSBE Yüksek Lisans Tezi 2015).

Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017).

Honsell H, 'Einleitung und Einführung Eugen Huber Symposium' iç Fasel U (ed), *Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris* (Stämpfli 2024).

Huber P ve Mullis A, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (Walter de Gruyter 2007).

Huguenin C, *Obligationenrecht–Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, Schulthess 2014).

İmre Z, *Medenî Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler Matbaası 1980).

Janssen A ve Claas Kiene S, 'The CISG and Its General Principles' iç Janssen A ve Meyer O (edr), *CISG Methodology* (Sellier 2009).

Karademir E, 'Viyana Satım Antlaşması'nda boşluk doldurma' (2015) 80(2) İzmir Barosu Dergisi 231-255.

Karayazı E, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Sekizinci Madde Hükmünün İncelenmesi' iç Öztekin Gelgel G ve Giray FK (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014).

Kasap G, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükmünün Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi' iç Öztekin Gelgel G ve Giray FK (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, (Beta 2014).

Kaya C, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu* (On İki Levha 2012).

Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-119.

Kizer KL, 'Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods' (1998) 65(4) University of Chicago Law Review 1279.

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014).

Kotrusz J, 'Gap-Filling the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (2009) 14 Unif L Rev 119-163.

Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (6. Bası, Stämpfli 2019).

Küçükaydın EA, 'Zarar Görenin Kusurunun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki Görünümü' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017).

Magnus U, 'Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht' (1995) 59(3-4) Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 469-494.

Magnus U, 'Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung' (1989) 53(1) Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 116-143.

Müller C, *Berner Kommentar Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht / Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen* (Staempfli Verlag 2018) (Art 18 OR).

Müller C, Contrats de droit suisse (Stämpfli 2021).

Neumann T, *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of Article 80 CISG* (Sellier 2012).

Neumayer KH ve Ming C, *Commentaire - Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CEDIDAC 1993).

Nomer HN, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2053-2074.

Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (27. Bası, On İki Levha 2021).

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).

Oktay S, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması' (1996) 55(1-2) İÜHFM 262-296.

Okur S, 'CISG Hükümlerinin Yorumu Bağlamında Boşluk Doldurma Sorunu ve CISG m.8'e Göre Taraf Beyan ve Davranışlarının Yorumuna İlişkin Esaslar' iç Sinan Okur (ed) *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (Adalet 2016).

Öner Ö, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulanma Alanı, Yorumlanması ve Bağlayıcılığı' (2017) 31 TAAD 801-835.

Öz T, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' (2013) 2013(1) GSÜHFD 3-18.

Rossen A, Hummelshøj Pedersen M ve Neumann T, 'How Far Does the Dynamic Doctrine Go? Looking for the Basis of Precontractual Liability in the CISG', (2020) 2020(1) NJCL 3-31.

Rostila O, *Disgorgement and the CISG – Comparative and Future Perspectives* (University of Lapland Yüksek Lisans Tezi 2017).

Sarıkaya M, *CISG Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (Filiz Kitabevi 2017).

Schlechtriem P ve Butler P, *UN Law on International Sales* (Springer 2009).

Schlechtriem P, 'Interpretation, Gap-Filling and Further Development of the U.N. Sales Convention' (2004) 16 Pace Int'l L Rev 279-306.

Schroeter UG, 'Contract validity and the CISG' (2017) 22(1) Uniform Law Review 47-71.

Schwenzer I ve Schmidt M, 'Extending the CISG to Non-Privity Parties' Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (2009) 3 109-122.

Schwenzer I, 'Interpretation and Gap-Filling under the CISG', iç Ingeborg Schwenzer, Yeşim Atamer ve Petra Butler (edr), *Current Issues in the CISG and Arbitration* (Eleven 2014).

Schwenzer I, Fountoulakis C ve Dimsey M, *International Sales Law A Guide to the CISG* (3. Bası, Hart 2019).

Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Basım, Stämpfli 2016).

Serozan R, Engin Bİ ve Atamer YM, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022).

Spagnolo L, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (Kluwer Law 2014).

Şener OH, *Ticari İşletme Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2020).

Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2020).

Tuygun S, 'CISG'de Açıkça Cevaplanmamış Hususların Çözüm Metotlarına İlişkin Belçika Yüksek Mahkemesi'nin 19 Haziran 2009 Tarihli Kararı ve Bu Kararın Yorumu' (2014) 3(2) Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 281-302.

Ulusu AE, *Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (İÜSBE Yüksek Lisans Tezi 2007).

Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2015).

Viscasillas PP, 'Interpretation and Gap-Filling under the CISG: Contrast and Convergence with the Unidroit Principles' (2017) 22 Unif L Rev 4-28.

von Tuhr A, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band II Erste Hälfte* (Duncker & Humblot 1957).

Wethmar-Lemmer M, 'The Vienna Sales Convention and Gap-Filling' (2012) 2012 J S Afr L 274.-299

Winiger B, *Commentaire Romand Code des Obligations I* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2012) (Art 18 CO).

Wolf M ve Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11. Bası, C.H. Beck 2016).

Yalçıntaş S,'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler' 2011 27(3) BATİDER 281-308.

Yelkenci I, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2014).

Yıldırım AC, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu* (On İki Levha 2015).

Yılmaz A, 'Gap Filling and Interpretation Issues Under the CISG' (2015) 9 HKÜHFD 151-162.

Yılmaz EM, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 79'un Scafom International Bv v. Lorraine Tubes S.A.S. Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017).

Yücedağ N, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-* (On İki Levha 2018).

Zeller B, 'Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?' (2011) 23(1) Pace International Law Review 1-14.

Zeller B, *CISG and the Unification of International Trade Law* (Routledge-Cavendish 2007).

Zengin Özküçükparlak B, *Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları* (On İki Levha 2021).

Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG – Incoterms* (4. Bası, Seçkin 2022).

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683939

ÇİÇEK SEPETİ KARARI ÖZELİNDE ARACI HİZMET SAĞLAYICISININ TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation on the Liability of the Intermediary Service Provider to the Consumer Specific to the "Çiçek Sepeti" Decision

Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR*

Özet

Teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte tüketicilerin alışveriş davranışları da değişmiş ve online platformlar üzerinden alışveriş yapma eğilimleri artmıştır. Bu durum satıcı/sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı konumdaki online alışveriş platformlarına nazaran dezavantajlı konumda olan tüketicilerin, bu platformlar üzerinden yaptıkları alışverişlerde korunmasını gerekli kılmaktadır. Yargıtay, bir aracı hizmet sağlayıcısı olan Çiçek Sepetine ilişkin 15.11.2021 tarihli kararında, bu platformun ayıplı maldan dolayı tüketiciye karşı sorumlu olmadığı yönünde karar vermiştir. Karar, aracı hizmet sağlayıcısı online platformun, sorumluluğunun tartışılması bakımından önemlidir. Yargıtay verdiği kararda aracı hizmet sağlayıcısı olan Çiçek Sepetinin, sunduğu hizmet kapsamında sağladığı içeriği kontrol etmek ve bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığını ifade etmiştir. Benzer bir hukuki sorunu inceleyen Oberdorf v. Amazon davasında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, aracı hizmet sağlayıcı konumunda olan Amazon'un satış faaliyetinde aktif bir konumda bulunduğunu tespit ederek farklı bir sonuca ulaşmıştır. Ayrıca bu kararda yüksek mahkeme, bir online alışveriş platformu olan Amazon'un hukuki konumunu ve tüketicide uyandırdığı güveni değerlendirmiş ve ürünleri platformdan kaldırma yetkisine de değinmiştir. Konunun Türk hukuku bakımından 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen mesafeli sözleşmeler ve 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamında düzenlenen dağıtıcı kavramı bakımından da ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: Aracı hizmet sağlayıcısı, online alışveriş platformları, mesafeli sözleşme, güvenli olmayan ürün, ayıplı mal

Abstract

With the rapid development of technology, consumers' shopping behaviour has also changed. This situation necessitates that consumers, who are in a disadvantageous position compared to sellers/providers and intermediary service providers. Although the Court of Cassation ruled in its decision dated 15.11.2021 regarding Çiçek Sepeti, which is an intermediary service provider, that this platform is not liable to the consumer for defective goods.; Decision is open to discussion,

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.01.2025*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara-Türkiye, bgozcan@hacettepe.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-3638-1637

since it does not evaluate the trust that the online platform, which is an intermediary service provider, arouses in the consumer. As a matter of fact, the Court of Cassation stated in its decision that Çiçek Sepeti is not obliged to control the content provided within the scope of the service it provides. On the other hand, in the Oberdorf v. Amazon case, which examined a similar legal problem, the United States Supreme Court reached a different conclusion by determining that Amazon, which is an intermediary service provider, has an active position in the sales activity. The Supreme Court evaluated the legal position of Amazon, an online shopping platform, and the trust it arouses in consumers, and also addressed the authority to remove products from the platform. The issue should also be examined in terms of distance contracts regulated under the Consumer Protection Act No. 6502 and the distributor concept regulated under the Product Safety and Technical Regulations Act No. 7223.

Keywords: Intermediary service provider, online shopping platforms, distance contract, unsafe product, defective goods

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesiyle hızlı bir şekilde tüketim alışkanlıkları da değişmiştir. Alışverişler, özellikle covid-19 pandemisi ile kullanımı artan[1] ve her geçen gün de bu artışın devam ettiği online alışveriş platformları üzerinden yapılmaktadır. Günümüzde online alışveriş platformlarından yapılan alışverişler yaşamımızın parçası haline gelmiştir. Burada yapılan alışverişlerle ilgili ortaya çıkan hukuki sorunlar da kaçınılmazdır. Bunun bir sonucu olarak da online alışveriş platformlarının hukuki sorumluluğuna ilişkin tüketicileri koruyucu düzenleme yapılması gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda teknolojinin ve internetin beraberinde getirdiği farklı hukuki sorunları giderecek çözümler bulunması önemlidir[2]. Dijital çağa ayak uydurma gerekliliği, tüketicinin korunması bakımından da gerekli düzenlemelerin yapılmasını gündeme getirmektedir. Avrupa Hukuk Enstitüsünün (European Law Institute - ELI), "Ürün sorumluluğu Yönergesinin Dijital Çağ İçin Güncellenmesine İlişkin Yol Gösterici İlkeler" raporunda bunun altını çizmiş, 35 yıldan uzun süre uygulanan Avrupa Ürün Sorumluluğu Direktifi (85/374/EEC) dijitalleşmenin de getirdiği sorunlara yanıt verecek bir ürün sorumluluğu düzenlemesine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir[3]. Eylül 2022'de hazırlanan ve 13 Aralık 2024'te yürürlüğe

---

1 Bkz. Catherine M. Sharkey, 'Holding Amazon Liable As a Seller of a Defective Goods: A Convergence of Cultural and Ecenomic Perspectives' Northwestern University Law Review, (2020) 115, 339-356; Erdem Büyüksağiş ve Defne Kahveci, 'E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu' (2022) 19(Özel Sayı) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 126; E-Ticaret Bilgi Platformu <https://www.eticaret.gov.tr > (E.T.; 11 Ekim 2023); Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması (2022) <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587> (E.T.; 11 Ekim 2023).

2 Bkz. Gerhard Wagner, '*Haftung von Platformen für Rechtsverletzungen*' (2020) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 447-460; Christoph Busch, 'Regulierung Digitaler Plattformen Als Infrastrukturen Der Daseinsvorsorge' (Wiso Diskurs, 04/21) <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/17527.pdf > s. 9 (E.T.; 15 Ekim 2023).

3 https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf. 2021 tarihli raporda ("Ürün sorumluluğu Yönergesinin Dijital Çağ İçin Güncellenmesine İlişkin Yol Gösterici İlkeler") genel olarak, zarar görenin tazminat isteminde kolaylaştırıcı olunmasına yönelik önerilerde (Rehber ilke (guiding

giren yeni AB Ürün Sorumluluğu Direktifi 2024/2853 (Direktif) ile dijital çağın gereksinimlerine uygun olacak ürün sorumluluğu düzenlemesi yapılması gerektiğinin altı çizilmiştir[4]. Üye devletlere, iç hukuklarını Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'ne göre düzenlemeleri için 9 Aralık 2026'ya kadar zaman tanımıştır. Bu tarihe kadar, eski Ürün Sorumluluğu Direktifi 85/374/EEC piyasadaki ürünler için uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenleme de göstermektedir ki; hukuk ve kamu politikası olarak da dijital çağın gereklerine uygun düzenlemelere gereksinim duyulmaktadır. Hızla değişen ve gelişen teknoloji ile birlikte artık ürün, üretici ve üreticinin sorumluluğu kavramlarının tekrar sorgulanması bunun bir sonucudur[5]. Dijital çağla birlikte bu kavramların tekrar tanımlanması ve e-ticarete uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Dijitalleşme ile tüketim alışkanlıkları farklılaşmış ve bu ekonomiyi, toplumu yadsınamayacak şekilde etkilemiştir[6].

Direktifin de dikkat çektiği bir nokta olarak, online alışveriş platformları, özellikleri ve yapıları düşünüldüğünde dijital ekonominin ana aktörleri konumundadır[7]. Tüketicinin korunması gereği de tam olarak onların bu rolünden kaynaklanmaktadır. Üretici karşısında tüketicinin korunması, bu kez online alışveriş platformlarıyla olan hukuki ilişkide gerekmektedir. Bu noktada mesafeli sözleşmede ayıptan doğan sorumlulukta ve ürün sorumluluğunda özellikle satıcıya/sağlayıcıya ve/veya üreticiye ulaşılamadığı durumlarda tüketicinin aracı hizmet sağlayıcısından hakkını talep edip edemeyeceği sorusu önemlidir. Ürün sorumluluğunun ve ayıplı mal ya da hizmetten doğan sorumluluğun dijital çağa adapte edilmesinde aracı hizmet sağlayıcısı/dağıtıcı kavramının tekrar gözden geçirilmesi de bu sürecin bir parçasıdır. Online alışveriş platformlarının sorumluluğunda ürün sorumluluğu, ayıptan sorumluluk ve zararın giderilmesi bağlamında farklı konular öne çıkmaktadır.

---

principle) 1) bulunulmuştur; Ayrıca raporda ürün sorumluluğunda tüketicinin korunması ile dijital teknolojinin kullanılması arasında denge olması gerektiği (Rehber İlke 2); zararı farklı tazmin olanakları ya da sigorta sistemi gibi mekanizmaların işletilmesi (Rehber İlke 3); ürün tanımının dijital ürünleri de içine alacak şekilde güncellenmesi (Rehber İlke 4); üretici dışında güvenli olmayan ürün nedeniyle doğan zarardan sorumlu olacak kişilerin genişletilmesi (Rehber İlke 5); ayıp kavramının (defect) dijital ürünleri de içine alması (Rehber İlke 6); zarar kavramının dijital ürün ve verileri içine alacak şekilde revizyonu (Rehber İlke 7); dijital ürünlerin ve dijital elementler içeren ürünlerin karmaşıklığı nedeniyle ispat yükünün bunları dikkate alarak yumuşatılması (Rehber İlke 8); tüketicinin korunması ile üreticinin korunması arasında bir denge kurulabilmesi için, üreticinin başvurabileceği savunma araçlarının dijital ürünleri de dikkate alacak şekilde olması gerektiği (Rehber İlke 9); tazminat bakımından da gözden geçirilmiş bir sistemin olması (Rehber İlke 10) önerilmiştir.

4 Commission, 'Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products' COM (2022) 495 final; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202402853.

5 Bkz. Bernhard A. Koch, 'Spotlight – Product Liability in the Digital Age' (2021) 1 European Law Institute Newletter 6, 6.

6 Bkz. Laura Seritti, 'Shopping and Quality Problems: What safeguards for Platform Users Under EU Consumer Protection Regime?' (2021) 10(5) Journal of European Consumer and Market Law, 180-189.

7 Seritti (n 6) 180.

Çalışmada, aşağıda özetlenen Yargıtay'ın ayıplı maldan aracı hizmet sağlayıcısı konumunda olan çiçek sepetinin sorumlu olmadığı yönündeki kararı üzerinden aracı hizmet sağlayıcısının hukuki sorumluluğu tartışılacaktır. Çiçek sepeti kararı ile benzer olaylara dayanan ancak farklı yönde verilen Oberdorf v. Amazon kararı örneği de dikkate alınarak, aracı hizmet sağlayıcısının, tüketicinin güvenli olmayan üründen doğan zararının giderilmesinde ve ayıptan doğan sorumlulukta 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ve 7223 sayılı sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) kapsamında sorumluluğu olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır. Öncelikle 6502 sayılı TKHK mesafeli sözleşmelerden olan internet aracılığıyla yapılan sözleşmelerde (madde 48) tüketici ile satıcı arasında, kurdukları uzaktan iletişim sistemi ile mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcısı kavramı açıklanacaktır. Bu kavramın irdelenmesinden sonra, aracı hizmet sağlayıcıların, ÜGTDK'na göre "dağıtıcı" kavramı içine girip girmediği ve tüketicinin güvenli olmayan üründen doğan zararının giderilmesi değerlendirilecek ve aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu tartışılacaktır. Sadece online alışveriş platformları üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde aracı hizmet sağlayıcısının hukuki sorumluluğunun tartışılacak olmasının nedeni, internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerin diğer mesafeli sözleşme türlerine göre çok daha yaygın olduğunun düşünülmesidir.

I. YARGITAY 3 HD, 4000/11403, 15.11.2021 TARİHLİ ÇİÇEK SEPETİ HAKKINDAKİ KARARININ ÖZETİ[8]

Dava konusu uyuşmazlık, davacı şirketin internet sitesi aracılığıyla (www.ciceksepeti.com) alınan ürünün ayıplı olmasından kaynaklı bedel iadesine karar verilen hakem heyeti kararının iptaline ilişkindir. Elektronik ortamda yapılan alışveriş konusu ürünün ayıplı olması nedeniyle uyuşmazlık çıkmıştır. Davacı (hakem heyeti kararına itiraz eden - çiçeksepeti), www.ciceksepeti.com internet sitesi üzerinden faaliyetlerini sürdürdüğünü, ürünün satıcısının kendileri olmayıp ... Pastanesi- ve sahibinin olduğunu, davalının ayıplı ürün teslimi kaynaklı bedel iadesi talebi ile tüketici hakem heyetine başvurduğunu, davalının talebinin kabulüne karar verildiğini, taraflarına husumet düşmediğini bu nedenle Tüketici Hakem Heyeti kararının iptalini talep etmiştir.

Mahkemece; içinde sigara izmariti olan truf paketinden dolayı davacının sorumlu olduğu, tedarik eden firmaya rücu ilişkisinin kendi iç ilişkileri olduğu, hizmet almaya çalışan tüketicinin www.çiçeksepeti.com ismine duyduğu güvenle söz konusu hizmeti aldığı gerekçesiyle hakem heyeti kararının yerinde olduğuna ve davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay ise söz konusu davada, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak, *"internet* üzerinden elektronik ticarete imkan *sağlayan davacı şirketin aracı hizmet sağlayıcısı konumunda olduğu ve taraflar arasında mesafeli*

[8] Yargıtay 3 HD, 15.11.2021 T., 2021/4000 E., 2021/11403 K., (Lexpera) (E.T.; 11 Ekim 2023).

satış sözleşmesi ön bilgilendirme formuna göre satıcı tarafın "... Pastanesi olduğu, bu durumda davacı aracı hizmet sağlayıcının hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı anlaşılmaktadır" diyerek 6563 sayılı Kanun'un 9. maddesi ve yine Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliği'n 6. maddesine göre aracı hizmet sağlayıcısı olan çiçeksepetinin malın ayıplı olmasından doğan sorumluluğu olmadığı bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

II. KARARIN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak Kararın İncelenmesi ve Kararla İlgili Kavramların Belirlenmesi

Mesafeli sözleşmenin düzenlendiği 6502 sayılı TKHK madde 48'de aracı hizmet sağlayıcısı olarak düzenlenen online alışveriş platformlarının (e-ticaret platformları ya da çevrimiçi pazaryerleri) tüketicilere karşı hukuki sorumluluğu yine aynı maddede sınırlı bir biçimde düzenlenmiştir[9]. Maddede düzenlenen aracı hizmet sağlayıcısının, 7223 sayılı ÜGTDK madde 3 (ç)'de tanımlanan dağıtıcı kavramının kapsamına girip girmeyeceği sorusu[10] da mesafeli sözleşmelerde, aracı hizmet sağlayıcısının güvenli olmayan ürün nedeniyle sorumluluğu olup olmayacağı ile ilgidir. Aracı hizmet sağlayıcısı konumundaki e-ticaret sitelerinin sorumluluğuna ilişkin Amazon kararlarından sonra ortaya çıkan AB ve ABD'deki tartışmalar, 7223 sayılı ÜGTDK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk hukuku bakımından önem kazanacağı düşünülmektedir[11]. Bu nedenle Yargıtay'ın çiçek sepetinin hukuki sorumluluğu hakkında verdiği karar önemlidir.

Karar, online alışveriş platformunun kullanılması yoluyla kurulan mesafeli sözleşme konusu malın ayıplı olması nedeniyle bedel iadesi istemine dayanmaktadır. Tüketiciye bedel iadesine karar veren hakem heyeti kararını haklı bulan ilk derece mahkemesi kararının aksine Yargıtay, online alışveriş platformu olan çiçek sepetinin sorumluluğu olmadığı yönünde karar oluşturmuştur. Gerekçesinde ise 6563 sayılı Kanun kapsamında aracı hizmet sağlayıcısının ayıplı mal ya da hizmetten sorumluluğu olmadığına; 6502 sayılı TKHK' na göre de ayıptan sorumlu olacaklar arasında aracı hizmet sağlayıcısının olmadığına vurgu yapmıştır. Online alışveriş sitesine duyulan güvenle alışveriş yapıldığını ise tartışma konusu yapmamıştır[12].

---

9 Bkz. Dilşad Keskin, 'TKHK Değişik madde 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu' (2022) 26(3) HBVÜHFD 119, 127.

10 Yeşim Atamer ve Gökçe Kurtulan Güner, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Çözülmüş müdür?' (2021) 70(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 543, 551.

11 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 552.

12 Bkz. Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 155.

Oysa Tüketici Hakem Heyeti kararında ifade edildiği gibi, siteye duyulan güvenle hareket edilmesi tüketici bakımından önemlidir. Tüketici, davranışı ile güven oluşturan online alışveriş platformuna -çiçek sepetine- güvenerek alışveriş yapmıştır.

Çiçek sepetinin, online alışveriş platformu olarak TKHK kapsamında tüketici ile mesafeli sözleşme yapılmasına aracılık ettiği ve aracı hizmet sağlayıcısı olduğunda kuşku yoktur. Sorun, aracı hizmet sağlayıcılarının ayıplı maldan ya da güvenli olmayan üründen hukuki sorumluluğunda toplanmaktadır.

B. 6502 Sayılı TKHK' na Göre Mesafeli Sözleşme Kavramı

Mesafeli sözleşmeler, 6502 sayılı TKHK madde 48'de ve 27 Kasım 2014 tarihli 29188 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde (Yönetmelik) düzenlenmiştir.

Mesafeli sözleşmeler, uzaktan iletişim araçları ile uzaktan pazarlama yöntemi kullanılarak tüketici ile satıcının/ sağlayıcının bir araya gelmeksizin bir bedel karşılığında tüketiciye mal ya da hizmet sağlama amacıyla karşılıklı anlaşarak kurdukları sözleşmelerdir[13]. Uzaktan pazarlama yönteminin kullanılması bir seferlik olmamalı, süreklilik arz etmelidir. Mesafeli sözleşmeler; e-posta, telefon, televizyon, web sitesi vb. gibi uzaktan iletişim araçları ile kurulurlar. Mesafeli sözleşme kurulmasında önemli olan husus, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yoluyla tarafların eş zamanlı fiziksel varlıkları olmaksızın sözleşmenin kurulmasıdır. Sözleşmenin hazırlar arasında olup olmaması değil; tarafların eş zamanlı fiziksel varlıkları olmaksızın kurulması önemlidir.

C. 6502 Sayılı TKHK' na Göre Mesafeli Sözleşmelerde Aracı Hizmet Sağlayıcısı Kavramı

01.04.2022 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanan 7392 sayılı *"Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun İle Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"* ile 6502 sayılı TKHK' nun çeşitli maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Değişiklik yapılan maddelerden birisi de 7392 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 48. maddedir. Maddenin değişiklikten önceki halinde, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında aracılık edenlerin sorumluluğu düzenlenmiş ancak "aracılık edenler kavramı" kullanılmakla birlikte, tanımı yapılmamıştır. 6502 sayılı TKHK madde 48/5'in değişiklikten önceki hali şu şekildedir: ***"****Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur."*

[13] Bkz. Mustafa Topaloğlu, 'Madde 48 Mesafeli Sözleşmeler', iç Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (edr), *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi,* (Aristo Yayınevi, 2016), 768.

7392 sayılı Kanunun 7. maddesi ile yapılan değişiklikle[14] "aracı hizmet sağlayıcısı" doğrudan tanımlanmamakla birlikte, *"tüketici, satıcı ve sağlayıcı ile mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcının"* düzenlenmesi ile aracı hizmet sağlayıcının kim olduğuna dair dolaylı bir anlatım yapılmıştır. Bu şekilde 7392 sayılı Kanunla TKHK' da yapılan değişiklikler arasında "aracı" kavramı yerine "aracı hizmet sağlayıcısı" kavramı kullanılmış ve bu kavrama bir şekilde açıklık getirilmiştir. Aracı hizmet sağlayıcıları, oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerdir. Ayrıca 23.08.2022 tarihli 31932 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikte 2. maddesiyle "Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 4. maddesinde yapılan değişiklikle, 4. maddenin "i" bendinde "Aracı hizmet sağlayıcısı" tanımı verilmiştir. Buna göre aracı hizmet sağlayıcısı *"oluşturduğu sistem ile uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişiyi;* ifade eder. Maddenin "j" bendinde ise "*platform: Kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulduğu ortak kamu elektronik platformu hariç olmak üzere, aracı hizmet sağlayıcının mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden gerçek veya tüzelkişiyi"* ifade eder düzenlenmesi vardır.

6502 sayılı TKHK' nda yapılan değişiklikten önce, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'da verilen "aracı hizmet sağlayıcısı" kavramı üzerinden tanım yapılmakta ve aracılık edenler, kurdukları uzaktan pazarlama sistemini kullanarak sözleşme kurulmasını sağlayan gerçek ya da tüzel kişiler olarak tanımlanmaktaydı[15].

7416 sayılı Kanunla değiştirilmiş 6563 sayılı *"Elektronik Ticaret Kanunu"* aracı hizmet sağlayıcısını şu şekilde tanımlamıştır: *"Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı"*. 29 Aralık 2022 tarihli 32058 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan *"Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğe"* göre de aracılık hizmeti, *"Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veya alıcıya sunulan her türlü hizmet"* (madde 4/b), elektronik ticaret hizmet sağlayıcı (ETHS), *"Elektronik ticaret pazar yerinde*

---

[14] 7392 sayılı Kanunun 19. maddesine göre "*Bu Kanunun; a) 8 inci maddesi, 15 inci maddesiyle değiştirilen 6502 sayılı Kanunun 77 nci* maddesinin dördüncü fıkrası ile 17 *nci* maddesiyle 6502 sayılı Kanuna eklenen geçici 3 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ve 18 inci maddesi yayımı tarihinde, b) Diğer hükümleri yayımı tarihinden altı ay sonra, *yürürlüğe* girer." 6502 sayılı TKHK'nun 48. maddesinde değişiklik yapan 7. madde, 01.10.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[15] Murat İnceoğlu ve Ece Baş Süzel, 'Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)' (2020) 15(189-190) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 475, 478.

ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı" dır (madde 4/h).

D. Aracı Hizmet Sağlayıcısının 6502 Sayılı TKHK Madde 48 Kapsamında Ayıptan Doğan Sorumluluğu

6502 sayılı TKHK 'nda ayıplı maldan sorumluluk madde 8-12 arasında düzenlenmiştir. Mal sağlamaya yönelik tüketici işlemlerinde işlem konusu malın ayıplı olması halinde, koşulları varsa, satıcının ayıplı maldan sorumluluğu doğacaktır. Mal sağlama amaçlı mesafeli sözleşmelerde de malın ayıplı olması halinde söz konusu hükümler uygulanacaktır. Ayrıca Kanunun 48. maddesinde de mesafeli sözleşmeler özel olarak düzenlenmiştir. Mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 48. maddede ayrıca "aracı hizmet sağlayıcısının" da sorumluluğuna ilişkin düzenleme vardır.

Aracı hizmet sağlayıcılar, tüketiciler ile satıcı / sağlayıcı arasında mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık etmektedirler. Aracı hizmet sağlayıcısı çoğu kere, tüketici ile bir çerçeve sözleşme yaparak onunla üyelik üzerinden işlemlerini gerçekleştirirken; satıcı/sağlayıcı ile de uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle oluşturduğu pazar yerinde tüketicilerle satıcı/sağlayıcıyı karşılaştırmak için sözleşme ilişkisi içine girmektedirler.

TKHK 'da 7392 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte 48. maddenin aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin hükümlerinde de düzenleme yapılmıştır. 7392 sayılı Kanunun 7. maddesi ile yapılan değişiklikle aracılık eden kavramı yerine "aracı hizmet sağlayıcısı kavramı kullanılmış ve devamında aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu sınırlı olarak düzenlenmiştir[16].

---

[16] Düzenleme şu şekildedir: *"Tüketicinin isteği veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler haricinde mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez."*
"(5) Oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür."
"(6) Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak;
a) Tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen,
b) Veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, yönetmelikle belirlenen ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerden,
c) Bu maddede yer alan hususlardan dolayı tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden,
ç) Satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemden,
d) Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen,

TKHK madde 48'te aracı hizmet sağlayıcısının sorumluluğu, ayıplı mal ve hizmetten sorumluluk dışında genel olarak düzenlenmiştir. 7392 sayılı Kanun ile 48. maddede yapılan değişiklik ile kanun koyucu açıkça aracı hizmet sağlayıcılarının, aracı oldukları mesafeli sözleşmeden kaynaklanan ayıp nedeniyle sorumlu olmadığını ifade edilmiştir. Gerçekten de 48 maddenin 6 (d) bendine göre göre, aracı hizmet sağlayıcıları tüketicilere karşı, *"Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen,"* sorumlu olacaklardır.

Uygulamada internet üzerinden satışlarda ayıptan sorumlulukta tüketici kanunda öngörülen seçimlik haklarından birini kullandığında aracı konumundaki firma bu istemi satıcıya/sağlayıcıya iletmektedir. Mesafeli satış türü olan internet üzerinden satışlarda "aracı konumundakilerin" sorumluluğunun günümüz koşullarında yeniden tartışılması gerekmektedir. Ayıplı mal ya da hizmet nedeniyle aracı hizmet sağlayıcısının hukuki sorumluluğunun olup olmadığı sorusunun yanıtlanmasında tüketici ile aralarında mal ya da hizmet sağlama sözleşmesinin olmadığına, esas sözleşmenin tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapıldığına dikkat çekmek gerekmektedir. Mesafeli sözleşmenin tüketiciler ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulmuş olması nedeniyle sözleşmenin nisbiliği ilkesi, aracı hizmet sağlayıcılarının ayıplı mal ya da hizmetten doğan sorumluluğunun önüne geçecektir[17]. Bununla birlikte birçok mesafeli sözleşmede de aracı hizmet sağlayıcısının aktif bir rol oynayarak tüketiciden bedel tahsili yaptığı ve bunu daha sonra satıcıya/sağlayıcıya ilettiği görülmektedir[18]. Bu hususta dahi 48. maddenin 6(d) bendindeki açık düzenleme gereği aracı hizmet sağlayıcısının ayıplı mal ve hizmetten sorumluluğu tartışılamayacaktır. Bu düzenlemenin, teknolojik gelişmeleri göz ardı ederek, TKHK'nun temel amacı olan "tüketiciyi koruma" amacını online alışverişlerde gerçekleştirmekten uzak bir düzenleme olduğu ifade edilebilir.

TKHK'nun 48. maddesinde yapılan değişiklikten önce yukarıda ifade edilen sözleşmenin nisbiliği ilkesi nedeniyle aracı hizmet sağlayıcısının ayıptan sorumlu olamayacağı yönündeki görüşünün aksine, satıcı/sağlayıcı kavramı içine "aracı hizmet sağlayıcısının" da girdiğini ve bu nedenle ayıplı mal ya da hizmetten sorum-

---

e) Satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden,
f) Ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından,
sorumludur."

17 İnceoğlu ve Baş Süzel (n 15) 479. s. 759-794.o Yayınları, İStanbul Hukuk MEcmuası,it bir konumda olması hakkında bkz. Busch, s. 17-19.ediler. tmaktadırlar.lı mal

18 Aktif konumda olan platformlar; mesafeli sözleşme konusu ürünlerin tüketiciye gönderilmesi, ürünlerin seçiminde yardımcı olunması, ürün önerilmesi, bedel tahsilinin çoğu kere satıcı adına yapılması gibi roller üstlenmektedir.

lu olduğunu belirten görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, 3. maddede verilen satıcı ve sağlayıcı tanımlarında satıcı /sağlayıcı adına ve hesabına hareket eden de satıcı/sağlayıcı olarak kabul edileceğinin düzenlenmesi nedeniyle aracı hizmet sağlayıcısının da satıcı/sağlayıcı olarak kabul edilecektir[19]. Görüşe göre, satıcı/sağlayıcı tanımı TKHK'da çok geniş yapılmış ve mesleki ya da ticari amaçla tüketiciye mal sağlayan herkes kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere satıcı olarak kabul edilmiştir[20]. Aracı hizmet sağlayıcısının satıcı ile yaptığı sözleşme incelendiğinde[21] , sözleşme konusu mal bedelinin satıcı/sağlayıcı adına aracı servis sağlayıcı tarafından alındıktan sonra satıcı/sağlayıcıya iletileceğini düzenleyen hükümler görülmektedir. Satıcı/sağlayıcı kavramının genişletilerek tüketicinin mümkün olan en geniş şekilde korunmasının sağlanmasıdır. Ancak aracı hizmet sağlayıcısının sorumluluğunun 48. maddede özel olarak ve daha dar olarak düzenlenmesi nedeniyle yasa koyucunun aracı hizmet sağlayıcıları satıcı/sağlayıcı kapsamında düşünmediği sonucu çıkartılabilir[22]. Bununla birlikte aracı hizmet sağlayıcıların doğrudan kendi mallarının satışını yaptığı durumlarda satıcı sıfatıyla ayıptan doğan sorumlulukları olacaktır[23].

Ayrıca kanunun 48. maddesinde düzenlenen sorumluluk, sözleşmenin 30 gün içinde ifa edilmemesi ile tüketiciye tanınan cayma hakkının kullanılmasında, tüketicinin yaptığı ödemenin iade edilmemesinde ortaya çıkacaktır. Tüketicinin kendisine tanınan cayma hakkını kullanması halinde de satıcı/sağlayıcı aldığı bedeli, tüketiciye iade etmekle yükümlüdür. Mesafeli sözleşme konusu malın/hizmetin otuz gün içinde teslim/ifa edilmemesi halinde tüketici sözleşmeden dönebilecektir. 30 gün içinde ifa gerçekleşmemişse, satıcı/sağlayıcı temerrüde düşecektir. Tüketici genel hükümler kapsamında temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir.

Çiçek sepeti kararından sonra 2022 tarihli PTT AVM internet sitesi üzerinden yapılan bir alışverişte 6502 sayılı TKHK madde 48/5'in uygulanarak tüketicinin zararının tazmini gerektiği yönünde karar vermiştir. Karara göre "*... madde (TKHK madde 48/5) gerekçesinde de bu fıkra özellikle internet ortamında oluşturdukları sistem üzerinden satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmet satışına aracılık edenlerin sorumluluklarının düzenleme altına alındığı, uygulamada satıcı veya sağlayıcılar dışında onlara aracılık eden üçüncü kişilerin oluşturdukları sistem çerçevesinde*

---

19 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 155-156; Yazarlar, Çiçek sepeti kararında Yargıtay'ın çiçek sepetinin satıcı olarak yorumlanmamasını eleştirmektedir, Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 156.

20 TKHK Madde 3: "ı) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi; i) Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder.

21 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 155.

22 Aynı yönde bkz. Keskin, (n 9) 126; Selin Sert Sütçü, 'Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi' (2021) 4(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 276, 282; İnceoğlu ve Baş Süzel (n 15) 480.

23 Bkz. Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri,* (Adalet Yayınevi, 2021), 412.

satıcı veya sağlayıcıların, mal ve hizmetlerinin mesafeli yöntemle tüketicilere ulaşmasına aracılık etmekte oldukları, aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil ettikleri, bu durumda bu kişilerin de satıcı veya sağlayıcılar gibi tüketicilere karşı maddede yazan hususlardan dolayı sorumlu olacakları, ancak bedel tahsil etmeden sadece satıcı ve sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğine haiz olan internet sitelerinin bu fıkra hükümlerine tabi olmayacağı belirtilmiştir[24]*".*

E. Aracı Hizmet Sağlayıcısının 7223 Sayılı ÜGTDK'na Göre Sorumluluğu

1. Aracı Hizmet Sağlayıcısının 7223 Sayılı ÜGTDK'na Göre "Dağıtıcı" Olarak Sorumluluğu

a. Aracı Hizmet Sağlayıcısının 7223 sayılı ÜGTDK'na Göre "Dağıtıcı" Olması

Çiçek sepeti kararına benzer bir olay Oberdorf v. Amazon davasında gerçekleşmiştir. Farklı bir hukuk sistemine ait karar olsa da, hukuki sorun temelde aynıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı çiçek sepeti kararından farklıdır. Kararda, tüketicide oluşturulan güven tartışma konusu yapılmış ve kararın ana gerekçesini oluşturmuştur. Oberdorf v. Amazon davasında satıcı firmaya ulaşamayan davacı, güvenli olmayan üründen doğan zararının tazminini Amazon'dan istemiştir[25]. Davada Amazon alışveriş sitesinin hukuki konumu tartışılmıştır. Dava ile birlikte aracı platformların sorumluluğunun tartışılması önemlidir[26]. Online satış yapan ticaret sitelerinin dağıtıcı olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmasında, satış yapan sitelerin servis sağlayıcısı olması dışında satıcı gibi davranmaları ya da satışın gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynamaları beklenmektedir[27]. ÜGTDK 3 (ç) maddesinde dağıtıcı tanımı yapılmıştır. Kanunun tanımına göre dağıtıcı *"ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişidir."* Dağıtıcının *"tedarik zincirinde yer alması"* arandığı için çevrimiçi platformların ürünün güvenli olmaması nedeniyle doğan zarardan sorumluluğuna gidilmesi oldukça zordur[28]. ÜGTDK madde 11'de dağıtıcının toptancı, bayi, perakendeci olduğu düşünülürse de[29]; TKHK madde 48/5'te düzenlenen ve mesafeli sözleşmelerde satıcı adına aracılık eden çevrimiçi platformlar, en azından ürünlerin depolamasını yapıyor ya da depolamaya yardımcı oluyorsa "dağıtıcı" sıfatıyla sorumluluğu olmalıdır. 7223 sayılı ÜGTDK' ndaki dağıtıcı tanımından

---

[24] Yargıtay 3 HD, 29.09.2022 T., 2022/3467 E., 2022/6446 K.

[25] Christoph Busch, 'When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v Amazon' (2019) 8(7) Journal of European Consumer and Market Law 173, 173.

[26] ibid 173; Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 9-10.

[27] Christoph Busch, 'When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v Amazon' (2019) 8(7) Journal of European Consumer and Market Law 2.

[28] Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 552.

[29] Erhan Kanışlı, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu' (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1413, 1429.

hareketle "aracı hizmet sağlayıcılarının" sorumluluğundan söz etmek ilk bakışta zor da olsa; mesafeli sözleşme konusu ürünleri, kendi depolarında sakladıkları ya da gönderimini bizzat yaptıkları ürünler bakımından imalatçı ya da ithalatçıya ulaşılamaması halinde sorumluluğu doğacaktır[30]. Ancak bu sorumluluk da çok sınırlı ikincil bir sorumluluktur. 7223 sayılı ÜGTDK' nda dağıtıcının da sorumluluğunun düzenlenmesinin nedeni, üreticisinin belirli olmadığı ürünlerin piyasaya sürülmesinin önüne geçilmesi çabasıdır[31].

b. Aracı Hizmet Sağlayıcısının 7223 Sayılı ÜGTDK'na Göre "Dağıtıcı" Olarak Sorumluluğu

ÜGTDK ile Avrupa Birliği'nin 85/374 sayılı İmalatçının Sorumluluğu Yönergesi ile 2001/95 sayılı Ürün Güvenliği Yönergesi temel alınarak imalatçının sorumluluğu düzenlenmiştir[32]. Online alışveriş platformlarının (aracı hizmet sağlayıcısının), tüketicinin yaptığı mesafeli sözleşmenin güvenli olmaması ya da ayıplı olması nedeniyle doğan zarardan sorumluluğu yasal olarak düzenlenmediği için bu konuda Türk hukukunda bir boşluk bulunmaktadır[33]. Yeni AB Ürün Sorumluluğu Direktifi ise, dijital çağda ve ekonomiye uygun olacak şekilde ürün sorumluluğu kurallarının oluşturulması ve güvenli olmayan ürün nedeniyle zarar görenin zararını ispatına ilişkin kuralların yumuşatarak tüketiciyi koruyucu önlemler getirmiştir (Direktif madde 10)[34]. Direktif, ürün sorumluluğu bakımından online alışveriş platformlarının sorumluluğuna ilişkin de düzenleme getirmiştir. Online alışveriş platformları da tüketicilere karşı sorumlu olduğunu (Direktif madde 22, 35) ve üye devletlerin de dijital platformların sorumluluğu bakımından önlemler almakla yükümlü olduğunu belirmiştir (Direktif madde 44). Dijital çağda, olası riskleri minimuma indirecek genel ürün güvenliği kurallarının oluşturulması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Tüketicilerin özellikle, kırılgan grupta yer alan çocuklar, yaşlılar ya da engellilerin de güvenli ürüne ulaşma hakkının altı çizilmiştir[35]. Birlik içinden ya da birlik dışından dijital ortamda ürün temininde tüketicinin korunması gerekliliğinin altı çizilmiştir. Direktifte online satışların hızlı bir şekilde arttığı ve yeni iş alanlarının ortaya çıktığına vurgu yapılarak, online platformlar üzerinden yapılan satışlarda ayıplı ürün nedeniyle (defective products), bu Direktif'e göre dağıtıcı gibi sorumlu olabileceklerini düzenlenmiştir[36]. Bu hususta, aracı konumunda olan ve sadece pasif olarak hizmet veren online alıveriş platformları da ürünün tüketicide ürünün kendisi tarafından ya da kendi kontrolü, otoritesi altında sağlandığı izlenimi uyandırması

30 Aynı yönde bkz. Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 552; Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 163.

31 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 550.

32 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 543.

33 Bkz. Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 149.

34 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202402853.

35 Direktifin gerekçesi paragraf 5.

36 COM (2022) 495.

halinde sorumluluğu doğacaktır (Direktif madde 22, 35)[37].

7223 sayılı ÜGTDK ise 11. maddede dağıtıcıların, imalatçı ya da ithalatçıya ulaşılamaması halinde sorumluluklarının doğacağını düzenlenmiştir. Kanun, madde 3 (ç)'te "dağıtıcı" kavramını tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre dağıtıcı, *"ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzelkişi"*dir. 7223 sayılı ÜGTDK'daki dağıtıcı tanımından hareketle "aracı hizmet sağlayıcılarının" ürünleri depoları ya da gönderimini kendisinin yaptığı ürünler bakımından imalatçı ya da ithalatçıya ulaşılamaması halinde sorumluluğu doğacaktır[38]. Dağıtıcı, tasarım ayıbından[39] ve imalatçının, yetkili temsilcisinin veya tedarik zincirinde yer alan iktisadi işletmelerin isim ve irtibat bilgilerinin zarara uğrayan kişinin talebinin kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde bildirirse, dağıtıcının zarardan sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Bu düzenleme de dağıtıcının sorumluluğunu, son derece sınırlandırmaktadır[40]. ÜGTDK madde 11/3' e göre " Üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak ürünün imalatçısı, yetkili temsilcisi veya ithalatçısının belirlenemediği durumlarda, zarara uğrayan kişiye bu iktisadi işletmecilerin isim ve irtibat bilgilerini, bu bilgilere sahip değil ise tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bu talebin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde bildirmeyen dağıtıcı, bu Kanun kapsamında imalatçı gibi tazminattan sorumlu tutulur". Düzenlemeye göre güvenli olmayan ürün[41] nedeniyle öncelikli olarak imalatçının sorumluluğu olacaktır. İmalatçı hakkında bilgi sahibi olması gereken aracı bu bilgiyi, istemin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde bildirmediği hallerde güvenli olmayan ürünün verdiği zarardan sorumlu olacaktır. Buradaki temel soru bilginin aracı firma tarafından 10 gün geçtikten sonra verilmesi halinde aracının sorumluluğu olup olmayacağıdır. Kanımızca 10 günlük

---

37 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202402853.

38 Aynı yönde bkz. Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 552.

39 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 163.

40 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 163-164.

41 Ürünün güvenli olmaması onun üretim süreci ile ilgiliyken; ayıplı olması üretim genel olarak sözleşme konusu üründe/malda üretim aşamasından sonra ortaya çıkan nitelik eksikleri ya da o üründen objektif olarak beklenen niteliklerin bulunmaması halidir. Ayıptan sorumlulukta taraflar arasında sözleşme ilişkisi vardır. Güvenli olmayan ürün nedeniyle sorumluluk ise alıcı ile üreticinin arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı ve üreticinin sorumluluğunun gündeme geldiği sorumluluktur. 6502 sayılı TKHK madde 11'de malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakkının kullanılmasında ya da ücretsiz onarım hakkının kullanılmasında üreticinin/ithalatçının da satıcı ile birlikte müteselsilen sorumluluğu düzenlendikten hemen sonra ayıbın malın piyasaya sürüldükten sonra ortaya çıktığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma olanağının düzenlenmesinde de aslında kanun koyucunun ayıplı mal ile güvenli olmayan ürün arasında ayrım yaptığını, üreticiyi/ithalatçıyı sadece güvenli olmayan üründen sorumlu tuttuğunu ifade edebiliriz. Bununla birlikte tek kavram olarak da ayıp kavramının kullanılmış olması acaba üst kavram olarak mı ayıp kavramı kullanılmıştır sorusunu akla getirmektedir. Öğretide bir görüş de ayıp ve güvenli olmayan ürün kavramları farklı olmakla birlikte, ayıp kavramının güvenli olmayan ürünü de içine alan üst kavram olduğu yönündedir, Aydoğdu ve Kahveci (n 23) 136.

bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen aracı firmanın sorumluluğu devam etmelidir[42]. Aksi halde kanun koyucunun amaçladığı koruma tam olarak gerçekleşmeyeceği gibi, aracı firmaların keyfi davranması sonucu doğacaktır. Dağıtıcının (aracı hizmet sağlayıcısının) sorumluluğu ikincil bir sorumluluktur[43]. İmalatçının ya da ithalatçının tespit edilemediği durumlarda ortaya çıkan bir sorumluluktur. Dağıtıcı, ürünün piyasaya sunulmasında satıcıyı da içine alacak şekilde geniş bir kavramdır[44]. E-ticaret sitelerinin de bu şekilde dağıtıcı olarak kabul edilmesi gerekir[45]. Özellikle konunun tartışılmaya başlanması aşağıda incelenen Oberdorf v. Amazon davasıyla olmuştur[46]. Bu bağlamda elektronik ticaret platformları, ürünün tüketiciye ulaşması bakımından en azından aktif ya da pasif rol oynamalarına göre sorumlulukları belirlenebilir. Aktif olarak, aracılık faaliyetinin ötesinde ürünün tüketiciye ulaşmasında çeşitli hazırlık aşamalarını da üstlenmeleri halinde tedarik zincirinin bir parçası olarak değerlendirilebilmelidirler.

Oberdorf v. Amazon davasında davacı, sol gözünü kaybetmesi nedeniyle doğan zararının tazminini Amazon firmasından istemiştir. Olayda Amazon üzerinden köpeğinin tasmasını takmak için uç (D-ring) satın almıştır. Davacı, köpeğiyle yürüyüş yaparken satın aldığı kısmın kırılmasıyla birlikte düşüyor ve davacının gözlüğünün kırılarak sol gözü de görme yetisini tümüyle kaybediyor. Satıcının davacının talebi zamanında Amazon'da yer almaması ve takma ad kullanması nedeniyle satıcıya ulaşamayan davacı (Oberdorf) Amazon'dan zararının tazmini talep ediyor[47]. Bu davada online ortamda satıcı ile tüketiciyi bir araya getiren Amazon'un satıcı konumunda kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Davada şu hususlara dikkat çekilmiştir: Öncelikli olarak Amazon servis sağlayıcısı olarak satıcının alıcıyla platformda buluşmalarına ve satış sözleşmesi yapmasına olanak sağlıyor[48]. Güvenli olmayan ürünleri Amazon web sitesinden kaldırma olanağına sahiptir. Platform kullanıcıları bakımından Amazon ve diğer e-ticaret siteleri malın satışının gerçekleştirilmesi, ödemenin alınması ve bilgi verilmesi konularında kilit bir role sahiptir. Son olarak Amazon ve diğer e-ticaret siteleri işini yaparken bu işe bağlı olarak doğan zarar-

42 Kanışlı (n 39) 1430.

43 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 550.

44 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 550 dipnot 37; Ayrıca bkz. Aydoğdu ve Kahveci (n 23) 140. Dağıtıcının satıcıyı da içine alan geniş bir kavram olarak düşünülmesinin nedeni, ürünün üretim aşamasından alıcıya/tüketiciye ulaşmasına kadar geçen süreçte aslında nihai satıcının eline gelinceye kadar el değiştirmesidir.

45 Atamer ve Kurtulan-Güner (n 10) 551.

46 Bkz. Christoph Busch, *Effektiver Verbraucher- Schutz Im Onlıne-Handel: Verantwortung Und Haftung Von Internetplattformen* (2019) Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbande. <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf> (E.T.; 15 Ekim 2023).

47 Busch 'Editorial' (n 27) 1.

48 Online alışveriş platformlarının ürünlerin satışında belirleyici olmaları hakkında bkz. Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 9-10.

ların giderilmesinden sorumlu olmalıdır. Tüm bu açılardan bakıldığında Amazon satıcı olarak kabul edilmiştir[49]. Altının çizilmesi gereken nokta, Amazonun servis sağlayıcısı sıfatıyla değil; satış sözleşmesinin kurulmasında ve ifasında üstlendiği rol nedeniyle satıcı gibi sorumlu olduğu kabul edilmesidir[50]. Amerikan haksız fiil hukukunda bu dava ile birlikte online satış yapan e-ticaret sitelerinin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir[51]. Oberdorf v. Amazon davası ile aracı hizmet sağlayıcısının güvenli olmayan ürün nedeniyle (unsafe product) doğan zarardan kusursuz olarak Amazon'un sorumlu olduğuna karar verilmiştir.

Çoğu online alışveriş platformu günümüzde malları depolama, siparişi tamamen yerine getirme, kargo hizmetini sağlama gibi davranışlarla tüketicilerle mesafeli sözleşmenin kurulmasında aktif rol oynamaktadırlar. Tüketiciler, çoğu zaman satıcıyla mı yoksa online alışveriş platformu olan aracı hizmet sağlayıcısı ile mi mesafeli sözleşmeyi yaptıklarını bilemedikleri gibi[52]; aracı hizmet sağlayıcısı ile yaptıkları düşünmektedirler. Aracı hizmet sağlayıcılar genelde, satıcı/sağlayıcı ile tüketiciyi bir araya getiren ve satıcı/sağlayıcı adına tüketiciden malın/hizmetin bedelini tahsil etmektedir[53]. Oberdorf v. Amazon kararında da Amazonun mesafeli satış sözleşmesinin kurulmasında aktif rol oynadığı, satıcı gibi davrandığı ve sadece aracı konumunda olmaması nedeniyle Amazonun tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğine karar verilmiştir[54].

İmalatçının veya ithalatçının tespit edilemediği durumlarda 7223 sayılı ÜGTDK dağıtıcıların sorumluluğunu düzenlemiştir[55]. Amaç, zarar gören kişinin zararının giderilmesi isteminde muhatap bulabilmesi ve imalatçı ya da ithalatçıya ulaşmasının sağlanmasıdır[56]. Kim tarafından üretildiği belli olmayan ürünlerin piyasaya sürülmesinin önüne geçmek için de söz konusu düzenlemeler yapılmıştır[57]. Temelde ürünün imalatında yer almayan sadece dağıtım ve pazarlamayı yapanlar da ürünün güvenli olmamasından ikincil derecede sorumlu tutulmuşlardır.

ÜGTDK güvenli olmayan ürünün neden olduğu zararlardan sorumluluğun koşullarını 6. maddenin ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Düzenlemeye göre imalatçının sorumluluğunda zarar ve zararla ürünün güvenli olmaması arasındaki uygun nedensellik bağının olması gerekmektedir. Yasa koyucu imalatçının sorumluluğu-

---

49 Busch 'Editorial' (n 27) 1.

50 Busch 'Editorial' (n 27) 2.

51 Busch 'Editorial' (n 27) 2.

52 Busch, 'Verbraucher' (n 43) 14 (E.T.; 15 Ekim 2023).

53 Aydoğdu ve Kahveci (n 23) 412.

54 Büyüksağiş ve Kahveci, güvenli liman olarak adlandırılan ve çevrimiçi platformların zarardan sorumlu olmayacakları yönündeki sorumsuzluk hükmünün uygulama alanı giderek daraldığını belirtmektedirler, Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 146.

55 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 550.

56 Bkz. Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 550.

57 Atamer ve Kurtulan Güner (n 10) 550.

nu kusursuz sorumluluk olarak düzenlemiştir[58]. Sorumluluğun koşullarına bakıldığında, öncelikle güvenli olmayan bir ürünün (hatalı ürün) olması gerekmektedir. Ayrıca bu ürünü kullanan kişinin bir zarara uğraması bu zararla güvenli olmayan ürünün kullanılması arasında uygun nedensellik bağı olmalıdır. Aracının (dağıtıcının) ÜGTDK madde 11 gereği kendisinden imalatçı hakkında bilgi verilmesi istenmiş olmalı ve bilgi 10 gün içinde verilmemiş olmalıdır. İmalatçı hakkında bilgi vermemesi halinde dağıtıcı konumunda olan online satış yapan aracı firma, imalatçı gibi sorumlu olacaktır.

2. Aracı Servis Hizmeti Sağlayanların Güvenli Olmayan Üründen Sorumluluğunun Diğer Hukuki Dayanakları

Bir görüş, online alışveriş platformlarının satıcı gibi sorumlu olmalarında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 66/III'e göre organizasyon sorumluluğunun da konuyla doğrudan ilgili olması nedeniyle tartışılması gerektiğini belirtmektedir[59]. Bir başka görüş ise, aracı hizmet sağlayıcısının tüketici ile yapılan mesafeli sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle, sözleşmesel sorumluluğunun doğmayacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre aracı hizmet sağlayıcısının borca aykırılıktan sorumluluğunu kabul etmek, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin dışına çıkmak olacaktır[60].

Bunların dışında ve ağırlıkta olan bizim de katıldığımız bir görüşe göre, aracı hizmet sağlayıcılarının güven sorumluluğu çerçevesinde sınırlı olarak sorumluluklarının doğabileceği ifade edilmektedir. Tüketicilerin aracı hizmet sağlayıcıları ile mesafeli sözleşmeyi yaptıklarını düşündükleri durumlarda ya da aracı hizmet sağlayıcısının aktif[61] olarak mesafeli sözleşmede yer aldığı durumlarda aracı hizmet sağlayıcıların sorumlulukları, güven sorumluluğuna dayanacaktır[62]. Aktif olarak

---

58 *"...Ancak öğretide ve uygulamada üretici ile zarar gören arasında böyle bir bağ olmasa bile üreticinin sözleşme dışı sorumlu tutulabileceği, Türk Hukukunda üreticinin sorumluluğuna ilişkin özel bir sorumluluk düzenlenmemişse de (Yasa koyucu bu konudaki yasa boşluğunu görerek 12.03.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile üreticinin sorumluluğu hüküm altına alınmış ve bu konudaki yasa boşluğu giderilmiştir.) bu konuda Borçlar Kanunu'nun 41. (6098 sayılı TBK'nın 49.) maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu madde hükmü uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Üreticinin buradaki sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Üretici bulunduğu faaliyet gereği hukuk düzenince gerekli olan ve kendisinden beklenebilen tüm özeni göstermesi, önleyici tedbirler alması gerekir. Üreticinin sorumlu tutulabilmesi için taraflar arasında akdi ilişki bulunması da zorunlu değildir. Üretici BK'nun 41. madde hükmü uyarınca meydana gelen haksız fiilden sorumludur. Ürün ile üretici (Üreticinin fiili ile üründeki ayıp nedeniyle meydana gelen zarar.) arasında uygun illiyet bağı bulunduğu takdirde üretici meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür."* Yargıtay 11 HD, 30.06.2021 T., 2020/5083 E.; 2021/5398 K., (Lexpera) (E.T.; 08 Haziran 2023).

59 Bkz. Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 170.

60 İnceoğlu ve Baş Süzel (n 15) 481.

61 Aktif pazar yeri için bkz. Büyüksağiş ve Kahveci (n 2), 146; Online alışveriş platformlarının aktif, pasif ya da hibrit bir konumda olması hakkında bkz Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 17-19.

62 İnceoğlu ve Baş Süzel (n 15) 486-487; Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 156.

hareket etmede tüketiciden bedeli tahsil etme önemli bir göstergedir. Güven ilkesine[63] göre de aracı hizmet sağlayıcısının hukuki sorumluluğu doğacaktır[64]. Bunun sonucu olarak da aracı hizmet sağlayıcısı tüketicinin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü altına girecektir. Tüketici ile aracı hizmet sağlayıcısı arasında "hukuki özel bağlantı" nedeniyle edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi vardır[65]. Online alışveriş platformları, bir anlamda satışın gerçekleşmesi için üçlü ilişkide "bekçi (gatekeeper)" konumundadır[66]. Sağladıkları güven ortamıyla tüketicinin alışveriş yapmasını kolaylaştırmakta ya da alışveriş yapmasına olanak yaratmaktadırlar. Bu bağlamda tüketici, online alışveriş ortamında, aracı hizmet sağlayıcısının açıkladığını öngördüğü/düşündüğü güvenceye dayanarak ödeme yapmakta ve kişisel bilgilerini vermektedir. Tüketici dürüstlük kuralına göre online alışveriş platformunun güvenli bir ortam sağladığı sonucuna ulaşabiliyorsa, artık güven ilkesine göre online alışveriş platformunun hukuki sorumluluğu doğacaktır[67]. Online alışveriş platformunun alışverişe ilişkin olarak beyan ettiği hususlar, sorumluluğun doğması bakımından önemlidir. Tüketicinin online alışveriş platformunun beyanlarına somut olayda güven ilkesi gereği verdiği anlam araştırılacaktır[68].

Tüketicilerin herhangi bir satıcıdan değil, satıcı ile tüketiciyi bir araya getiren online platformlardan alışveriş yapmasının temelinde, online alışveriş platformlarına duydukları güven yatmaktadır. Günümüzdeki bu ticari ilişkiler aynı zamanda taraflar arasındaki güvene dayanan bir ilişkiyi de beraberinde getirmektedir[69]. Ticari yaşamın ve piyasaya ekonomisinin düzenli işlemesi için gereken güven, hukuk bakımından da Türk Medeni Kanunu madde 2'den temelini alan güven ilkesinde[70] ortaya çıkmaktadır. Tüketici ile online alışveriş platformu arasında kurulan bu güven ilişkisinde artık taraflar, dürüstlük kuralına uygun hareket etmekle ve özen yükümlülüğü kapsamında birbirlerine karşı koruma yükümlülükleri olup, malvarlığı ve kişi varlığı haklarını korumaları gerekmektedir[71]. Tüketici, mal ya da hizmet edinirken satıcı/ sağlayıcı ile değil, doğrudan aracı konumunda olan e-ticaret sitesi ile iletişim kurmakta ve onun sağladığı güvene dayanarak mal ya da hizmeti edinmekte-

---

63 Güven ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, (Vedat Kitapçılık, 2008), 227 vd.

64 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 156; Ayrıca bkz. İnceoğlu ve Baş Süzel (n 15) 487; Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 10.

65 Keskin, (n 9) 126.

66 Wagner (n 3) 447-448; Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 10.

67 Bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, (Vedat Kitapçılık, 2015), N. 242; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I*, (Filiz Kitabevi, 2010), 135; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yetkin Yayınları, 2019), 19, 531.

68 Büyüksağiş/Kahveci, (n 2) 156; bkz. Eren, (n 64) 19.

69 Bkz. ekonomik anlamı Kalkan Oğuztürk, (n 60) 10,11.

70 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (n 64) 135.

71 Kalkan Oğuztürk, (n 60) 86, 90.

dir. Online alışveriş platformunun kendisine duyulan güvene aykırı olacak tutumu hakkın kötüye kullanılması olacaktır[72]. Çiçek sepeti kararında tüketici, satıcıyı tanımamakta, çiçek sepetinin adına güvenerek mesafeli sözleşmeyi yapmaktadır. Gerçekten de çoğu kere tüketiciler, aracı hizmet sağlayıcıların adına ve ününe güvenerek mesafeli sözleşmeyi yapmaktadırlar[73]. Hatta bazı ürünler, seçilip özellikle tüketiciye gösterilmektedir. Tüketicinin tercihlerine göre toplanan verilerin aracı hizmet sağlayıcısı olan online alışveriş platformunca işlenmesiyle "size önerilen ürünler", "sizin için seçtiklerimiz", "benzer ürünler", "birlikte alınanlar" gibi ibarelerle farklı ürünler de tüketiciye sergilenmektedir[74]. Bunun dışında tüketici için belirleyici olan aracı hizmet sağlayıcısıdır. Tüketici, doğrudan üretici ya da satıcıyı tercih etmemekte hatta çoğu kere aracı hizmet sağlayıcısı ön planda olduğu için satıcının adını son aşamada görmektedir. Satıcı/sağlayıcı, mesafeli sözleşmenin yapılmasında geri planda kalmaktadır[75]. Aracı hizmet sağlayıcısı olan online alışveriş platformunda tüketici, ürünleri görmekte ancak ürünü sepetine eklediğinde satıcıyı görebilmektedir[76]. Alışveriş sitelerinin kullanılmasında tüketicinin o alışveriş sitesine güvenerek işlem yaptığı bir gerçektir. Aslında aracı hizmet sağlayıcısı (online alışveriş sitesi) tüketicide yarattığı haklı beklentilerle ve güvenle satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında mesafeli sözleşme yapılmasını sağlamakta ve çoğu kere de ödemeyi satıcı/sağlayıcı adına kendisi almakta daha sonra onlara aktarmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcısı ile tüketici arasında kurulan güven ilişkisi, yapılan mesafeli sözleşmenin temelini oluşturmaktadır. Güven sorumluluğunun temelinde taraflardan birinin kendi davranışlarıyla diğer tarafta oluşturduğu güvenin boşuna çıkması nedeniyle dürüstlük kuralı gereği bir sorumluluk vardır[77]. Aracı hizmet sağlayıcının güven sorumluluğu kapsamında, tüketici ile olan güven ilişkisini boşa çıkarmaması ve koruma yükümlerini ihlal etmemesi gerekmektedir. Ürünün güvenli olmaması ya da ayıplı olması nedeniyle doğan zarardan sorumlulukta güven sorumluluğu nedeniyle aracı hizmet sağlayıcısı sorumluluğu gündeme gelecektir.

Obderdorf v. Amazon davasında da Amazonun satıcı gibi sorumlu olup olamayacağı tartışılmıştır. Tartışmada Amazonun satış sözleşmesi yapılmasındaki rolü üzerinde durulmuştur. Öncelikle tüketici, sadece amazon aracılığı ile satıcı firmaya

---

72 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 156.

73 Edward J Janger ve Aaron D Twerski, 'The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not A Neutral Platform, Brooklyn Journal Of Corporate, Financial&Commercial Law' (2020) 14(2) Brooklyn Journal Of Corporate, Financial&Commercial Law 259, 263.

74 Bkz. Janger ve Twerski (n 70) 265.

75 Janger ve Twerski (n 70) 267.

76 İnceoğlu ve Baş Süzel, satıcı/sağlayıcının aracı hizmet sağlayıcısından farklı olduğunun tüketicilere belirtilmiş olduğu ve özellikle tüketicinin mesafeli sözleşme konusu malı sepetine eklemeden dahi satıcının farklı bir üçüncü kişi olduğunun bilindiği hallerde, aracı hizmet sağlayıcısının güven sorumluluğunun doğmayacağını ifade etmektedirler, İnceoğlu ve Baş-Süzel (n 15) 487.

77 Yasemin Durak, 'Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo' (2017) 25(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 248 vd.

ulaşabilmekte, doğrudan satıcı firmaya ulaşamadığı durumlar olabilmektedir. Ayrıca servis sağlayıcısı konumunda olan Amazon, satış konusu ürünlerden güvenli olmayanları web sitesinden kaldırma olanağına sahiptir. Amazon satıcı firma üzerinde bir kontrol mekanizmasına sahiptir. Amazon, servis sağlayıcısı olarak tüketici ile satıcı arasında ilişki kurulmasını sağlamaktadır[78]. Satıcının ürünlerini tüketiciye sunmasında Amazon aracı olmaktadır[79]. Bu nedenle de servis sağlayıcısı, en azından satıcıya ulaşılmadığı durumlarda satış sözleşmesinin yapılmasına olanak sağladığı için dağıtıcı gibi tüketiciye karşı sorumlu olmalıdırlar. Burada servis sağlayıcısının sorumluluğu değil; satış sözleşmesinin kurulmasına aracı olunması nedeniyle doğan bir sorumluluk vardır[80].

Dağıtıcıların hukuki sorumluluğunun temelinde dağıtıcı firmanın malın/hizmetin piyasaya sürülmesindeki rolüdür[81]. Buradaki temel, ürün sorumluluğu bağlamında üretime katılmasa dahi dağıtıcı firmanın ürünün piyasaya sunulmasında üstlendiği rol nedeniyle üçüncü kişilere karşı imalatçı gibi hukuki sorumluluğunun olması gereğidir[82]. Aynı şekilde satıcının ya da hizmet sağlayıcısının mal ya da hizmeti piyasaya sunulmasında ve tüketiciye ulaşmasında aracılık edenin de dağıtıcı sıfatıyla ürünün güvenli olmamasından sorumluluğu olmalıdır. Günümüzde geleneksel dağıtım yöntemlerinin yerini, dijital gelişmelerle birlikte farklı bir yapı olan online platformlar aracılığıyla satış almıştır. Tüketicilerin de hızla bu yolu tercih etmesi ile birlikte dağıtıcıların hukuki sorumluluğu da tartışmaya açılmıştır[83].

SONUÇ

Dijitalleşmeden tüketicinin korunması hukuku da etkilenmiştir. Özellikle mesafeli sözleşmelerin kurulması ve bunun sıklığının her geçen gün artması tüketicinin aracı hizmet sağlayıcıları karşısında da korunması gereğini beraberinde getirmektedir. İki taraflı ilişkilerin olduğu klasik tüketici işlemlerinden farklı olarak üçlü bir ilişkinin olduğu görülmektedir[84]. Tüketici, çoğu kere online alışveriş platformuna güvenerek ve onunla üyelik sözleşmesi yaparak mal ya da hizmet edinmektedir. Tüketicinin bu ilişkide açıklama ve bilgi alma özgürlüğünün olması ve korunması gerekliliği açıktır[85].

---

78 Online alışveriş platformları ürünlerin güvenliği ve kalitesi hakkında tüketicilere bilgi sağlamaktadır (Busch, 'Verbraucher' (n 43) 14.

79 Busch, 'Product Liability' (n 25) 173.

80 Busch, 'Product Liability' (n 25) 174.

81 Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 3.

82 Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 4.

83 Busch, 'Digitaler Plattformen' (n 3) 5.

84 Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 129.

85 Bkz Andrea Bertoloni, 'Liability of online Platforms' (2021), Panel for Future of Science and Technology <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf> (E.T.; 16 Ekim 2023).

Geçmişte ürün sorumluluğunda olduğu gibi, bugün de aracı hizmet sağlayıcıları bakımından tüketici güçsüz konumda olan taraftır. Özellikle de ürünün güvenli olmaması ya da ayıplı olması hallerinde tüketicinin korunması önemlidir.

Mal ve hizmetleri, çevrimiçi platformlardan edinen tüketicinin özel bir korunmaya gereksinimi olduğu için 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 2003 yılında yapılan değişiklikle mesafeli sözleşmeler düzenlenmiştir. Bugün tüketicinin korunması gereksinimi daha da artmıştır. Bununla birlikte online alışveriş platformlarından yapılan alışveriş ile mağazadan yapılan alışverişe oranla tüketiciye ayıplı maldan sorumlulukta daha az koruma sağlanmaktadır. En azından tüketicinin korunması bakımından arada fark olmamalıdır[86].

Dağıtıcının, güvenli olmayan ürün nedeniyle ancak kısıtlı ve ikincil sorumluluğu olduğunu kabul etmek günümüzdeki toplumsal gereksinimlerle bağdaşmamaktadır. Online alışveriş platformlarının kullanımının her geçen gün hızla artması karşısında tüketicinin korunması gereği de kaçınılmaz olmaktadır.

Dijitalleşmenin ürün sorumluluğuna yansıtılması gerektiğinin vurgulandığı, Avrupa Hukuk Enstitüsünün (European Law Institute - ELI), "Ürün sorumluluğu Yönergesinin Dijital Çağ İçin Güncellenmesine İlişkin Yol Gösterici İlkeler" raporunda e-ticaret sitelerinin en azından üreticinin tespit edilemediği durumlarda güvenli olmayan ürün nedeniyle tüketicinin uğradığı zarardan sorumlu olması gerektiğini belirmiştir (Rehber İlke 5). 13Aralık 2024 tarihinde yürürlüğe giren yeni Avrupa Ürün Sorumluluğu Direktifi de dijitalleşmeyi dikkate alan düzenlemeler içermekte ve online platformların da sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

Türk hukuku bakımından da dijitalleşmenin ve teknolojik gelişmenin tüketicinin korunması bakımından yeni AB Ürün Direktifi kapsamında tekrar değerlendirilmesi önemlidir. Bu bakımından Yargıtay'ın 2022 tarihli PTT AVM internet satışı ile ilgili verdiği karar önemlidir. Çiçek sepeti kararında önemli olan husus, online alışveriş platformuna duyulan güvenle tüketicinin mesafeli sözleşmeyi yapmış olmasıdır. Kişide oluşturulan güven duygusuyla sözleşme yapmasına neden olunması halinde, sorumluluğun doğmayacağının ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile de bağdaşmamaktadır. Yargıtay daha sonra verdiği 2022 tarihli PTT AVM internet sitesi üzerinden yapılan bir alışverişte 6502 sayılı TKHK madde 48/5'in uygulanarak tüketicinin zararının tazmini gerektiği yönünde karar vermiştir.

Sonuç olarak, 7223 sayılı ÜGTDHK günümüz koşullarında dijital çağda tüketicinin korunmasını sağlayacak hukuki düzenlemelere gereksinim olduğu açıktır. Bu gereksinime ve dijitalleşmeye uygun bir hukuk politikası ile soruna çözüm bulunabilecektir. Bununla birlikte 6502 sayılı TKHK madde 48/5 kapsamında online alışveriş platformunun sorumluluğu doğabileceği gibi; koşulları varsa 6098 sayılı TBK madde 66/III kapsamında organizasyon hatasından doğan kusursuz sorumluluğu da tartışma konusu yapılabilir. Her durumda aktif olarak kabul edilen online

[86] Bkz Büyüksağiş ve Kahveci (n 2) 134.

alışveriş platformlarının güven ilkesi kapsamında tüketicinin, bu platformların beyanlarına verdikleri anlamı somut olayda değerlendirerek en azından tüketicinin zararını tazmin etmeleri sonucuna varılabilmelidir.

KAYNAKÇA

Atamer Y ve Kurtulan-Güner G, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Çözülmüş müdür?' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 70(2), (2021) 543-588.

Aydoğdu M ve Kahveci N, *Tüketici Hukuku Dersleri,* Ankara: Adalet Yayınevi (2021).

Bertoloni A, 'Liability of online Platforms' (2021), Panel for Future of Science and Technology <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf> (Son Erişim Tarihi 16 Ekim 2023).

Busch C, 'Effektiver Verbraucher- Schutz Im Onlıne-Handel: Verantwortung Und Haftung Von Internetplattformen' (Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbande, 2019) <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf> (Son Erişim Tarihi 15 Ekim 2023). (Verbraucher).

Busch C, 'Regulierung Digitaler Plattformen Als Infrastrukturen Der Daseinsvorsorge' (Wiso Diskurs, 04/21) <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/17527.pdf > (Son Erişim Tarihi: 15 Ekim 2023). (Digitaler Platformen).

Busch C, 'When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon' *Journal of European Consumer and Market Law*, 8(7), (2019) 173-174 (Product Liability).

Busch C, 'When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon' *Journal of European Consumer and Market Law* 1. (Editorial), 8(7), (2019).

Büyüksağiş E ve Kahveci D, 'E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu' *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(Özel Sayı), (2022) 125-174.

Commission, 'Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products, European Commission' COM (2022) 495 final.

Durak Y, 'Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo' *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), (2017) 239-288.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları (2019).

İnceoğlu M ve Baş Süzel E, 'Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)' *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 15(189-190), (2020) 475-491.

Janger E J ve Twerski A D, 'The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not A Neutral Platform, Brooklyn Journal Of Corporate, Financial&Commercial Law' *Brookl-*

yn Journal Of Corporate, Financial & Commercial Law, 14(2), (2020) 259-273.

Kalkan Oğuztürk B, *Güven Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (2008).

Kanışlı E, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu' İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), (2020) 1413-1468.

Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I*, İstanbul: Filiz Kitabevi, (2010).

Keskin D, 'TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu' *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(3), (2022) 119-144.

Koch, Bernhard A, 'Spotlight – Product Liability in the Digital Age' *European Law Institute Newletter* (January-February 2021) 6-7.

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (2015).

Seritti L, 'Shopping and Quality Problems: What safeguards for Platform Users Under EU Consumer Protection Regime?' *Journal of European Consumer and Market Law,* 10(5), (2021) 180-189.

Sert Sütçü S, 'Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi' *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), (2021) 276-287.

Sharkey C M, 'Holding Amazon Liable As a Seller of a Defective Goods: A Convergence of Cultural and Ecenomic Perspectives' *Northwestern University Law Review*, 115, (2020), 339-356.

Topaloğlu M, 'Madde 48 Mesafeli Sözleşmeler', iç Tokbaş H ve Tüzüner Ö (edr), *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi*, İstanbul: Aristo Yayınevi, (2016) 759-794.

Wagner G, 'Haftung von Platformen für Rechtsverletzungen' *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,* (2020) 447-460.

İnternet Kaynakları

E-Ticaret Bilgi Platformu <https://www.eticaret.gov.tr > (Son Erişim Tarihi: 11 Ekim 2023).

Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması (2022) <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587> (Son Erişim Tarihi: 11 Ekim 2023).

Lexpera <www.lexpera.com> (Son Erişim Tarihi: 11 Ekim 2023).

https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683944

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KAYITLARININ ÖNEMİ

Importance of Social Security Institution Records in Individual Labour Disputes

Efe YAMAKOĞLU*

Öz

Sosyal sigortalar mevzuatında işverene yönelik birtakım bildirim yükümlülükleri öngörülmüştür. İşverenler, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin ekinde yer alan örneklerine uygun olarak elektronik ortamda bildirim yükümlülüklerini yerine getirmektedirler. Bu kapsamda Sosyal Güvenlik Kurumu uhdesinde bulunan ve iş mahkemelerince talep edilen başlıca belgeler; sigortalı işe giriş bildirgeleri, işten ayrılış bildirgeleri, sigortalının çalıştığı işyerlerine ilişkin bilgiler ile sigortalılar adına Kurum ile ilişkili gerçekleştirilen tüm işlemlerin bir dökümünün gösterildiği hizmet dökümüdür. İş mahkemelerine birçok uyuşmazlıkta yeknesak olarak gönderilen bu belgeler yanında uyuşmazlığın niteliğine göre Kurumdan zaman zaman başka bilgi ve belgelerin de talep edildiği görülmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları olarak adlandırılan bu bilgi ve belgeler bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde dava dosyası içeriğinde yer alan diğer delillerle birlikte değerlendirilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle iş mahkemeleri tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan talep edilen belgelere ilişkin açıklamalar yapılmış; daha sonra Kurumdan edinilen bilgi ve belgelerin iş yargısındaki delil değeri değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik Kurumu, delil, ücretin tespiti, kıdem süresinin tespiti, işverenlerin tespiti, işten çıkış kodu

Abstract

The social security legislation provides for certain notification obligations for the employer. Employers fulfil their obligations for notification by electronic means in line with the notification templates available in the annex of the Regulation on Social Security Procedures. Within this context, the primary documents that the Social Security Institution holds in its records and the labour courts request the submission of include the insurance holder employment reports, Insurance holder end of employment notifications, information on the employers by whom the insured individual has been employed, and the service record providing a breakdown of all procedures conducted on behalf of the insured individuals in association with the Social Security Institution. In addition to those documents which are uniformly submitted to labour courts in many disputes, further information and documents are occasionally requested from the Social Security Institution

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.02.2025*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Doç. Dr., Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, efeyamakoglu@maltepe.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-5804-9400.

depending on the nature of the dispute. Such information and documents, which are referred to as the Social Security Institution records, are assessed together with other evidence included in the case file in the resolution of individual labour disputes.

In this study, firstly, explanations were made regarding the documents requested by the labor courts from the Social Security Institution; then, the evidentiary value of the information and documents obtained from the Institution in the labor court was evaluated.

Keywords: Social Security Institution, Evidence, determination of wage, calculation of length of service, identification of employers, the job exit code

GİRİŞ

Sigortalı olmak kişiler açısından bir hak ve yükümlülük olup bundan kaçınılması veya vazgeçilmesi mümkün değildir. İş sözleşmesiyle çalışanların sigortalılık ilişkisi de kendiliğinden kurulmaktadır. Belirli sosyal risklerle karşılaşan sigortalıya yahut ölümü halinde hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından birtakım parasal yardımlar yapılmaktadır. SGK'nın sigorta yardımlarını yapabilmesi ve kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için sosyal sigortalar mevzuatında işverene yönelik birtakım bildirim yükümlülükleri öngörülmüştür. İşverenler, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin (SSİY)[1] ekinde yer alan belge örneklerini doldurmak suretiyle elektronik ortamda bildirim yükümlülüklerini yerine getirmektedirler. İşveren tarafından Kuruma bildirilen sigortalının prim gün sayısı ve prime esas kazançları sosyal sigorta edimlerine doğrudan etki etmektedir. Bireysel iş uyuşmazlıklarında ise işçinin kıdem süresi ve ücreti birtakım tazminat ve alacaklara hak kazanılmasında ve/veya hesaplanmasında, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasındaki sıkı ilişkinin bir tezahürü olarak SGK kayıtlarının da bireysel iş uyuşmazlıklarındaki önemi yadsınamaz.

İşverenlerin sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan bildirim yükümlülüklerini hiç veya zamanında yerine getirmemesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. SGK'ya yapılan bildirimlerin hatalı veya eksik olması da mümkündür. Dolayısıyla iş mahkemelerine intikal eden uyuşmazlıklarda husumetin yöneltildiği kişilerin sorumluluğu, işyerinde çalışan işçi sayısı, işçinin kıdem süresi ve ücreti konusunda ihtilaflar sıklıkla yaşanabilmektedir. Bazı durumlarda ise SGK kayıtları gerçeği yansıtsa bile uyuşmazlığın çözümünde tek başına yetersiz kalabilmektedir.

SGK kayıtları şüphesiz toplu iş uyuşmazlıklarında da önem arz etmektedir. Ancak çalışmamızda konu sınırlandırılarak yalnızca bireysel iş uyuşmazlıklarında SGK kayıtlarının ne şekilde değerlendirildiği üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda öncelikle iş mahkemeleri tarafından SGK'dan talep edilen belgelere ilişkin açıklamalar yapılacak; daha sonra SGK'dan edinilen bilgi ve belgelerin iş yargısındaki delil değeri öğreti ve yargı içtihatları çerçevesinde incelenecektir.

[1] RG 12.05.2010/27579.

I. İŞ MAHKEMELERİ TARAFINDAN SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NDAN TALEP EDİLEN BELGELER

A. İşe Giriş Bildirgeleri

Sosyal sigortalarda zorunluluk ilkesinin bir sonucu olarak sigortalılık niteliğinin kazanılmasında herhangi bir işlemin yapılması gerekli değildir. Sigortalılık başlangıcı kural olarak işçinin fiilen işe başlama tarihine göre belirlenir[2]. Öte yandan SGK'nın sigorta yardımlarını yapabilmesi ve kanunun öngördüğü yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için sigortalıların varlığından haberdar olması gerekir. Bu amaçla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda (SSGSSK)[3] işverenler için çalıştırdıkları sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür (m. 8/f.1). Bu kapsamda iş sözleşmesiyle çalıştırılanlar (m. 4/f.1,a) kural olarak sigortalılık başlangıç tarihinden önce işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmelidir[4]. SGK tarafından iş mahkemelerine gönderilen işe giriş bildirgelerinde sosyal güvenlik bilgileri olarak sigortalının kısmi süreli, çağrı üzerine ya da ev hizmetlerinde 30 günden az çalışıp çalışmadığı, sosyal güvenlik destek primi ödenmesi suretiyle mi yoksa tüm sigorta kollarına göre mi sigortalı olduğu, sigortalının işe başladığı tarih, meslek adı ve kodu bilgileri yer almaktadır.

SGK'ya bildirilmemiş sigortalıların işe giriş bildirgesinin re'sen düzenlenmesi de söz konusu olabilmektedir[5]. Öte yandan Kuruma bildirilmeyen veya eksik bildirildiği Kurumca tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespitin yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınmaktadır (m. 86/f.8). Kurumca re'sen tespit yapılmamış-

---

2 Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku (20. Bası, Beta 2024) 166; A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi ve Ender Gülver, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (22. Bası, Beta 2023) 106, 107; Tankut Centel, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku (On İki Levha 2021) 100-101; Haluk Hadi Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku (4. Bası, Seçkin 2023) 37, 40.

3 RG 16.06.2006/26200.

4 Kanunda bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. İnşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar en geç çalışmaya başlatıldığı gün Kuruma bildirilebilirler (m. 8/f.1,a). Genel kurala getirilen bir diğer istisna yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında işe alınarak çalıştırılanlara ilişkindir. Bu kişiler işe alındıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma bildirilebilirler. Nihayet Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar kuruma bildirilmeleri halinde sigortalılık başlangıcından önce bildirim yapılmış sayılmaktadırlar (m. 8/f.1,b).

5 5510 sayılı Kanun m. 86/f.7'ye göre, *"Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir"*.

sa hak düşüm süresi içerisinde (hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde) iş mahkemesinde hizmet tespit davası açılması da mümkündür (m. 86/f.9)[6]. İşverene karşı işçilik alacaklarının tahsili amacıyla dava açılmış olması hak düşüm süresinin işlemesini engellemeyecektir[7]. 5510 sayılı Kanun'da m. 4/f.1,a kapsamındaki sigortalıların, çalışmaya başladıklarını, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde Kuruma bildirecekleri de öngörülmektedir. Ancak sigortalının kendisini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez (m. 8/f.2). Dolayısıyla sigortalının kendisini bildirmemiş olmasının bir yaptırımı olmadığı gibi bildirim yapmamış olması hizmet tespit davası açmasına engel değildir[8].

B. İşten Ayrılış Bildirgeleri

5510 sayılı Kanun m. 4/f.1,a bendi kapsamında sigortalı olanların sigortalılıkları iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihte sona erer[9]. Sigortalılığı sona eren işçinin, işveren tarafından işten ayrılış bildirgesi ile en geç on gün içinde Kuruma bildirilmesi gerekmektedir (m. 9/f.3). SGK tarafından iş mahkemesine davacı işçinin çalışmış olduğu tüm işyerlerine ilişkin işten ayrılış bildirgeleri de gönderilmektedir. İşten ayrılış bildirgesinde sigortalının işten ayrılış tarihi, sigortalının ayrılış nedenini gösteren çıkış kodu, hak edilen ücret ile prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkak ayrı ayrı görülecek şekilde son iki aya ilişkin prime esas kazanç tutarları, ücretin yüzde usulü olup olmadığı bilgileri yer almaktadır.

İşverenin işten ayrılış bildirgesinde sigortalının ayrılış tarihi, prime esas kazançları ile işten ayrılış nedeni gibi hususları hatalı olarak beyan etmesi durumunda, duruma göre sigortalıya karşı sorumluluğu doğacağı gibi yersiz ödemeye neden olması halinde SGK'ya veya İŞKUR'a karşı da sorumlu olacaktır[10].

C. Sigortalının Çalıştığı İşyerlerine İlişkin Bilgiler

Ülkemizdeki tüm işyerlerinin SGK tarafından re'sen saptanması mümkün değildir. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanun'da sigortalı çalıştıran, sigortalı çalıştırılan bir işyerini devralan ya da bu nitelikte işyeri kendisine intikal eden işveren için Kuruma

---

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 305 vd.; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 2) 255 vd.; Centel (n 2) 176 vd.; Senem Ermumcu, 'Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı' (2021) (69) Çalışma ve Toplum Dergisi 904 vd.; Merve Yücel, 'Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler' (2016) 2 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75 vd.

7 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 309; Centel (n 2) 177.

8 Sümer (n 2) 91.

9 Ancak hastalık ve analık hükümlerinin uygulanmasında sigortalılık iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden onuncu günden itibaren yitirilmiş sayılır (SSGSSK, m. 8/f.2,b).

10 Mehmet Zülfi Camkurt 'SGK İşten Çıkış Kodlarının "Masumiyet Karinesi" ve İşçinin "Lekelenmeme Hakkı"na Aykırılığına Yönelik Değerlendirme' (2023) (18) İş ve Hayat 25, 37-38; Baki Oğuz Mülayim, 'İşten Çıkış Kodunun Önemi ve Düzeltilmesi' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 983.

elektronik ortamda işyeri bildirgesi göndermek yükümlülüğü getirilmiştir (SSGSSK m. 11/f.3; SSİY m. 27/f.1). İşyerinin bildirilmesindeki amaç; sigortalı çalıştırmaya başlayan işyerlerini ve bu işyerlerinin işveren ve işveren vekillerini saptamak, işyerinin tescilini sağlamaktır[11]. Bu kapsamda iş mahkemelerine gönderilen belgeler arasında işyerinin tescil bilgileri ve işyeri ünvan listesi de bulunmaktadır.

(i) İşyerlerinin Tescil Bilgileri: İşyeri tescil bilgilerine ilişkin belgelerde işyeri sicil numarası, iş kolu kodu, işyerinin tehlike sınıfı, işyerinin mahiyeti, işyerinin ünvanı, adresi, vergi numarası, yönetici ve ortaklarına ilişkin bilgiler bulunmaktadır.

(ii) İşyeri Ünvan Listesi: İşçinin sigortalı olarak çalıştığı tüm işyerlerine ilişkin birtakım bilgiler 'işyeri ünvan listesi'nde yer almaktadır. İşyeri/kurum/sandık no, ünite, iş kolu kodu, işyerinin kamu veya özel sektöre ait olduğunu belirten mahiyet, işyeri ünvanı ve işyerinin adresi 'işyeri ünvan listesi' başlıklı bir belge ile iş mahkemelerine gönderilmektedir. Sigortalının hizmet dökümünde aylar itibariyle çalıştığı işyerlerini gösteren işyeri/kurum/sandık no ile ünite bilgisi yer almaktadır. Hizmet dökümünde bir numaradan ibaret olan bu bilgiler 'işyeri ünvan listesi' ile somutlaşmaktadır.

D. Sigortalıya İlişkin Aylık Prim ve Hizmet Belgesi / Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesi

Sigortalıların sosyal sigorta yardımlarına hak kazanıp kazanmadığının tespiti ve bunların miktarının hesaplanabilmesi için sigortalıların prime esas kazançları ile prim gün sayılarının bilinmesi gerekmektedir. Belirtilmelidir ki, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle[12] vergi kanunlarına göre verilmesi gereken muhtasar beyanname ile m. 4/f.1,a bendine göre sigortalı sayılanlar için verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesi birleştirilerek vergi dairelerine 'muhtasar ve prim hizmet beyannamesi' verilmeye başlanmıştır. Söz konusu beyannamenin hangi sektörlere ve coğrafi bölgeye uygulanacağına, şekil ve içeriğine ayrıca ilgili olduğu dönemi belirlemeye Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müştereken yetkilidir[13]. Bu belgenin verilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla da Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesi Genel Tebliği (Sıra No:1) çıkarılmıştır[14].

1. Prime Esas Kazançların Belirlenmesi

Sigortalıların tüm kazançları prim kesintisine tabi olmayıp hangi kazançlardan prim kesileceği, hangilerinden kesilmeyeceği 5510 sayılı Kanun'un 'prime esas kazançlar' kenar başlıklı 80. maddesinde üç grup halinde belirtilmiştir.

---

11 Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku (6. Bası, Beta 2023) 128-129; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 230; Centel (n 2) 170; Sümer (n 2) 82-85.

12 RG. 05.12.2017/30261.

13 Ayrıca bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar (n 11) 143 vd.; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 280 vd.

14 RG. 18.02.2017/29983.

(i) Prim kesintisine tabi kazançlar: İş sözleşmesine göre çalışan sigortalıların (m. 4/f.1,a) prime esas kazançların hesaplanmasında sigortalının o ay içinde hak ettiği ücretler prime esas kazanç sayılmaktadır. Bunların işçiye ödenip ödenmemesi önemli değildir (m. 80/f.1,a-1). Ücret kavramı, Kanun'da sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar olarak tanımlanmıştır (m. 3/f.1,12). Ücret kavramına zamana göre ücret, verime göre ücret yahut yüzde usulüne göre ücret gibi tüm ücret türleri girer[15]. 5510 sayılı Kanun m. 3'te yer alan ücret kavramının tanımında 'süreklilik taşıma' niteliği açıkça belirtilse de bazen süreklilik niteliği taşımayan ödemelerin ücret olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre fazla çalışma ücretleri, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma ücretleri gibi süreklilik taşımayan ödemeler de 'hak edilen ücret' kavramına dahildir[16]. Arızi nitelik taşıyan nakdi ödemelerin 'hak edilen ücret' kapsamında Kuruma bildirilmesinin işçinin temel ücretinin SGK kayıtlarına göre saptanmasında yaratacağı güçlükler ve konuyla ilgili görüşümüz 'ücretin tespiti' başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

Kanunda prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan[17] sigortalılara o ay içinde yapılan ödemeler de prime esas kazanç kavramına dahil edilmiştir (m. 80/f.1,a-2). Esasen madde metninde somut olarak belirtilen prim ve ikramiye ücret eki niteliğindedir[18]. Ancak hak edildikleri değil, ödendikleri ayın prime esas kazancı sayılırlar. Kanaatimizce her ne kadar adına prim denilse de temel ücret kavramına dahil ödemeler 'hak edilen ücret' kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla ödemenin adına değil, içeriğine bakmak gerekir[19].

(ii) Kısmen prim kesintisine tabi olmayan kazançlar: Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları ile işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları prime esas kazanç sayılmamaktadır (m. 80/f.1,b). Dolayısıyla

---

15 Hukuki bakımdan ücret türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, İş Hukuku (24. Bası, Beta 2024) 381 vd.; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri (36. Bası, Beta 2023) 337 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku (7. Bası, Lykeion, 2022) 619 vd.; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, (5. Bası, On İki Levha 2023) 296 vd.

16 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 259; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 2) 173; Sümer (n 2) 109.

17 Prime esas kazançların sayma yoluyla belirtilmesi mümkün olmadığından kanun koyucu '…her çeşit istihkak' tabirini uygun görmüştür, Halil Yılmaz, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti' (2019) (145) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 461-463.

18 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 261; Yılmaz (n 17) 459-460.

19 Aynı yönde bkz. Yılmaz (n 17) 460; Yargıtay'a göre yurtdışı sefer primi, ücretin eki olmayıp ücret niteliğinde olmakla tazminata esas ücrette doğrudan dikkate alınmalıdır, Yargıtay 22 HD. 13.11.2017, E. 2017/8871 K. 2017/24691, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: <https://legalbank.net; Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD. 14.09.2020, E. 2016/22997 K. 2020/7476, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi: <https://www.lexpera.com.tr>).

işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin %30'unu geçen kısım prime esas kazanç niteliğindedir. Bunun gibi Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenen yemek, çocuk ve aile zamları bakımından ilgili ay belirlenen tutarı aşan kısım prime esas kazançlara dahil edilecektir.

(iii) Prim kesintisine tabi olmayan kazançlar: Ayni yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları tamamen prim kesintisinden muaftır (m. 80/f.1,b). Kanunda prim matrahına dahil edilmeyecek kazançlar örnek verilerek değil, sınırlı biçimde sayılmıştır. Dolayısıyla Kanunda prime esas kazançların istisnası olarak sayılanlar dışında, sürekli yahut arızi nitelikte olması önemli olmaksızın her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile ayni yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prim matrahına dahil edilmelidir. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmayacağı belirtilen muafiyet ve istisnalar da 5510 sayılı Kanun'un uygulanmasında dikkate alınmaz (m. 80/f.1,c).

Ayni yardım kavramına nelerin girdiği bazen tartışmalı olabilmektedir. Ayni yardımlar işçilerin ihtiyacını gidermeye yönelik para olarak değil de mal veya hizmet olarak yapılan yardımlardır. İşyerinde veya işyeri dışında verilen yemek, giyecek, erzak paketi, ulaşım kartı, yemek kartı, alışveriş çeki, servis vb. ayni yardımlara örnek gösterilebilir[20]. Ayni yardımların kapsamı konusunda SGK'nın tartışmalı sayılabilecek uygulamaları da bulunmaktadır. Şöyle ki; işçiye sosyal yardım amacıyla verilen altınlar prime esas kazanç kabul edilmektedir (SGK Genelgesi 2016/12 Altın Bedelleri). Ancak altının paraya kolay tahvil edilmesi ona nakdi ödeme niteliği kazandırmadığından Kurumun bu uygulaması öğretide eleştirilmektedir[21].

2. Prim Gün Sayılarının Belirlenmesi

Uygulamada yaygın şekilde rastlanan çalışma gün sayılarının eksik bildirilmesini önlemeyi teminen ay içinde bazı iş günlerinde çalıştırılmayan ve ücret ödenmeyen sigortalıların eksik gün nedeni ve eksik gün sayısının aylık prim ve hizmet belgesinde veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesiyle beyan edileceği düzenlenmiştir (m. 86/f.4). Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde eksik çalışmaya ilişkin belgeler ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir (m. 102/f.13)[22]. Bunlar ilgili ayda

---

20 Yılmaz (n 17) 473-474; Sümer (n 2) 113 dn 262, 265.

21 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 274; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 2) 178.

22 Ay içinde otuz günden az çalışan veya eksik ücret ödenen sigortalılara ilişkin; a) Kurumca elektronik ortamda alınabilenler hariç Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucularından veya işyeri hekimlerinden alınmış istirahatli olduğunu gösteren rapor, b) Sigortalı ve işverenin imzasını taşıyan ücretsiz veya aylıksız izinli olduğunu kanıtlayan izin belgesi, c) Sigortalıya tebliğ edilen disiplin cezası uygulamasına ilişkin belge, ç) Gözaltına alınma ile tutukluluk hâline ilişkin belgeler, d) Kısmi süreli çalışmalara ait sigortalı ve işverenin imzasını taşıyan yazılı iş sözleşmesi, e) Sigortalının imzasını taşıyan puantaj kayıtları, f) Grev, lokavt, genel hayatı etkileyen olaylar, doğal

düzenlenecek ancak Kuruma verilmeyecektir. Öte yandan ilgili bilgi ve belgelerin Kurumca yapılan tebligata rağmen süresi içinde ibraz edilmemesi veya verilen bilgi ve belgelerin yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun düzenlenmemiş olması halinde Kurumca geçersiz sayılacağı ve aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar prim hizmet beyannamesinin Kurumca re'sen düzenleneceği hükme bağlanmıştır (SSGSSK m. 86/f.5; SSİY m. 102/f.13).

E. İşyerinde Çalışan Sigortalılara İlişkin Prim ve Hizmet Belgesi Listesi

Bireysel iş uyuşmazlıklarında belirli bir tarihte işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesi yahut davacı işçiye emsal gösterilen işçilerin ücret miktarlarının tespit edilmesi gerekebilmektedir. Bunun gibi özellikle işe iade davalarında kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği, işten çıkarılanların yerine yenilerinin alınıp alınmadığı belirlenmelidir[23]. Bu noktada işveren tarafından SGK'ya gönderilen; işyerinde çalışan işçilere ilişkin giriş-çıkış tarihleri, ilgili dönem varsa eksik gün nedeni, işten çıkış nedeni, ücret ile prim, ikramiye ve bu çeşit istihkaka ilişkin bilgilerin ayrı ayrı gösterildiği Aylık Prim ve Hizmet Belgesi (APHB) listesi talep edilmektedir. APHB listesi, Kurum tarafından her bir sigortalı için işverenlerce gönderilen aylık prim ve hizmet belgelerinde yer alan bilgilere göre oluşturulmaktadır.

F. Hizmet Döküm Cetveli

Hizmet dökümü, sigortalılar adına SGK ile ilişkili gerçekleştirilen tüm işlemlerin bir dökümünün gösterildiği belgedir. Hizmet dökümünde sigortalının ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten itibaren çalıştığı tüm işyerlerine ait bilgiler, meslek kodu, sigortalı işe giriş ve işten ayrılış tarihleri, aylar itibariyle prime esas kazanç tutarları toplamı, sigortalı olarak çalıştığı işyerlerinde ayda 30 günden eksik çalıştığı dönemler bulunuyorsa eksik gün kodları[24] ile işten ayrılma nedenle-

---

afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulduğunu veya işe ara verildiğini gösteren ilgili resmî makamlardan alınan yazı örneği, g) İşe devamsızlığa ilişkin belgeler, ğ) İş sözleşmesinin fesih edildiği tarihte çalışılmadığına dair belge, h) Kısa çalışma ödeneği alındığına dair ilgili resmî makamlardan alınan belge, ı) 5434 sayılı Kanunun mülga ek 76 ve mülga geçici 192 nci maddelerine tabi olunduğunu gösterir belge, i) Yarım çalışma ödeneği alındığına dair ilgili resmî makamlardan alınan belge, j) İş Sağlığı ve Güvenliği Kayıt, Takip ve İzleme Programı İSG-KATİP üzerinden alınan sözleşmeler eksik çalışmaya ilişkin belgelerdir.

23 *"…Dosyada fesih öncesi, fesih dönemi ve sonrasına ait SSK prim bordroları, işe giriş- çıkış bildirgeleri bulunmamaktadır. Bu belgeler getirtilerek işyerinde kaç işçinin çalıştığı, kaç kişinin akdinin feshedildiği ve çıkarılanların yerine yenilerinin alınıp alınmadığı belirlenmeli; ayrıca davalı işverenin kayıt ve belgeleri üzerinde uzman bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak, davacının iş sözleşmesinin işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan zorunlu nedenle sona erdirilip erdirilmediği araştırılmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir…",* Yarg. 9. HD. 02.05.2005, E. 2005/12557, K. 2005/15054, Legalbank.

24 1-İstirahat 3-Disiplin cezası 4-Gözaltına alınma 5-Tutukluluk 6-Kısmi istihdam 7-Puantaj kayıtları 8-Grev 9-Lokavt 10-Genel hayatı etkileyen olaylar 11-Doğal afet 12-Birden fazla 13-Diğer Nedenler 15-Devamsızlık 16-Fesih tarihinde çalışmamış 17-Ev hizmetlerinde 30 günden az çalışma 18-Kısa çalışma ödeneği 19-Ücretsiz Doğum İzni 20-Ücretsiz Yol İzni 21-Diğer Ücretsiz İzin 22-

rini gösterir işten çıkış kodları[25] yer almaktadır. Söz konusu kodlar ve açıklamaları Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan aylık prim ve hizmet belgesi arka yüzünde (Ek-9 Açıklamalar) yer almaktadır.

G. Diğer

SGK tarafından iş mahkemelerine birçok uyuşmazlıkta yeknesak olarak gönderilen yukarıda belirtilen belgeler yanında uyuşmazlığın niteliğine göre Kurumdan zaman zaman başka bilgi ve belgelerin de talep edildiği görülmektedir. Örneğin asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenler de asıl işverenin işyerinde çalıştırdıkları sigortalıları, işverenle aralarında yaptıkları sözleşmenin ibrazı kaydıyla, Kurumdan alacağı özel bir numara ile asıl işverenin kayıtlı olduğu dosyadan bildirmektedir (m.11/f.8). Alt işveren, mevzuattan doğan yükümlülüklerini asıl işverene ait işyeri sicil numarasına ilave olarak verilecek üç haneli alt işveren numarası ile asıl işverenin işyeri dosyası üzerinden yerine getirmektedir. Alt işveren adına işyeri dosyası açılmamaktadır (SSİY m. 31/f.1). Benzer bir uygulama sigortalıyı geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren açısından da geçerlidir (SSİY m. 31/f.2). Dolayısıyla yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda SGK'dan işverenler arasında akdedilen sözleşmeler talep edilmektedir.

Uyuşmazlığın niteliğine göre SGK'dan edinilen başka belgeler de önem kazanabilir. Hatta bu belgelerin bir kısmı talep konusu alacağa hak kazanılıp kazanılmadığına yahut talep edilen faiz başlangıcına doğrudan etki edebilmektedir. Örne-

---

5434 SK. ek 76, GM 192 23-Yarım çalışma ödeneği 24-Yarım çalışma ödeneği ve diğer nedenler 25-Diğer belge/kanun türlerinden gün tamamlama 26-Kısmi istihdama izin verilen yabancı uyruklu sigortalı 27-Kısa Çalışma Ödeneği ve Diğer Nedenler 28-Pandemi Ücretsiz İzin (4857 Geç. 10 Md.) 29-Pandemi Ücretsiz İzin (4857 Geç. 10.Md) ve diğer.

[25] 1- Deneme süreli iş sözleşmesinin işverence feshi 2- Deneme süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi 3- Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi (istifa) 4- Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi 5- Belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi 8- Emeklilik (yaşlılık) veye toptan ödeme nedeniyle 9- Malulen emeklilik nedeniyle 10- Ölüm 11- İş kazası sonucu ölüm 12- Askerlik 13- Kadın işçinin evlenmesi 14- Emeklilik için yaş dışında diğer şartların tamamlanması 15- Toplu işçi çıkarma 16- Sözleşme sona ermeden sigortalının aynı işverene ait diğer işyerine nakli 17- İşyerinin kapanması 18- İşin sona ermesi 19- Mevsim bitimi (İş akdinin askıya alınması halinde kullanılır. Tekrar başlatılmayacaksa "4" nolu kod kullanılır) 20- Kampanya bitimi (İş akdinin askıya alınması halinde kullanılır. Tekrar başlatılmayacaksa "4" nolu kod kullanılır) 21- Statü değişikliği 22- Diğer nedenler 23- İşçi tarafından zorunlu nedenle fesih 24- İşçi tarafından sağlık nedeniyle fesih 25- İşçi tarafından işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeni ile fesih 26- Disiplin kurulu kararı ile fesih 27- İşveren tarafından zorunlu nedenlerle ve tutukluluk nedeniyle fesih 28- İşveren tarafından sağlık nedeni ile fesih 30- Vize süresinin bitimi (İş akdinin askıya alınması halinde kullan Tekrar başlatılmayacaksa "4" nolu kod kullanılır) 31- Borçlar Kanunu, Sendikalar Kanunu, Grev ve Lokavt Kanunu kapsamında kendi istek ve kusuru dışında fesih 32- 4046 sayılı Kanunun 21. maddesine göre özelleştirme nedeni ile feshi 33- Gazeteci tarafından sözleşmenin feshi 34- İşyerinin devri, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedeniyle fesih 37- KHK ile kamu görevinden çıkarma 38- Doğum nedeniyle işten ayrılma 39- 696 KHK ile kamu işçiliğine geçiş 40- 696 KHK ile kamu işçiliğine geçilememesi sebebiyle çıkış 42- 4857/25-II-A 43- 4857/25-II-B 44- 4857/25-II-C 45- 4857/25-II-D 46- 4857/25-II-E 47- 4857/25-II-F 48- 4857/25-II-G 49- 4857/25-II-H 50- 4857/25-II-I.

ğin işçiye yaşlılık aylığı bağlanacağına dair SGK yazısı uyarınca emekliliğe hak kazanması nedeniyle iş ilişkisinin işçinin iradesine göre sonlandırıldığı durumlarda kıdem tazminatı hakkı bulunduğu, aynı işveren yanında çalışmanın devam etmesi halinde emeklilik öncesi kıdem süresinin kıdem tazminatının hesabı bakımından tasfiye edildiği kabul edilmektedir[26]. Faiz başlangıcı bakımından ise SGK yazısının işverene verildiği tarih önem arz etmektedir. Dolayısıyla SGK'ya verilmiş tüm bildirge, sözleşme ve dilekçelerin titizlikle incelenmesi gerekir.

II. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KAYITLARININ İŞ YARGISINDA ÖNEM ARZ ETTİĞİ DURUMLAR

A. İşçinin Tabi Olduğu Kanun ile İşyerinde Çalışan İşçi Sayısının Tespiti

İşçinin tazminat ve alacaklarının belirlenmesi, iş güvencesi kapsamında olup olmadığının saptanması bakımından tabi olduğu kanun evleviyetle belirlenmelidir. Bu bağlamda işyerinin niteliği ve işçinin işi ile birlikte işyerinde çalışan işçi sayısı önem arz edebilmektedir. Örneğin 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerinde veya 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun[27] üç kişinin çalıştığı işyerlerinde 4857 sayılı İş Kanunu[28] hükümleri uygulanmamaktadır. Keza Türk bayraklı bir gemide çalışanların 854 sayılı Deniz İş Kanunu[29] kapsamında olup olmadığının belirlenmesinde işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısının 5 veya daha fazla olup olmadığı araştırılmaktadır. Görüldüğü gibi, işçinin tabi olduğu kanunun belirlenmesi bakımından bazen işyerinin niteliği ile işçinin yaptığı iş önem arz etmekteyken (pilotlar, gazeteciler gibi) bazen işyerinde çalışan işçi sayısının da araştırılması gerekir. Bunun gibi işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesinde iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçi sayısının otuz veya daha fazla olup olmadığı tespit edilmelidir.

---

26 Yarg. 9. HD. 23.11.2020, E. 2017/18129, K. 2020/16317, Legalbank.

27 507 sayılı Kanun, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun (RG 21.06.2005/25852) 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve diğer kanunlarda, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'na yapılmış olan atıfların bu Kanuna yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla esnaf işyerlerinin belirlenmesinde 5362 sayılı Kanun m. 3/f.1,a dikkate alınmalıdır. Madde metninde yer alan üç kişi ifadesi, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır, Yarg. 9.HD. 14.10.2020, E. 2016/27852, K. 2020/11930, Legalbank; *"...Somut uyuşmazlıkta; davalı işverene ait minibüste çalışan sayısının tespiti için herhangi bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla Mahkemece; uyuşmazlık konusu dönemde davalının ekonomik sermayesi ve kazancının esnaf niteliğini aşıp aşmadığı ve hangi usule göre vergilendirildiği tespit edilmeli, fesih tarihi itibariyla davalı işveren nezdinde çalışan işçi sayısı SGK kayıtları getirtilerek belirlenmeli..."*, Yarg. 9. HD. 13.09.2023, E. 2023/7480, K. 2023/11884, Legalbank.

28 RG 10.06.2003/25134.

29 RG 29.04.1967/12586.

İşçinin hangi kanun kapsamında olduğu kamu düzenine ilişkin olduğundan hâkim uyuşmazlığa tatbiki gereken hukuk normunu re'sen dikkate almalıdır[30]. İşyerinin niteliği, işçinin yaptığı iş ve işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde ise SGK kayıtları önemli bir delil teşkil etmektedir. İşyerinin tescil bilgileri ve işçinin meslek kodu incelendikten sonra işyerinde çalışan işçi sayısının tespiti gerekiyorsa çalışan işçi sayısının önem arz ettiği tarihi de kapsayacak dönemlere ilişkin işverene ait işyeri (veya işyerlerine ait) APHB listesi/listeleri talep edilmelidir.

B. İşverenlerin Tespiti

İş yargılamasında borçtan sorumlu olan işverenin (veya işverenlerin) tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Her somut uyuşmazlıkta işverenin tespit edilmesi, davada husumetin yöneltildiği kişilerin sorumluluk kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta asıl işveren – alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi, birlikte istihdam, iş sözleşmesinin devri, işyeri devri yahut işverenler arasında organik bağ bulunduğu ileri sürülebilmektedir. Resmi makamlarca iş mahkemelerine sunulan bilgi ve belgeler de bu noktada önem arz etmektedir.

Üçlü iş ilişkilerinin tespiti noktasında SGK kayıtlarının öneminin örneklerle açıklanması yararlı olacaktır. Herhangi bir uyuşmazlıkta kıdem süresinin farklı işverenler nezdinde olsa da kesintisiz şekilde sürdüğü, işverenler arasında işyeri devri bulunduğu iddia edildiğinde husumetin yöneltildiği işverenlere ait işyerlerinde işten çıkış tarihi ile işe girişinin yapıldığı tarih arasındaki sürenin ne kadar olduğu[31], işten çıkış kodunun ne şekilde gösterildiği her bir işverenin SGK'ya gönderdiği belgeler bakımından ayrı ayrı incelenmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi veya geçici iş ilişkisinde işverenler arasındaki sözleşmeler de Kurumdan talep edilmektedir. Öte yandan SGK'ya yapılan bildirimlerin tek başına İş Kanunu'nda tanımlanan bir üçlü iş ilişkisinin varlığını göstermeyeceğine dikkat edilmelidir[32]. Nihayet husumetin yöneltildiği işverenler arasında organik bağ bulunduğu iddia edildiğinde vergi dairesi ile ticaret sicili kayıtları ile birlikte SGK tarafından dava dosyası içeriğine sunulu işyeri

---

30 Yarg. 9. HD. 05.02.2018, E. 2015/8604, K. 2018/1446, Legalbank.

31 *"…işyeri devrinden söz edilebilmesi için çalışma süresinin kesintisiz olması gerekmektedir. Buna göre, değişen alt işverenlerdeki çalışmanın hukuki nitelendirmesi yapılırken, bir alt işverendeki çalışma süresinin sona erdiği ve diğer alt işverendeki çalışma süresinin başladığı tarih arasında 10-15 gün gibi makul süreyi aşan çalışma aralıklarının varlığının tespiti halinde artık işyeri devrinden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir…",* Yarg. 9. HD. 17.01.2022, E. 2021/13270, K. 2022/509; Yarg. 9. HD. 17.06.2021, E. 2021/6161, K. 2021/10482, Legalbank.

32 *"…Yüklenicinin çalıştıracağı işçileri iş sahibinin konut projesi için açmış olduğu SGK işyeri numarasına kayıt ettirme zorunluluğunun ve sigortaya kayıt ettirilmeden işçi çalıştırılmayacağının öngörülmüş olması, taraflar arasındaki ilişkiyi asıl işveren-alt işveren ilişkisine dönüştürmez. Bu tür hukuki ilişkilerde çalıştırılacak işçilerin sigorta bildirimlerinin sözleşmede düzenlenen şekilde bildirimi 5510 sayılı Kanunun 11. maddesi gereğidir. Kaldı ki, SGK'ya yapılan bildirimin hatalı olması da iş sahibini işveren konumuna getirmez…",* Yarg. 9. HD. 14.01.2021, E. 2018/5428, K. 2021/1037, Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları (3. Bası, Seçkin 2022) 53-54.

tescil bilgilerinden işyerlerinin adresi, yönetici ve ortakların bilgisi, işveren vekilinin, muhasebeci-mali müşavir/muhasebe yetkilisinin bilgileri karşılaştırılmaktadır[33].

C. İşçinin Kıdem Süresinin ve Fiili Çalışmalarının Tespiti

Bireysel iş uyuşmazlıklarında talep edilen tazminat ve alacakların bir kısmında işçinin kıdem süresi doğrudan önem arz etmektedir. Kanun ile düzenlenen kıdeme bağlı tazminat ve alacaklar; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ölüm tazminatı, yıllık ücretli izin alacağıdır. Bunun gibi İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için kural olarak belirli bir kıdem süresi aranmaktadır. Bu kurumların her biri farklı amaçlara hizmet ettiği için kıdem kavramının esasları ortaya konulurken her bir kurum kendi içinde değerlendirilmelidir[34]. İş hukukunun özel kaynaklarında da kıdeme bağlı haklara ilişkin düzenlemeler yer alabilmektedir. Sözleşmelerde kıdemliliği teşvik ödülü yahut kıdeme bağlı ikramiye öngörülmesi kıdeme bağlı parasal haklara örnek gösterilebilir[35]. Kanunda herhangi

---

33 *"...Dosya içerisindeki SGK hizmet döküm cetveli nazara alındığında davacının çalıştığını iddia ettiği dönem içerisinde birden fazla işveren üzerinden prim ödemelerinin gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Davacı taraf davalı işverenin birden fazla ilde işyeri bulunduğunu ve zaman zaman bu işyerlerinde çalışmaların söz konusu olduğunu iddia etmektedir. Karara esas alınan bilirkişi raporunda, davacının iddia ettiği çalışma süresinden davalı işveren dışında SGK hizmet cetvelinde başka işyeri numarası ile prim ödenen sürelerin hafta karşılığının iddia edilen toplam süreden mahsubu ile sonuca gidildiği belirtilmiştir. Öncelikle SGK hizmet cetvelinde bildirimde bulunan işverenlere ait işe giriş bildirgeleri vb belgeler dosya içerisinde bulunmadığından bu işverenlerin davalı işveren ile bağlantılı olup olmadığı anlaşılamamakta ve rapor denetlenebilir mahiyet taşımamaktadır. Bu nedenle SGK hizmet cetvelinde gösterilen tüm işverenlerce verilen işe giriş-çıkış bildirgeleri getirtilmeli, bu belgelere göre belirlenecek işverenlerin davalı işveren ile bağlantılarının bulunup bulunmadığının tespiti bakımından gerekirse şirket yapısı ve ortaklarını gösteren belgeler celbedilmelidir. Söz konusu belgelerden davalı dışında hizmet cetvelinde yer alan işverenlerin davalı işverenle bağlantısı kurulamaz ise davacının davalı şirket bünyesinde aralıklarla çalıştığı kabul edilerek denetlemeye imkân verecek şekilde tablo halinde davalı şirket üzerinden davacının sigortalandığı süreler çıkartılmalı ve prim gün sayısı toplamına göre çalışma süresi tespit edilmelidir...",* Yarg. 9. HD. 10.04.2017, E. 2017/3682, K. 2017/6230, Lexpera. *"...Somut uyuşmazlıkta davacı davalı iş yerinde alt işverenler nezdinde kesintisiz çalıştığını iddia etmekte olup SGK kayıtlarına göre 28.07.2004-03.10.2004, 28.07.2004-03.10.2004, 25.11.2006-14.01.2009 tarihleri arasında davalı işverenin alt işverenleri arasında yer almayan başka işverenler nezdinde çalıştığının görüldüğü için SGK kayıtlarına itibar ile davacı işçinin aralıklı çalıştığı kabul edilerek davacının çalışma süresinin 17.04.2010-30.05.2011 tarihleri arasında olduğu kabul edilerek sonuca gidilmiş ise de; mahkemece anılan dönemde davacı işçinin SGK kaydında bildirilen işverenler ile aynı dönemde davalı iş yerinde çalışan alt işverenler arasında organik bağ bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş, davacının davalı iş yerinde çalışmadığı kabul edilen 28.07.2004-03.10.2004, 28.07.2004-03.10.2004, 25.11.2006-14.01.2009 tarihleri arasında SGK kayıtlarına göre işvereni gözüken iş yerleri ile aynı tarihler arasında davalı iş yerinde alt işveren olarak iş almış olan iş yerlerini tespit edip, bunlar arasında organik bağ olup olmadığı araştırılarak, organik bağın tespit edilmesi halinde SGK kayıtlarına göre davalının alt işvereni olmayan bir şirkette çalışıyor gösterilse dahi bu çalışması davalı iş yerinde çalışma olarak kabul edilerek karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır",* Yarg. 9. HD. 11.04.2017, E. 2017/4432, K. 2017/6375, Lexpera.

34 Seda Arslan Durmuş, İş Hukukunda Kıdem Kavramı, (On İki Levha 2021) 63 vd.

35 ibid 98.

bir kıdem süresinin belirtilmediği bazı durumlarda dahi Yargıtay'ın kıdem ölçütünden yararlandığı görülmektedir. Örneğin işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesinde fesih nedeni ile birlikte işçinin kıdemi süresi dikkate alınmaktadır[36]. Görüldüğü gibi işçinin kıdemi doğrudan yahut dolaylı olarak bireysel iş uyuşmazlıklarında önem arz etmektedir.

İşçinin kıdem süresinin belirlenmesi konusunda öncelikle resmi kayıtlar, bu kapsamda özellikle SGK kayıtları belirleyici olmaktadır[37]. İşyerinde işe başlanan tarih ile iş ilişkisinin sona erdiği tarihler, çalışmanın aralıklı olup olmadığı işe giriş ve işten ayrılış bildirgeleri ile hizmet dökümünden kontrol edilmektedir[38]. SGK kayıtları kıdem süresinin belirlenmesinde güçlü bir delil teşkil etmekteyse de bu delilin aksinin ispatı mümkündür[39]. Bilindiği üzere ülkemizde kayıt dışı çalışmanın yaygın olduğu bir gerçektir. Bunun gibi birçok uyuşmazlıkta işçiler işe giriş bildirgesinin geç verilmiş olduğunu yahut işverence giriş-çıkışlar yapılmak suretiyle aslında iş ilişkisi kesintisiz devam etmesine karşın fiili çalışmanın kesintili gösterildiğini iddia edebilmektedirler. Kurumca re'sen tespit edilemeyen sigortalılar bakımından hizmet tespit davası açılmak suretiyle SGK kayıtlarında görülmeyen dönemlerin tespiti mümkün olabilmektedir. Şu hâlde işçinin tazminat ve alacaklarına doğrudan etki edeceği için derdest hizmet tespiti davası bekletici mesele yapılmaktadır[40].

Hizmet tespit davasının açılmamış olduğu, doğrudan birtakım işçilik alacaklarının talep edildiği ancak işyerindeki çalışma süresinin ihtilaflı olduğu iş uyuşmazlıklarına da sıklıkla rastlanmaktadır. Bu durumda işçi hizmet tespit davası açmaya zorlanamamakla beraber Kurum kayıtlarında görülmeyen dönemlere ihtiyatlı yaklaşılarak karar verilmelidir. Çalışma olgusunu ve hizmet süresini ispat yükü, bunu iddia eden işçiye düşer[41]. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilir. Yazılı delil olmaması durumunda o işyerinde veya komşu işyerinde çalışanların tanıklıkları ile hizmet süresi ispatlanabilir. Tanıkların fiili görgüye sahip olup olmadıkları ise SGK hizmet dökümleri incelenerek anlaşılmaktadır[42]. Tanıklar işyerinde belirli bir

---

36 Yarg. 22. HD. 17.12.2019, E. 2019/8509, K. 2019/23526, Legalbank.

37 Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları (Beta 2006) 96.

38 *"…davacıya ait hizmet döküm cetvelindeki giriş çıkış tarihleri göz önüne alındığında davacının çalışmasının aralıklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle hizmet döküm cetveline göre davacının çalıştığı sürelerin belirlenerek buna göre yapılan hesaplama doğrultusunda kıdem tazminatı alacağının ve kullanmadığı yıllık ücretli izin alacağının hesaplanarak hüküm altına alınması gerekmektedir…",* Yarg. 9. HD. 18.01.2021, E. 2020/4134, K. 2021/1270, Sümer ve Kayırgan (n 32) 244.

39 Özdemir (n 37) 99.

40 Yarg. 9. HD. 21.12.2020, E. 2017/18994, K. 2020/19406; Yarg. 9. HD. 07.03.2022, E. 2022/651, K. 2022/2849, Sümer ve Kayırgan (n 32) 261-262.

41 Özdemir (n 37) 95, 99; Şahin Çil, '6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller' (2014) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 91.

42 Fazla çalışma, hafta tatili çalışması, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışmaların tanıkla ispat

dönem çalışmışlarsa ve başkaca delil yok ise beyanları belirttikleri dönemle sınırlandırılmaktadır[43]. İşçinin aralıklı çalışıp çalışmadığı noktasında yapılan işin özelliğine ve işçinin yaptığı işe göre fiili karinelerden de yararlanılmaktadır[44].

İşçinin kıdem süresinin tespitinde kısmen dikkate alınacak yahut hiç alınmayacak eksik gün nedenlerinin bulunup bulunmadığı da hizmet dökümünden kontrol edilmelidir. Öte yandan eksik gün nedenleri ve bunların süresi ile ilgili ihtilafların yaşanması muhtemeldir. 7103 sayılı Kanun'la[45] 2018 yılında yapılan değişiklik öncesinde işverenler, eksik gün nedenini ispatlayan belgeleri *Ek 10 Belgesi* ekinde Kuruma vermekteydi. Mevcut durumda işverenler eksik gün nedenlerini gösterir belgeleri ilgili ayda düzenleyecek ancak Kuruma göndermeyecektir. Öte yandan işverenler bu belgeleri 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen süreyle saklamak ve Kurum tarafından talep edildiğinde göndermek zorundadır. İşçinin kıdem süresine etki eden eksik gün nedenlerine ilişkin bir ihtilaf bulunması halinde iş mahkemesinin işverenden ve Kurumdan eksik günlere ilişkin belgeleri talep etmesi gerekir[46]. SGK, uhdesinde bulunan eksik günleri gösteren belgeleri iş mahkemesine gönderecektir. Bulunmayanları ise işverenden talep etmelidir. Buna göre, *"Sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin Kurumca istenilmesine rağmen ibraz edilmemesi veya ibraz edilen bilgi ve belgelerin geçerli sayılmaması halinde otuz günden az bildirilen sürelere ait aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi, yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı primler, bu Kanun hükümlerine göre tahsil olunur"* (m. 86/f.5). Dolayısıyla işçinin kıdem süresi de bu yeni duruma göre tespit edilmelidir.

---

edilmeye çalışılmasında yine tanıkların fiili görgüye sahip olması gerekir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Tanık beyanlarına birlikte çalışma süreleriyle sınırlı olarak değer verilebilir (Yarg. 9. HD. 15.10.2020, E. 2016/27171, K. 2020/12056, Lexpera). Dolayısıyla tanıkların hizmet dökümleri dosya içeriğine alınarak davacı işçi ile aynı dönem çalışmaları tespit edilmektedir.

43 Yarg. 9. HD. 10.2.2020, E. 2016/12866, K. 2020/1715, Lexpera.

44 Çil (n 41) 91; Ali Nazım Sözer, 'Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum-Eşyanın Tabiatı ve Hayatın Olağan Akışı' (2016) (50) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 651; *"...Hizmet süresi içinde kısa süreli boşluklar var ise de uygulamada ihale geçiş dönemlerinde bu tür boşluklar olabilmektedir. Verilen hizmet güvenlik olup kesintisiz olarak verilmesi gereken hizmettir. Bu nedenle aralıksız çalışma kabul edilecektir...",* Ankara BAM, 7. HD. 03.04.2017, E. 2017/721, K. 2017/757, Sümer ve Kayırgan (n 32) 259.

45 RG 27.03.2018/30373.

46 *"...Somut uyuşmazlıkta, hizmet döküm cetvelinde 'kod 21, kod 1' gibi kodlar ile eksik gün bildirimleri mevcuttur. Sosyal Güvenlik Kurumundan ve davalıdan bu eksik gün bildirimlerinin nedenlerine dair belgeler getirtilerek ve davacı asıl duruşmaya bizzat celbedilip bizzat kendisine bugünler sorularak, eksik bildirilen bu sürelerin hizmet süresine dahil edilip edilmeyeceği ve bu durumun hüküm altına alınan alacaklara etkisi irdelenmelidir...",* Yarg. 22. HD. 27.01.2021, E. 2020/4803, K. 2021/2555, Sümer ve Kayırgan (n 32) 248.

D. Ücretin Tespiti

Bireysel iş uyuşmazlıklarının önemli bir kısmını işçilerin tazminat ve alacak talepleri oluşturmaktadır. Ancak talep konusu tazminat ve alacakların hesaplanabilmesi için işçinin temel ücretinin ve ücret eklerinin[47] bilinmesi gerekir. Bunun gibi talep konusu tazminat ve alacağın niteliğine göre işçinin hangi tarihteki ücretinin esas alınacağının tespiti önem arz eder. Daha açık bir ifadeyle fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücreti gibi iş ilişkisi devam ederken muaccel olan alacaklar ait oldukları dönem temel ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. Buna karşın kıdem tazminatı yahut yıllık ücretli izin alacağı gibi sözleşmenin sona ermesi ile talep edilebilecek tazminat ve alacakların hesabında işçinin son ücretinin esas alınması gerekir[48]. Boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı ise işçinin dava tarihindeki ücreti esas alınarak parasal olarak belirlenir. Fesih tarihinden dava tarihine kadar işyerinde çalışan emsal işçilerin ücretlerine zam yapıldığı iddia ediliyorsa bunun ispatı davacı işçiye düşer. Önemle belirtilmelidir ki, işçinin fiilen işyerinde çalışmadığı bir döneme ilişkin ücret tespiti gerekiyorsa işyerine ait APHB listeleri de SGK'dan talep edilmektedir. Buna göre o işyerinde çalışan ve işçiye emsal gösterilen işçilerin ücretleri kontrol edilmektedir[49].

İşçinin ücretinin tespiti noktasında sözleşmeler yanında banka hesap dökümü, bordrolar, ücret hesap pusulaları ve diğer deliller dikkate alınmaktadır[50]. Bu noktada SGK kayıtları da önemli bir delil niteliğindedir. Öte yandan hizmet dökümünde yer alan prime esas kazanç toplamlarının işçinin temel ücretini yahut giydirilmiş ücretini yansıttığı kabul edilerek sonuca gidilmesi her zaman doğru değildir. Fazla çalışma,

---

47 Ücret ekleri, kanunen istisnai hallerde ücret kavramına dahil edildiği için giydirilmiş ücrete göre hesaplama yapılması da istisnai hallerde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla kanunda yahut sözleşmelerde aksi öngörülmemişse kural olarak ücret ölçüt alınarak yapılacak ödemelerde işçinin temel ücreti esas alınır, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 15) 628; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 336; Ekmekçi ve Yiğit (n 15) 295; Efe Yamakoğlu, 'İşçinin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Tazminat ve Alacaklarına Esas Ücretinin Tespiti' (2024) 30 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 839.

48 Yamakoğlu (n 47) 847 vd.

49 Benzer şekilde işe iade davası sonucunda işe başlatılmayan bir işçinin sözleşmesinin sona ermesine bağlı fark tazminat ve alacak talepleri bakımından da işe başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin tespiti gerekebilmektedir. Fesih tarihindeki ücret miktarının ispatı davacı işçiye düşer. İşçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesinde, davacı ile aynı işyerinde çalışmakta olan 'emsal işçi' ücreti dikkate alınır. İspat yükü kendisinde olan davacı işçinin de kendisine emsal olabilecek işçileri bildirmesi gerekir. Davacı işçinin kıdemi ile aynı veya yakın olan ve eşdeğer görevde çalışan emsal işçinin hem geçersiz sayılan fesih tarihinde hem de başlatmama suretiyle fesih tarihinde aynı işyerinde çalışıyor olması gerekir (Yargıtay 9 HD, E. 2021/3306 K. 2021/7614, 05.04.2021, Legalbank; Yargıtay 9 HD, E. 2021/11159 K. 2021/15307, 03.11.2021, Legalbank). Bu noktada davacı işçiye emsal gösterilen işçilerin ilgili dönem bordroları işveren tarafından mahkemeye sunulmamışsa dosya içeriğine alınan 'APHB Listesi' kontrol edilmek suretiyle emsal gösterilen işçilerin geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücreti ile işe başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretleri incelenmektedir.

50 Yamakoğlu (n 47) 851; Murteza Aydemir, 'İş Hukukunda Belgelerin İtibarsızlığı' (2022) (47) SİCİL İş Hukuku Dergisi 51

ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatili çalışma ücreti, işletmenin kuruluş yıldönümü ikramiyesi gibi işçinin tazminat ve alacak hesabına dahil olmayan arızi ödemelerin prime esas kazanç toplamına dahil olduğu gözden kaçırılmamalıdır[51].

İşçinin giydirilmiş ücretinin tespitinde dikkate alınması gereken ancak prime esas kazanç olarak hizmet dökümünde yer almayan veya kısmen yer alan kazançlar da bulunmaktadır. Parayla ölçülmesi mümkün ve süreklilik gösteren ayni yardımlar prim kesintisine tabi olmayan kazanç niteliğindedir. Ancak giydirilmiş ücret kavramı içerisinde değerlendirilirler. Kasa tazminatı da prime esas kazanç sayılmamakla birlikte giydirilmiş ücrete dahil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[52]. Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları ile işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazanca tabi tutulmaz. Öte yandan bu sayılanlar giydirilmiş ücret kavramı içerisinde değerlendirilmektedir[53].

SGK hizmet dökümünde yer alan prime esas kazanç toplamına göre ücret tespiti yapılmasını güçleştiren bir diğer neden ise işçinin ücretinin prime esas kazanç üst sınırını aşması yahut hak edilen ücretin prime esas kazanç üst sınırına yakın olması durumunda işçiye ödenen prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakla birlikte prime esas kazanç üst sınırının aşılmasıdır. Şöyle ki; ücretler hak edildikleri ay prime esas kazanca tabi tutulmakta olup prime esas kazancın üst sınırının üzerinde olan kısım daha sonraki aylarda prime esas kazanca tabi tutulmamaktadır. Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilmektedir. Hak edilen ücret kavramı dışındaki bu ödemelerin prime esas kazancın üst sınırını aşan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere sonraki ayların prime esas kazançlarına ilave edilmektedir. Buna uygulamada devrik matrah denilmektedir[54].

Temel ücret kavramına dahil olmayan ve arızi nitelik taşıyan ödemelerin 'hak edilen ücret' kapsamında değerlendirilmesinin işçinin temel ücretinin tespit edilmesinde SGK kayıtlarının yetersiz kalmasına neden olacağı söylenebilir. Dolayısıyla işçinin temel ücretinin daha kolay saptanabilmesi için 'hak edilen ücret' olarak yalnızca işçinin temel ücretinin esas alınması[55], prime esas kazanç sayılan diğer nakdi ödemelerin ayrıca bildiriminin yapılması isabetli olacaktır.

---

51 Yamakoğlu (n 47) 851, dn. 61; Yarg. 9. HD. 21.09.2021, E. 2021/7672, K. 2021/12380, Sümer ve Kayırgan (n 32) 164-165.

52 Yarg. 9. HD. 29.01.2019, E. 2016/19523, K. 2019/2533, Lexpera; Ayrıca bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 15) 858.

53 Yarg. 9 HD, E. 2020/5964 K. 2020/13100, 22.10.2020, Legalbank.

54 Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 2) 188.

55 Kanunda 'hak edilen ücretler' ile kastedilenin 'temel ücret' olduğu yönünde ayrıca bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar (n 11) 210.

Belirtilmelidir ki, işçinin ücretinin tespitinde SGK kayıtlarının her zaman yetersiz kaldığını söylemek de doğru değildir. Hizmet dökümünde yer alan prime esas kazanç toplamları incelenerek işçinin temel ücretinin saptanabilmesi mümkün olabilmektedir. Özellikle dava dosyası içeriğinde işverenden sadır belgelerin bulunmadığı uyuşmazlıklar bakımından hizmet dökümünde prim gün sayısı ile prime esas kazanç tutarları karşılaştırılmak suretiyle bazı aylarda sabit bir şekilde prime esas kazanç miktarı görülüyorsa diğer delillerle de birlikte değerlendirilerek bu miktarın işçinin ilgili dönem temel brüt ücretini yansıttığı kabul edilebilmektedir. Daha ayrıntılı bir inceleme gerekiyorsa işçinin ilgili dönemlere ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerinin dava dosyası içeriğine alınması gerekecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri kapsamında işverence düzenlenen ve Kuruma gönderilen bildirgeler işvereni bağlamaktadır. Dolayısıyla usul hukuku bakımından bunlar işverenin aleyhine kanıt teşkil etmektedir[56]. Öte yandan işverenin savunmasına dayanak oluşturan bu deliller işçiyi bağlamayacak ve Kurum kayıtlarının aksine ücret miktarının daha yüksek olduğu iddiasında olan işçi, bu iddiasını her türlü delille ispatlayabilecektir. Şöyle ki; çalışma hayatında sigortasız işçi çalıştırmak yaygın olduğu gibi[57] bazı işverenler daha az vergi ya da sigorta primi ödemek amacıyla sözleşme veya bordrolarda gerçek ücretten daha düşük bir miktar göstermektedir. Dolayısıyla SGK'ya bildirilen prime esas kazanç miktarı gerçek durumu yansıtmayabilmektedir. İş mahkemelerine intikal eden birçok uyuşmazlıkta da ücretin bir kısmının elden ödendiği iddia edilmektedir. Esasen ücret miktarını ispat yükü işçide olmakla birlikte gerçek ücret her türlü delille ispat edilebilir[58]. Dosya içeriğinde yazılı delil bulunmayan ya da yazılı delillerin çelişkili olduğu, inandırıcı olmadığı hallerde genellikle tanık beyanları, emsal ücret araştırması ve Türkiye İstatistik Kurumu verilerinden yararlanılarak işçinin gerçek ücreti tespit edilmeye çalışılmaktadır[59].

E. İşten Çıkış Nedeninin Tespiti

İş sözleşmesini sona erdiren haller ikale, infisah ve fesih olarak sayılabilir. İş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği, fesih yoluyla sona ermişse feshin hangi tarafça gerçekleştirildiği ve feshin türü iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarına doğrudan etki etmektedir[60]. Öte yandan bunların ayrıntılı şekilde açıklanması

---

56 Özdemir (n 37) 134.

57 Kurumca re'sen tespit edilemeyen sigortalıların hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesinde hizmet tespit davası açması mümkündür. Hizmet tespit davalarında sigortalının gerçek ücreti de tespit edilmekte olup buna göre prime esas kazançları belirlenmektedir, Ermumcu (n 6) 913 vd.; Sözer, Gai Yorum (n 44) 649 vd.

58 Özdemir (n 37) 116-118; Yamakoğlu (n 47) 851 vd.

59 Yamakoğlu (n 47) 852; Çil (n 41) 91-93; Aydemir (n 50) 51-52.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek ve Başterzi (n 15) 541 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 458 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 15) 785 vd.; Ekmekçi ve Yiğit (n 15) 607 vd.

bu çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceğinden yalnızca SGK işten ayrılış bildirgelerinde yer alan 'işten çıkış kodu' ile ilgili önemli gördüğümüz hususları aktarmakla yetineceğiz.

Bilindiği üzere işten çıkış kodunun SGK ve İŞKUR uygulaması bakımından öncelikli amacı işçinin işsizlik sigortasından yararlanıp yararlanmayacağının tespit edilmesidir[61]. Öte yandan tek taraflı olarak işverence gösterilen işten ayrılış nedeni/çıkış kodu birçok durumda gerçek hukuki durumu yansıtmadığı gibi işverenlerin kötüye kullanımına da açıktır. Şüphesiz yargı yoluna başvurmak suretiyle gerçek hukuki durum tespit edilerek çıkış kodunun düzeltilmesi mümkündür[62]. Öte yandan kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan haklarına hızlı bir şekilde erişmeyi amaçlayan işçiler arabuluculukta işverenle anlaşmayı tercih edebilmektedir. Arabuluculuk görüşmelerinde işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanabileceği şekilde tarafların sözleşmenin sona erme nedeninde mutabakat sağlayabilmesi müzakere edilen konular bakımından işverenlere avantaj sağlamaktadır[63].

Konu özellikle işten ayrılış bildiriminde 29 kodunun kullanıldığı durumlar bakımından kamuoyunda rahatsızlık yaratmıştır. İşveren tarafından işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı sebebiyle iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda işten çıkış kodu bu şekilde gösterilmekteydi. Öte yandan işçinin hırsızlık yapması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde alarak gelmesi, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması gibi nedenler bu kapsamda değerlendirildiği gibi işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın belirli bir süre devamsızlık yapması, ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi de aynı bent kapsamında haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmektedir. Ancak işçiler kendi ahlak normları açısından bu haklı fesih nedenlerine aynı şekilde yaklaşmamaktadır. Covid-19 pandemisi dönemindeki fesih yasağına takılmak istemeyen işverenlerin bu çıkış kodunu (Kod-29) daha sık kullanması nedeniyle çalışma hayatında ve genel olarak toplum nezdinde kendilerine karşı önyargı oluştuğunu düşünen işçiler mağduriyet yaşadıklarını belirterek SGK'yı bu konuda değişiklik yapmaya zorlamıştır[64].

Sosyal Güvenlik Kurumu, 8 Nisan 2021 tarihinde, 22 Şubat 2012 tarihli ve 2013/11 sayılı Genelge'de değişiklik yapılmasına dair yeni bir genelge yayınlayarak birbirin-

---

61 Mülayim (n 10) 974.

62 SGK işten ayrılış bildirgesinde yer alan işten çıkış kodunun düzeltilmesine ilişkin açılacak tespit davalarında husumetin SGK'ya veya İŞKUR'a değil işverene yöneltilmesi gerekir, Yarg. 9. HD. 22.02.2024, E. 2024/270, K. 2024/3397; Yarg. 9. HD. 13.02.2024, E. 2023/19313, K. 2024/1982, Legalbank.

63 İşten çıkış kodu, işten ayrılış tarihinden itibaren 10 günlük süre içerisinde işveren tarafından sistem üzerinden kolaylıkla değiştirilebilmektedir. 10 günlük süre geçmişse işverenin ya da sigortalının düzeltme nedenlerine ilişkin kanıtlayıcı belgelerle İŞKUR müdürlüklerine başvurması gerekmektedir (Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2013/11 Sayılı Genelgesi).

64 Camkurt (n 10) 27.

den farklı fesih nedenlerinin tamamının aynı kod (Kod-29) ile bildiriminin çalışma hayatında belirsizliklere yol açtığını belirterek 41 nolu koddan sonra gelmek üzere işverenin haklı fesih nedenlerini İş Kanunu m. 25/II'de yer alan tüm bentleri ayrı ayrı göstermek suretiyle düzenlemiştir[65]. Ancak bu değişikliğin Kurum tarafından dikkate alınmadığını düşündüğümüz yönleri bulunmaktadır. Şöyle ki; sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesinde ortaya çıkan durum nedeniyle bu ilişkiye devam taraflardan biri için çekilmez hale gelmişse haklı nedenle derhal fesih hakkından söz edilmelidir. İşverenin 'ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık ve benzerleri' nedeniyle haklı fesih hakkının doğacağı haller İş K m. 25/II'de sayılanlarla sınırlı olmayıp, genel olarak işçinin yasal yahut sözleşmesel yükümlülüklerine aykırılık oluşturan benzer ağır davranışları işverene haklı fesih imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla İş K. m. 25/II'de sayılanlar dışında, bunlara benzer nedenler ortaya çıktığında iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi mümkündür[66]. Bunun gibi işveren, birden fazla haklı nedene dayanarak da sözleşmeyi feshedebilir. Bu durum işçinin birden fazla eylemiyle yükümlülüklerinin ihlali şeklinde olabileceği gibi işçinin aynı eylemi İş K. m. 25/II'de sayılan birden çok bent kapsamına da girebilir. Şu hâlde konu yargıya taşındığında iddia sahibi işverenin ileri sürdüğü haklı fesih nedenlerinden birini ispat etmesi yeterlidir[67]. Dolayısıyla SGK çıkış kodları ile fesih nedeninin uyuşmadığını düşünen işverenler '22-Diğer nedenler' kodunu daha sık kullanmaya başlayacaktır.

Esasen işverenin gösterdiği işten çıkış kodunun, kendi savunması ve belgeleri ile çelişmemesi gerekir[68]. Öte yandan yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde işveren tarafından yapılacak haklı fesihlerde SGK çıkış kodlarının tek başına işvereni bağlayacağını ileri sürmek doğru olmayacaktır[69]. Dolayısıyla yargıya taşınan bir uyuşmazlıkta işverenin yazılı fesih beyanında gösterdiği nedenlerin incelenmesi gerekecektir. Yüksek Mahkeme de işten ayrılma gerekçesini gösteren çıkış kodlarının

---

65 Hakan Keser, 'İş Sözleşmesinin İK.'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat' (2024) (51) Sicil İş Hukuku Dergisi 56-59.

66 Kemal Oğuzman, Hizmet 'İş' Akdinin Feshi (İsmail Akgün 1955), 42-44; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I (5. Bası, Beta 2014) 417-418.

67 Belirtilmelidir ki, işverenin haklı feshine neden teşkil eden vakıaları bildirmesi yeterlidir, ayrıca bunların hukuken nitelemesine gerek bulunmamaktadır. Birden fazla haklı nedenin varlığına rağmen fesih nedeni olarak bunlardan yalnızca biri gösterilir ve bu da ispat edilemezse, diğer nedenlere dayanmak artık mümkün olmaz, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 15) 807; Narmanlıoğlu (n 66) 410-411; Gaye Baycık, 'Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu' (2012) (35) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 83, 101-102.

68 Mülayim (n 10) 979-982.

69 *"…Fesih sebebi ile bağlılık ilkesi, iş sözleşmesini fesheden tarafın bildirdiği fesih nedeni dışında sonradan başka bir gerekçeye dayanamamasını ifade etmekte olup işten çıkış kodunda bildirilen kod dışında başka bir gerekçeye dayanılamaması anlamına gelmemektedir…",* Yarg. 9.HD., 11.05.2023, E. 2023/7457, K. 2023/6904, Legalbank.

uygulamada her zaman gerçek fesih nedenini göstermediğini ve sadece çıkış koduna dayalı olarak uyuşmazlığın çözümlenemeyeceğini isabetli olarak belirtmektedir[70]. İşveren tarafından bildirilen çıkış kodu işçinin lehine gözükse de dosya içeriğindeki diğer delillerle birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekir[71].

SONUÇ

SGK tarafından iş mahkemelerine birçok uyuşmazlıkta yeknesak olarak gönderilen belgeler; sigortalıya ait işe giriş bildirgeleri, işten ayrılış bildirgeleri, işyerlerine ait tescil bilgileri, işyeri ünvan listesi ile sigortalı adına SGK ile ilişkili gerçekleştirilen tüm işlemlerin dökümünün gösterildiği hizmet döküm cetvelidir. Bunun yanında uyuşmazlığın niteliğine göre Kurumdan zaman zaman başka bilgi ve belgelerin de talep edildiği görülmektedir. İşyerinde çalışan sigortalılara ilişkin aylık prim ve hizmet belgesi listesi ile asıl işveren alt işveren ilişkisi yahut geçici iş ilişkisinin mevcudiyeti halinde işverenler arasında akdedilen sözleşmeler bunlara örnektir. SGK kayıtları olarak adlandırılan bu belgeler bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde dava dosyası içeriğinde yer alan diğer delillerle birlikte değerlendirilmektedir. Konuyla ilgili önem arz ettiğini düşündüğümüz durumlar beş başlık altında özetlenebilir:

(i) İşçinin tabi olduğu kanun ile işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde işyerinin tescil bilgileri ve işçinin meslek kodu incelendikten sonra işyerinde çalışan işçi sayısının tespiti gerekiyorsa çalışan işçi sayısının önem arz ettiği tarihi de kapsayacak dönemlere ilişkin işverene ait işyeri (veya işyerlerine ait) APHB listesi/listeleri talep edilmelidir.

(ii) Yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta asıl işveren – alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi, birlikte istihdam, iş sözleşmesinin devri, işyeri devri yahut işverenler arasında organik bağ bulunduğu ileri sürülebilmektedir. İşverenler arasında işyeri devri bulunduğu iddia edildiğinde husumetin yöneltildiği işverenlere ait işyerlerinde işten çıkış tarihi ile işe girişinin yapıldığı tarih arasındaki sürenin ne kadar olduğu, işten çıkış kodunun ne şekilde gösterildiği her bir işverenin SGK'ya gönderdiği belgeler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi veya geçici iş ilişkisinde işverenler arasındaki sözleşmeler de Kurumdan talep edilmelidir. İşve-

---

70 Yarg. 22.HD. 25.9.2014, E.2014/19756, K.2014/25663, Legalbank.

71 *"Davacı, iş akdinin işverence haksız feshedildiğini ileri sürmüş, Mahkemece işçinin kıdemi ve Sosyal Güvenlik Kurumu kaydındaki fesih kodu 4 (işverenin haklı sebep bildirmeden belirsiz süreli iş akdini feshi) nedenleriyle kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulüne karar verilmiştir. Ancak davacının feshi gören tanığı … ile davalı tanıklarının davacının işten kendisinin çıktığını beyan ettikleri, tanıkların işveren feshi iddiasını teyit etmedikleri anlaşılmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu kaydındaki fesih kodu tek başına bağlayıcı olmadığı gibi tanık beyanları karşısında işçinin 3 yılı aşkın kıdemine değer vermeye de olanak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davasını işveren feshine dayandıran işçinin iş akdini kendisinin feshettiği anlaşıldığından kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine kabulü hatalıdır…".* Yarg. 9.HD, 22.10.2020, E.2017/17019, K.2020/13063, Legalbank.

renler arasında organik bağ bulunduğu iddia edildiğinde vergi dairesi ile ticaret sicili kayıtları ile birlikte SGK tarafından dosya içeriğine sunulu işyeri tescil bilgilerinden işyerlerinin adresi, yönetici ve ortakların bilgisi, işveren vekilinin, muhasebeci-mali müşavir/muhasebe yetkilisinin bilgileri karşılaştırılmalıdır.

(iii) İşçinin kıdem süresi ve fiili çalışmalarının tespitinde; öncelikle resmi kayıtlar, bu kapsamda özellikle SGK kayıtları belirleyici olmaktadır. İşyerinde işe başlanan tarih ile iş ilişkisinin sona erdiği tarihler, çalışmanın aralıklı olup olmadığı işe giriş ve işten ayrılış bildirgeleri ile hizmet dökümü cetvelinden kontrol edilmektedir. SGK kayıtları kıdem süresinin belirlenmesinde güçlü bir delil teşkil etmekteyse de bu delilin aksinin ispatı mümkündür.

(iv) İşçinin ücretinin tespitinde; sözleşmeler yanında banka hesap dökümü, bordrolar, ücret hesap pusulaları ve diğer deliller dikkate alınmaktadır. Bu noktada SGK kayıtları da önemli bir delil niteliğindedir. Özellikle dava dosyası içeriğinde işverenden sadır belgelerin bulunmadığı uyuşmazlıklar bakımından hizmet dökümünde prim gün sayısı ile prime esas kazanç tutarları karşılaştırılmak suretiyle bazı aylarda sabit bir şekilde prime esas kazanç miktarı görülüyorsa diğer delillerle de birlikte değerlendirilmek suretiyle bu miktarın işçinin ilgili dönem temel brüt ücretini yansıttığı kabul edilebilmektedir. İşçinin fiilen işyerinde çalışmadığı bir döneme ilişkin ücret tespiti gerekiyorsa işyerine ait APHB listeleri de SGK'dan talep edilmektedir. Buna göre o işyerinde çalışan ve işçiye emsal gösterilen işçilerin ücreti ile prim, ikramiye ve bu çeşit istihkaka ilişkin bilgiler incelenebilmektedir.

(v) İş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği, fesih yoluyla sona ermişse feshin hangi tarafça gerçekleştirildiği ve feshin türü iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarına doğrudan etki etmektedir. Bu noktada SGK işten ayrılış bildirgesinde yer alan işten çıkış kodunun gerçek hukuki durumu yansıtmayabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Şüphesiz yargı yoluna başvurmak suretiyle gerçek hukuki durum tespit edilerek çıkış kodunun düzeltilmesi mümkündür. Esasen işten çıkış kodunun SGK ve İŞKUR uygulaması bakımından öncelikli amacı işçinin işsizlik sigortasından yararlanıp yararlanmayacağının tespit edilmesidir. Kanaatimizce mevcut haliyle çıkış kodları, işçinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik temel ilkelere aykırılık teşkil etmektedir[72]. Dolayısıyla amacına uygun şekilde bu kodların tekrar gözden geçirilmesi gerekir.

[72] İşçinin kişisel verileri, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının ihlali bakımından konunun ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Camkurt (n 10) 42 vd.; Keser (n 65) 56 vd.

KAYNAKÇA

Arslan Durmuş S, İş Hukukunda Kıdem Kavramı (On İki Levha 2021)

Aydemir M, 'İş Hukukunda Belgelerin İtibarsızlığı' (2022) (47) SİCİL İş Hukuku Dergisi 45-75

Baycık G, 'Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu' (2012) (35) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 77-104

Camkurt MZ, 'SGK İşten Çıkış Kodlarının "Masumiyet Karinesi" ve İşçinin "Lekelenmeme Hakkı"na Aykırılığına Yönelik Değerlendirme' (2023) (18) İş ve Hayat 21-62

Centel T, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku (On İki Levha 2021)

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (36. Bası, Beta 2023)

Çil Ş, '6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller' (2014) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 87-102

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, Bireysel İş Hukuku, (5. Bası, On İki Levha 2023)

Ermumcu S, 'Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı' (2021) (69) Çalışma ve Toplum Dergisi 899-928

Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, Sosyal Güvenlik Hukuku (20. Bası, Beta 2024)

Keser H, 'İş Sözleşmesinin İK.'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat' (2024) (51) Sicil İş Hukuku Dergisi 52-75

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, İş Hukuku (7. Bası, Lykeion, 2022)

Mülayim BO, 'İşten Çıkış Kodunun Önemi ve Düzeltilmesi' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 972-1000

Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I (5. Bası, Beta 2014)

Oğuzman K, Hizmet 'İş' Akdinin Feshi (İsmail Akgün 1955)

Özdemir E, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları (Beta 2006)

Süzek S ve Başterzi S, İş Hukuku (24. Bası, Beta 2024)

Sözer AN, 'Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum-Eşyanın Tabiatı ve Hayatın Olağan Akışı' (2016) (50) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 631-697

Sözer AN, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku (6. Bası, Beta 2023)

Sümer HH ve Kayırgan H, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları (3. Bası, Seçkin 2022)

Sümer HH, Sosyal Güvenlik Hukuku (4. Bası, Seçkin 2023)

Tuncay AC, Ekmekçi Ö ve Gülver E, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (22. Bası, Beta 2023)

Yamakoğlu E, 'İşçinin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Tazminat ve Alacaklarına Esas Ücretinin Tespiti' (2024) 30 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 839-860

Yılmaz H, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti' (2019) (145) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 449-493

Yücel M, 'Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler' (2016) 2 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75-111

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683948

TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU CAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

The Law Applicable to Life Insurance Contracts Containing Foreign Elements under Turkish Law

Erman EROĞLU*

Özet

Gelişen dünyayla birlikte sigorta sözleşmeleri uluslararası nitelik kazanmıştır. Bu sebeple sigorta uyuşmazlıklarında kanunlar ihtilafı gündeme gelmiştir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan sigorta sözleşmelerinin niteliğine göre uygulanacak hukuk değişiklik gösterebilmektedir. Sigorta sözleşmelerinde genel kural olan sözleşmelere uygulanacak hukuk hükümleri esas alınarak uygulanacak hukukun tespiti gerektiği belirtilmektedir. Ancak can sigortaları gibi tüketici niteliğini haiz sözleşmelerde uygulanacak hukukun tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk kapsamında da değerlendirilmesi söz konusu olabilmektedir. 26.maddede düzenlenen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile 24.maddede düzenlenen ve genel kural olan sözleşmelere uygulanacak hukuk farklı hükümler içermektedir. Bu bakımdan can sigorta sözleşmelerinin Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre vasıflandırması yapılarak uygulanacak hukukun belirsizliğinin giderilmesine ilişkin önerilerde bulunulmaktadır. Bu çalışmada can sigorta sözleşmelerinin hukuki niteliğinden yola çıkılarak ve yargı kararları esas alınarak can sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti yapılarak tespitlerde bulunulmakta ve uygulamadaki eksikliklerin giderilmesine ilişkin önerilerde bulunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta sözleşmesi, can sigortası, uygulanacak hukuk, doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni

Abstract

The globalization of the insurance industry has resulted in the incorporation of foreign elements into insurance contracts, particularly in light of the expansion of the developing world. As a result, legal disputes have emerged regarding the application of laws to insurance-related matters. It is notable that the Law No. 5718 on International Private Law and Procedure does not specify particular provisions regarding the legislation applicable to insurance contracts. The applicable law may be contingent upon the specific type of insurance contract in question. It is widely accepted that the law governing contracts should serve as the basis for determining the applicable law. In the case of consumer contracts, such as life insurance, the relevant legislation may be assessed

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.07.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye, erman.eroglu@asbu.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-1371-3240

in accordance with the laws governing consumer contracts. It is evident that there are significant discrepancies between the overarching principles governing contractual agreements, as outlined in Article 24, and the specific legislation pertaining to consumer contracts, as delineated in Article 26. Consequently, it is prudent to categorize life insurance contracts in accordance with the tenets of Turkish international private law to ensure clarity regarding the applicable jurisdiction. This research, based on a synthesis of judicial precedents and the legal character of life insurance contracts, aims to ascertain the most appropriate legal framework and offer recommendations for addressing practical challenges.

Keywords: Insurance contracts, life insurance, applicable law, overriding mandatory rules, public policy

GİRİŞ

Sigorta, iktisadi ve sosyo-ekonomik etkenlerle yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelmiş, kişilerin karşılaşabilecekleri tehlikelerin doğuracağı zarar ve masraflardan korunmalarını sağlamak amacıyla geliştirilmiş bir hukuki müessesedir.[1] Sigorta sözleşmeleri, gerçek ve tüzel kişilere gelecekteki olası tehlikelere karşı menfaatlerini koruma imkânı sunar. Ancak, küreselleşen dünyada sigorta ilişkileri giderek daha fazla devletle bağlantılı bir yapıya bürünmektedir. Bu durum, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin farklı hukuk sistemlerine tabi olma olasılığını artırarak kanunlar ihtilafını gündeme getirmektedir.[2] Dolayısıyla, sigorta sözleşmelerinde hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorunu önem kazanmaktadır.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarında, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda sigorta sözleşmelerine, genel hükümler doğrultusunda, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak sigorta sözleşmelerinde güvence altına alınan menfaatlerin taraflarından biri, bazı durumlarda tüketici sıfatını taşımaktadır. Bu durumda, milletlerarası özel hukuk bakımından, taraflardan birinin tüketici sıfatıyla akdettiği sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi önem arz etmektedir. Çalışmanın ana konusu, özellikle can sigortalarında olduğu gibi taraflardan birinin tüketici niteliğini haiz olduğu sözleşmelerde, hangi hukukun uygulanacağının tespit edilmesidir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)[3] çerçevesinde, sigorta sözleşmelerine ilişkin davalarda yetkili mahkemeye dair özel

---

1 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku (5.Baskı, Yetkin 2023) 1; Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (8.Baskı, Turhan 2012) 5; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Öğüz, Sigora Hukuku (3.Baskı, Filiz 2020) 2; Noleen John, Charlie Weston-Simons ve Laura Hodgson, Insurance Law Handbook (5.Baskı, Bloomsbury Professional 2022) 3; Jeffrey W. Stempel, Peter N. Swisher ve Erik S. Knutsen, Principle of Insurance Law (4.Baskı, LexisNexis 2012) 47; Ray Hodgin, Insurance Law Text and Materials (2. Baskı, Candeish Publishing Limited 2002) 2.

2 Raymond Cox, Louise Merrett, Marcus Smith, Private International Law of Reinsurance and Insurance (Routledge 2014) 3; Francesco Seatzu, Insurance in Private International Law A European Perspective (Hart 2003) 27.

3 Kanun Numarası:5718, Kabul Tarihi:27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

bir düzenleme bulunmakla birlikte, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. Bu eksiklik, uygulamada hangi ülke hukukunun geçerli olduğu konusunda belirsizlikler yaratmaktadır. Sigorta sözleşmelerinin özellikleri ve niteliklerine göre hangi hukuk kurallarının uygulanacağı, tarafların hukuki güvenceleri açısından önem taşır. Özellikle can sigorta sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti, sigorta ilişkisine taraf olan bireylerin korunması açısından büyük önem taşımaktadır.

Doktrinde, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun, MÖHUK m.24 kapsamında düzenlenen sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin genel kurallara tabi olduğu genel kabul görmektedir. Ancak sigorta sözleşmesinin tüketici niteliğinde olması durumunda, m.26'da düzenlenen tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği ifade edilmektedir.[4] Bu bağlamda, can sigorta sözleşmelerinin hukuki niteliğinden hareketle Türk hukuk doktrinine katkı sağlanması hedeflenmektedir.

Bu çalışmanın ana konusu, can sigortalarına uygulanacak hukukun MÖHUK m.24 ve m.26 çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu konudaki belirsizliğin giderilmesine yönelik çözüm önerileri geliştirilmesidir. Bu amaç doğrultusunda, çalışmada can sigorta sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)[5], 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)[6] ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK)[7] esas alınarak gerçek ve tüzel kişiler açısından kapsamlı değerlendirmeler yapılmıştır. Bu yolla, can sigortalarının tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği durumlar irdelenerek, uygulanacak hukuk bakımından yol gösterici çözümler sunulmaya çalışılmıştır.

I. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN CAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sigorta kavramının ortaya çıkışındaki temel dayanak, bireylerin karşılaştıkları zararların maliyetini tek başına üstlenmelerinin ağır bir yük oluşturmasıdır. Bireyler ve kurumlar, risk teşkil eden durumlara karşı önlem almak ve ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla sigorta kurumunu, yani hukuki ve ekonomik bir müesseseyi oluşturmuşlardır.[8] Sigortanın temelinde, zarara uğrayan kişinin kaybının, benzer risklerle karşı karşıya olabilecek diğer kişiler arasında paylaştırılması

[4] Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku (22. Baskı, Beta 2017) 333; Nuray Ekşi, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (Beta 2012) 17; Sedat Sirmen, 'Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 26(3) BATIDER 41, 61.

[5] Kanun Numarası:6502, Kabul Tarihi:7.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

[6] Kanun Numarası:6102, Kabul Tarihi:13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

[7] Kanun Numarası:5684, Kabul Tarihi:3.6.2007, RG 14.6.2007/26552.

[8] Robert Merkin, Insurance Law An Introduction (Routledge 2014) 1; C.L. Tyagi ve Madhu Tyagi, Insurance Law and Practice (Atlantic 2007) 2.

yatar.[9] Günlük yaşamın ve ekonomik işleyişin sürdürülebilirliği için, henüz bir zararla karşılaşmamış pek çok kişinin sağladığı katkılarla maddi yük, tek bir kişinin omzuna değil, birden fazla kişi arasında dağıtılmaktadır.[10]

Sigorta hukuku, niteliği gereği özel sigorta hukuku ve sosyal sigortalar hukuku olmak üzere iki ana dala ayrılır. Sosyal sigorta, belirli bir toplumun sosyal güvenliğini sağlamak amacıyla yasalarla zorunlu kılınan bir sigorta türüdür. Bu çalışmanın odak noktası ise özel sigorta türüdür. Özel sigorta, bireylerin menfaatlerini, özgür irade çerçevesinde, ortaya çıkabilecek risklerin doğuracağı zararlardan koruma amacıyla yapılan sözleşmelerle güvence altına alır. Türk hukukunda özel sigorta türleri çeşitli şekillerde sınıflandırılmakta olup, bu çeşitliliğe göre de farklı kategorilere ayrılmaktadır. 6102 sayılı TTK'ya göre, özel sigorta türleri zarar sigortaları ve can sigortaları olarak ikiye ayrılır. Bunun yanı sıra, meblağ sigortaları gibi farklı ayrımlar da yapılmakta ve sigortalar isteğe bağlı olup olmamasına göre de sınıflandırılabilmektedir. Ayrıca, katılım sigortaları da bir başka ayırım konusudur. Bu çalışmanın konusu yabancı unsurlu can sigortalarına uygulanacak hukuk olduğundan, öncelikle can sigortalarına değinmek gerekmektedir.

6102 sayılı TTK, can sigortalarını özel düzenlemelerle ele almaktadır. Sigorta hukukuna ayrılmış olan TTK'nın altıncı kitabında, "Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler" başlığı altında can sigortalarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanun kapsamında can sigortaları üç ana başlık altında sınıflandırılmaktadır: hayat sigortası, kaza sigortası ve hastalık ile sağlık sigortası.

A. Türk Hukukunda Can Sigorta Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Can sigortaları, diğer sigorta türlerinden belirli farklılıklar içerir. Bu farklılıkların başında sigorta bedeli gelmektedir. Zarar sigortaları, sigortalının ekonomik olarak ölçülebilir menfaatini belirli bir prim karşılığında teminat altına alma esasına dayanmaktadır. Bu çerçevede, bir riskin gerçekleşmesi durumunda sigortacı, sigortalının uğradığı gerçek zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak bu sorumluluk, sigorta sözleşmesinde belirlenen sigorta bedeli ile sınırlıdır. Gerçek zararın karşılanması ilkesi doğrultusunda, zarar sigortalarında çifte sigorta, aşkın sigorta ve eksik sigorta gibi hükümler büyük önem taşımaktadır. Öte yandan, can sigortalarında, özellikle hayat sigortalarında, zarar kavramından söz edilemez. Bu nedenle, sigorta sözleşmesinde belirtilen olayın gerçekleşmesi hâlinde sigorta bedelinin doğrudan ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, zarar sigortalarına özgü olan çifte sigorta, aşkın sigorta ve eksik sigorta gibi hükümler can sigortalarına uygulama alanı bulamaz. Bir diğer önemli fark ise sigorta menfaati konusundadır. Zarar sigortalarında sigorta teminatı, sigortalının para ile ölçülebilir bir menfaatini güvence altına almaktadır.

---

[9] Rayegan Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, (17. Baskı, Onikilevha 2021) 1-8; Mertol Can, Türk Özel Sigorta Hukuku, C I (1. Baskı, Adalet 2018) 6; Şaban Kayıhan ve Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (Umuttepe 2018) 181.

[10] Tamer Bozkurt, Sigorta Hukuku (12.Baskı, Onikilevha 2021) 19.

Bu nedenle, sigorta sözleşmesi yapılırken sigortalanan menfaatin mevcut olması gerekmektedir. Eğer sigortalı menfaat sözleşmenin kurulması sırasında mevcut değilse sözleşme geçersiz sayılmaktadır. Aynı şekilde, sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde bu menfaat ortadan kalkarsa sigorta sözleşmesi de sona ermektedir. Buna karşılık, hayat sigortalarında sigorta ettirenin kendi hayatını sigortalatması açısından böyle bir menfaat şartı aranmaz. Sigorta ettiren, kendi hayatını veya bir başkasının hayatını ölüm ya da hayatta kalma riskine karşı sigortalayabilmektedir. Ancak, bir başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için sigorta lehtarının, bu kişinin yaşamının devamında meşru bir menfaate sahip olması gerekir. Halefiyet ilkesi de zarar sigortaları açısından önemli bir fark yaratmaktadır. Bu ilkeye göre, sigortacı, ödediği tazminat miktarı kadar sigortalının yerine geçerek zarardan sorumlu kişilere dava açma hakkına sahip olmaktadır. Sorumluluk sigortalarında da bu ilke belirli ölçüde uygulanmaktadır. Ancak, hayat sigortalarında halefiyet hakkı tanınmaz. Bir başka deyişle, hayat sigortasında sigorta bedelini alan kişiler, zarara neden olan üçüncü şahıslara karşı sahip oldukları tazminat hakkını sigorta şirketine devredemez. Buna karşılık, kaza sigortalarında tedavi giderleri gibi tazminat niteliğindeki ödemelerde sigortacının halefiyet hakkı bulunmaktadır. Zarar sigortalarında sigortalının ekonomik menfaatine zarar verebilecek bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizdir. Buna karşın, hayat sigortalarında sigortalanan olayın gerçekleşeceği kesin olup yalnızca zamanı belirsizdir.[11]

TTK m. 1487 ve devamı hükümlerinde can sigortaları; hayat, kaza, hastalık ve sağlık sigortası başlıkları altında incelenmiştir. TTK m.1487'de düzenlenen hayat sigortası, sigortacının belirli bir prim karşılığında, sigorta ettiren ya da onun tayin ettiği kişiye, sigorta ettirenin vefatı veya hayatta kalması durumunda önceden belirlenen sigorta bedelini ödemeyi taahhüt ettiği bir sigorta türüdür. TTK m.1507(1)'de yer alan kaza sigortası ise, sigortalının geçirebileceği kaza sonucunda ölüm, geçici ya da kalıcı sakatlık veya iş göremezlik durumlarını belirli bir prim karşılığında güvence altına almaktadır. Bir diğer can sigortası türü olan hastalık ve sağlık sigortası, TTK m.1512(1)'de düzenlenmiştir ve sigorta süresi boyunca meydana gelebilecek belirli hastalıklar için sigorta teminatı sağlamaktadır. Bu sigorta türü, sözleşmede belirtilen hastalıkların ortaya çıkması durumunda, tedavi masraflarının sigortacı tarafından karşılanmasını amaçlamaktadır. Bu üç farklı türde can sigortasının ortak yönü, insan hayatına ilişkin riskleri güvence altına almasıdır. Bu riskler arasında ölüm, hastalık, kaza sonucu yaralanma veya sakatlık ve yaşlılık gibi durumlar bulunmaktadır.[12] İnsan hayatıyla doğrudan ilişkili olan hayat, kaza ve hastalık ile sağlık sigortaları, çalışmanın temel konusunu teşkil etmektedir. Ferdi olarak yapılabilen bu sigorta türlerinde, sigorta ettiren kişi tüketici sıfatını taşıyabilmektedir. Türk milletlerarası özel hukukunda tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka

---

[11] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 352-356; Bozkurt (n 10) 259267; Mehmet Özdamar ve Burak Doğan, *Sigorta Hukuku* (Seçkin 2021) 141-144.

[12] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 110.

ilişkin özel düzenlemeler mevcut olup, bu bağlamda can sigorta sözleşmelerinin niteliğinin doğru belirlenmesi önem arz etmektedir.

1. Hayat Sigortası

Hayat sigortası, bireylerin yaşlanma, çalışma gücü kaybı veya beklenmedik ölüm gibi durumlara karşı mali güvence sağlamak amacıyla yaptırdığı bir sigorta türüdür. Sigorta ettiren, kendisi veya üçüncü bir kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yaparak, ölüm veya hayatta kalma durumlarına bağlı olarak sigorta bedeli alabilmektedir. Hayat sigortası, sigortacının belirli bir prim karşılığında, sigortalının ölümü veya belirli bir süre hayatta kalması halinde ödeme yapmayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Taraflar, sigortacı (sigorta şirketi) ve sigorta ettiren (sigortayı yaptıran kişi) olup, sigortalı ve lehtar (hak sahibi) da sözleşmede yer alabilmektedir. Hayat sigortası farklı türlere ayrılır. Ölüm teminatlı hayat sigortasında, sigortalının vefatı halinde belirlenen lehtara ödeme yapılmaktadır. Sigorta ettiren, kendi lehine veya bir başkası lehine sigorta yaptırabilmektedir. Yaşama teminatlı hayat sigortasında ise sigortalı belirli bir süre boyunca hayatta kalırsa, sigorta bedeli ona ödenmektedir. Keza tontin, bir grup tarafından toplanan fonların, belirli bir tarihte hayatta kalanlara dağıtılmasını esas almaktadır. Bununla birlikte, grup hayat sigortası ise en az on kişiyi kapsayan ve belirli bir grup adına yapılan sigortadır. Sigorta ettiren, prim ödeme yükümlülüğünün olmasıyla birlikte sigortadan ayrılma, ödünç alma, lehtar değiştirme gibi haklara da sahiptir. Sigortacı ise primleri toplamakta ve sigorta teminatlarını sağlamaktadır. Özel durumlar arasında sigortalının intiharı halinde sigorta sözleşmesinin üç yıldan uzun süredir devam etmesi durumunda sigorta bedelinin ödenmesi yer almaktadır. Sigorta ettiren veya lehtar sigortalıyı öldürürse, sigorta bedeli mirasçılara ödenmektedir. Sigortacının iflası durumunda, rakamsal karşılıklar hak sahiplerine ödenmektedir. Sigorta sözleşmesi, sürenin dolması, rizikonun gerçekleşmesi, fesih, cayma veya sigortacının iflası gibi nedenlerle sona erebilmektedir.[13]

2. Kaza Sigortası

Kaza sigortası, kişinin yaşamı boyunca karşılaşabileceği kazalar sonucunda ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da iş göremezlik durumlarına karşı güvence sağlayan bir sigorta türüdür. Kaza sigortası, sigortalının belirli bir süre içinde yaşadığı kazalar nedeniyle oluşan zararları karşılamak amacıyla yapılmaktadır. Kaza sigortaları, tek başına düzenlenebileceği gibi farklı sigorta paketlerine de dahil edilebilmektedir.

Kaza, ani ve harici bir olay sonucunda sigortalının iradesi dışında ölmesi veya bedensel zarara uğraması olarak tanımlanmaktadır. Sigorta poliçesi, hangi kazaların kapsam dahilinde olduğunu belirtmektedir. Beklenmedik olaylar ve bazı ek durumlar teminat altına alınırken, hastalıklar, intihar, aşırı alkol veya uyuşturucu kullanımı gibi durumlar kapsam dışı bırakılmıştır.

[13] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 355-383; Barış Günay, *Sigorta Hukuku* (3. baskı, Seçkin 2021) 237-249; Bozkurt (n 10)272-282; Özdamar ve Doğan (n 12) 149-172.

Sigorta sözleşmesi, sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılmaktadır. Sigorta ettiren kişi, kendisi için ya da bir başkası adına sigorta yaptırabilmektedir. İşverenler çalışanları için kaza sigortası yaptırması buna bir örnek teşkil etmektedir. Bununla birlikte bazı kaza sigortaları zorunludur. Trafik kazalarına karşı yolcu güvenliği için Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası ve maden işçileri için güvence sağlamak amacıyla getirirken Maden Çalışanları İçin Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası buna örnek gösterilebilir. Kaza sonucu ölüm gerçekleşirse, belirlenen sigorta bedeli sigorta ettirene, poliçede belirtilen lehtara veya hak sahiplerine ödenmektedir. Engellilik veya iş göremezlik durumlarında tazminat doğrudan sigortalıya verilmektedir. Tedavi giderleri, poliçede aksi belirtilmedikçe sigortacı tarafından karşılanmaktadır.

Kaza sigortası, hayat sigortasına benzerlik gösterse de zarar sigortalarının bazı özelliklerini de içermektedir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, hayat sigortalarına ilişkin bazı düzenlemeler kıyasen uygulanabilmektedir. Sigorta ettirenin, sigortalı kişiyle maddi veya manevi bir menfaat ilişkisi bulunması gerekmektedir. Sonuç olarak, kaza sigortası, sigortalıyı kazalara karşı maddi olarak koruyan ve çeşitli teminatlar sunan bir sigorta türüdür.[14]

3. Hastalık ve Sağlık Sigortası

Devlet, anayasal sosyal devlet anlayışı gereği vatandaşlarına sağlık güvencesi sağlamakla yükümlüdür. Ancak özel sağlık sigortaları, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sunduğu hizmetlerin dışında ek sağlık güvencesi sağlamaktadır. Hastalık sigortası, sigorta süresi içinde sigortalının sağlığının bozulması hâlinde belirli bir bedelin ödenmesini kapsamaktadır. Teminat kapsamına, sözleşmede belirtilen hastalıkların sözleşme süresi içinde ortaya çıkması girmektedir. Sigorta değeri açısından, bir kişinin birden fazla sigorta yaptırabilmesi mümkündür. Sigortalı, kendisi dışında bir lehtar tayin edebilmektedir.

Sağlık sigortası ise hastalık sigortasından farklı olarak hem meblağ sigortası hem de zarar sigortası şeklinde yapılabilmektedir. Bu sigortada, poliçede belirtilen risklerin gerçekleşmesi durumunda belirli bir bedelin ödenmesi veya hastane ve tedavi masraflarının karşılanması sağlanmaktadır. Lehtar tayini mümkün olmamakla birlikte; sigorta ettiren yalnızca kendisi veya menfaati olan bir üçüncü kişi için sigorta yaptırabilmektedir.[15]

II. YABANCI UNSURLU CAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Can Sigortalarında Yabancılık Unsuru

MÖHUK m.1'de açık bir biçimde ifade edildiği üzere, milletlerarası özel hukukun bir sözleşmeye uygulanabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın birden fazla

---

[14] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 383-387; Günay (n 13) 250-254; Bozkurt (n 10) 283-284; Özdamar ve Doğan (n 12) 177-179.

[15] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 388-394; Günay (n 13) 254-256; Bozkurt (n 10) 284-289; Özdamar ve Doğan (n 12) 180-184.

devletin hukukuyla bağlantısı bulunması gerekmektedir. Yabancılık unsurunun açık bir biçimde belirtilmiş olması karşısında yabancılık unsurunu kazandıran kriterlere kanun metninde yer verilmediği görülmektedir.[16] Esasında yabancılık unsuru forum devleti dışındaki yabancı bir hukuk ile bağlantıyı gösteren maddi olgudur. Bu itibarla, hukuki ilişkinin tarafları açısından bakıldığında bu durum ilgilinin vatandaşlığı, yerleşim yeri ya da mutad meskeninin yabancı olması gibi unsurlar bakımından yeterlidir.[17] Hukuki işlemler açısından bakıldığında ise yapıldığı yerin farklı bir ülkede olması hukuki işleme yabancılık unsurunu kazandıracaktır.[18] Ayrıca sözleşmesel ilişki bakımından tarafların işyeri, borcun konusunun bulunduğu yer, sözleşmenin yapıldığı yer veya borcun ifa yeri üzerinden belirlenebilmektedir.[19]

Milletlerarası özel hukuk yönünden can sigorta sözleşmelerinin değerlendirilebilmesi için ilgili sigorta sözleşmelerinde yabancılık unsurunun bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinde; sigortacının veya sigorta ettirenin yabancı bir devletin vatandaşı olması ya da sigorta sözleşmesinin yabancı bir devletteki rizikoyu içeriyor olması sigorta sözleşmesine yabancılık unsuru katmakta esaslıdır.[20] Doktrinde, yabancılık unsurunun geniş yorumlanması suretiyle sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanacağı konusunda bir anlaşmaya varılmış olması halinde sözleşmede yabancılık unsurunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır.[21]

Yabancılık unsurunun tespiti bakımından sigorta ettiren ya da sigortacının yabancı olması sigorta sözleşmelerine yabancılık unsuru katmaktadır. SK m. 15(1) hükmü uyarınca Türkiye'de yerleşik kişiler Türkiye'deki sigortalatılabilir menfaatlerini yalnızca Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine yaptırmak zorundadır. Gerek SK m.3(5) gerek Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmeliği[22] m.5(4) hükmü gerekse Sigortacılık Sektöründeki Uluslararası Faaliyetlere İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı[23] m.1 hükmü ele alındığında yabancı sigorta ve reasürans şirketlerinin Türkiye'de faaliyette bulunabilmesi için Türkiye'de şube açmaları zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim Türkiye'de sigorta faaliyetlerinde bulunmaya yetkilendirilmiş şirketler Türk hukukuna göre sigortacılık alanında faaliyette bulunmak üzere kurulmuş olan anonim şirketler ve kooperatiflerdir. Bu bakımından yabancı bir sigorta şir-

16 Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, Milletlerarası Özel Hukuk (2.Baskı, Onikilevha 2023) 10

17 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 16) 9.

18 Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk (11. Baskı, Vedat, 2024) 69.

19 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 18) 70.

20 Sirmen (n 4) 45.

21 Ekşi (n 4) 17.

22 RG 24.08.2007/26623.

23 BK 2007812467.

ketinin Türkiye'de faaliyette bulunmak amacıyla bir anonim şirket kurması ya da Türkiye'de faaliyette bulunan bir şirkete ortak olması durumunda, ilgili şirket yabancı olmaktan çıkmakta ve yabancı sermayeli Türk şirketine dönüşmektedir.[24] Sigorta ettirenin yabancı olması durumunda yabancılık unsuru gerçekleşmekte ve uygulanacak hukuka ilişkin irade serbestisi doğmaktadır. Ancak Türk vatandaşları açısından durum farklılık arz etmektedir. Türk vatandaşları kural olarak Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine sigorta yaptırmak zorundadır. Yurt dışında yaptırılacak sigortalar başlığını taşıyan SK m.15'in ikinci fıkrasında kişilerin Türkiye dışında sınırlı sebeplerle yabancı sigorta şirketlerine sigorta yaptırabilecekleri düzenlenmiştir. İlgili fıkranın (ç) ve (d) bentlerine göre; hayat sigortaları ile ferdi kaza, hastalık ve sağlık sigortaları yurtdışında yaptırılabilmektedir. Hayat sigortaları konusunda özel bir kısıtlama getirilmemesine karşın ferdi kaza, hastalık ve sağlık sigortaları bakımından özel bir kısıtlama getirilmektedir. Bu bakımdan kişilerin Türkiye haricinde bulundukları süre ile sınırlı olmak şartıyla ya da geçici olarak yurtdışında kaldıkları sırada ferdi kaza, hastalık ve sağlık sigortalarını yurtdışında yaptırılabilmelerine cevaz verilmiştir. Yabancılık unsurunun tespiti riziko açısından değerlendirildiğinde sigortalanabilir rizikonun yurtdışında olması yabancılık unsurunu sağlayan bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Can sigortaları özelinde sigorta ettiren ile sigortalı kavramları her zaman aynı kişide buluşmayabilmektedir. Bir can sigortası türü olan hastalık ve sağlık sigortalarında sigorta ettiren ile sigortalı ayrılabilmektedir. Örneğin; Kazakistan'da faaliyette bulunan bir şantiyedeki işçiler için sigorta ettiren tüzel kişi tacir iken sigortalılar Kazakistan'daki işçilerdir. Bu bakımdan sigortalanan riziko başka bir devlette olduğu için yabancılık unsurunun gerçekleştiği söylenebilmektedir.[25]

B. Can Sigortalarında Uygulanacak Hukuk

MÖHUK'ta sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetki konusu kanunda açık bir biçimde düzenlenmiş olmasına karşın yabancı unsurlu sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme mevcut değildir. Yargıtay kararlarında tarafların tüketici olmadığı sigorta sözleşmelerinde 24.mad-

[24] Türkiye'de kural olarak sigorta faaliyetini Türk şirketlerini yapması esastır. Yabancı sigorta şirketleri Türkiye'de ancak şube açmak yoluyla sigortacılık faaliyetinde bulunabilirler. Yabancıların Türkiye'de sigortacılık faaliyetleri için bkz. Mesut Aygün, Türk Yabancılar Hukuku Açısından Yabancı Sigorta Şirketlerinin Türkiye'de Faaliyette Bulunması (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi 2002).

[25] Bu durum Yargıtay'ın 1997 tarihli bir kararına da konu olmuştur. İlgili kararda Türk vatandaşının Almanya'da ikamet ettiği sürede bu süreyi kapsar bir biçimde yurt dışında da geçerli olacak şekilde Alman sigorta şirketine yaptırmış olduğu sağlık sigortası ile alakalı olmasıdır. Türkiye'ye dönen sigorta ettiren, sigorta süresi içerisinde rizikonun gerçekleştiğini ve uyuşmazlıkla ilgili davayı Türkiye'de açmıştır. Davalı Alman sigorta şirketi MÖHUK m.24'e dayanarak davada Alman hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemenin ilgili hükmü dikkate almaksızın hüküm kurmuş olması sebebiyle temyizinin kabulüne karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1997/3609, K: 1997/5636, KT: 19.6.1997.

denin uygulanacağı açıklıkla belirtilmiştir.[26] Öte yandan doktrinde tüketici işlemi niteliğinde olan sigorta sözleşmelerine 26.maddenin uygulanması gerektiği belirtilmektedir.[27] Bu bakımdan can sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde sözleşmenin niteliğinden yola çıkılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, can sigorta sözleşmelerinin niteliği itibarıyla tüketici işlemi olarak değerlendirilebildiği durumlar bulunmaktadır. Bu bağlamda, can sigortalarına uygulanacak hukukun belirlenmesinde, tüketici niteliği taşıyan ve taşımayan can sigorta sözleşmeleri arasında bir ayrım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk, bu iki durum için farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, bu iki durumun ayrı ayrı incelenmesi daha isabetli olacaktır. Öncelikle, tüketici işlemi niteliği taşıyan can sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi, ardından bu nitelikte olmayan sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

1. Sigorta Ettiren Açısından Uygulanacak Hukuk

Sigorta sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, uygulanacak hukukun tespitine yönelik temel bir süreçtir. Sigorta sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda hukuki niteliğin tespiti, genellikle bir vasıflandırma meselesi olarak değerlendirilmektedir. Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda vasıflandırma işlemi, *lex fori* ilkesine göre gerçekleştirilmektedir.[28] Bu bağlamda, sigorta sözleşmelerinin hukuki niteliğinin vasıflandırılması, her somut olayda farklı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir ve uygulanacak hukuk da bu doğrultuda değişkenlik gösterebilmektedir.

Kanun koyucu, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku özel olarak düzenlememiştir. Bu nedenle, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde genel kural niteliğinde olan MÖHUK m.24 hükmüne başvurulması gerekmektedir. Ancak, sigorta sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde, uygulanacak hukukun farklılık göstereceği açıktır. Zira Kanun, tüketici sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemeleri MÖHUK m.26 hükmünde yer almıştır. Bu bağlamda, sigorta sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliği taşıması durumunda, uygulanacak hukukun MÖHUK m.26 kapsamında belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu yaklaşım, tüketici haklarının korunması ve ilgili sözleşmelerin niteliğine uygun hukuk kurallarının uygulanması açısından daha isabetli olacaktır. [29]

Tüketici sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması durumunda, tarafların hukuk seçimine belirli sınırlamalar getirilerek tüketicinin asgari düzeyde korunması sağlanmaktadır. Bu düzenlemeler,

---

[26] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2014/28, K:2015/1745, KT: 24.06.2015.

[27] Nomer (n 4) 333; Ekşi (n 4) 17: Sirmen (n 4) 61.

[28] Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 16) 93; Nomer (n 4) 100; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk (16.Baskı, Beta 2020) 80; Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku (2.Baskı, Yetkin 2021) 51; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 18) 58.

[29] Nomer (n 4) 333; Ekşi (n 4) 17; Sirmen (n 4) 61.

zayıf tarafın korunması ilkesini temel alır ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde, tüketicinin haklarının ihlal edilmemesi amacıyla hukuk seçimi serbestisine kısıtlamalar getirilir. [30]

Buna karşılık, sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğinde olmaması durumunda, sözleşmenin hukuki vasfı değişecek ve MÖHUK m.24 uygulama alanı bulacaktır. Ancak 24. maddede, zayıf tarafın korunmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, sigorta sözleşmeleri tüketici niteliğinde değerlendirilmediğinde taraflar, uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Bu durum, tüketici sözleşmelerinden farklı olarak, taraflar arasındaki eşitlik varsayımına dayanmaktadır.

Bu bağlamda, sigorta sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespiti, uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu durum, sözleşmenin hukuki niteliği ve taşıdığı unsurların detaylı bir şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Özellikle, tarafların konumu, sözleşmenin amacı ve tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemelerin söz konusu sözleşmeye uygulanabilirliği gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede yapılacak bir değerlendirme, sigorta sözleşmelerinin hangi durumda tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği ve buna bağlı olarak hangi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı hususunda belirginlik sağlayacağı kanaatindeyiz.

a. Sigorta Sözleşmelerinin Tüketici İşlemi Olması

Türk Ticaret Kanunu m.3 uyarınca, TTK'da düzenlenmiş olmaları nedeniyle sigorta sözleşmeleri kural olarak ticari iş niteliği taşımaktadır. Ancak TKHK ile hukuk dünyasına "tüketici işlemi" kavramı dahil edilmiş ve adi-ticari iş ayrımına yeni bir boyut kazandırılmıştır.[31]

TKHK m.3(1)(k) hükmüne göre, "tüketici" ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un m.3(1)(l) hükmü ise tüketici işlemini şu şekilde tanımlamaktadır: "*Mal veya hizmet piyasalarında, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ya da onun adına veya hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem.*" Bu tanımlar, sigorta sözleşmelerinin ticari nitelikte olmasına rağmen, taraflardan birinin ticari veya mesleki amaç dışında hareket etmesi durumunda sözleşmenin aynı zamanda tüketici işlemi sayılabileceğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, sigorta sözleşmesinin taraflarının niteliğine bağlı olarak, hem TTK'nın ticari iş hükümleri hem de TKHK'nın tüketici işlemlerine ilişkin hükümleri uygulanabilmektedir.

---

[30] Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, (2014) 'Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini' 63(4) AÜHFD 833, 834.

[31] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 110.

TKHK kapsamında, sigorta ettirenin tüketici olarak kabul edildiği her sigorta sözleşmesi bir tüketici işlemi olarak değerlendirilmektedir. Sigorta ettirenin ticari veya mesleki amaç taşımadan sigorta yaptırdığı durumlarda, sözleşmeler tüketici mevzuatına tabidir. Bu husus, TKHK m.83(2)'de açıkça ifade edilmiştir: "*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*" Bu düzenleme, sigorta ettirenin tüketici olduğu durumlarda sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edileceğini ve TKHK hükümlerine tabi olacağını vurgulamaktadır.

TTK m.19(2) hükmü ise sigorta şirketlerinin anonim veya kooperatif şirket olması nedeniyle sigorta sözleşmelerinin ticari iş niteliği taşıdığını belirtmektedir. Aksi bir kanun hükmü bulunmadıkça, sigorta sözleşmeleri kural olarak her iki taraf için de ticari iş sayılmaktadır. Ancak TKHK m.83(2) hükmüne göre, sigorta ettirenin tüketici kabul edildiği durumlarda bu sözleşmeler tüketici işlemi olarak değerlendirilmekte ve tüketici mevzuatına tabi olmaktadır.

Bu çerçevede, sigorta sözleşmeleri hem TTK'nın "Sigorta Hukuku" başlıklı altıncı kitabındaki hükümlere hem de TKHK'nın tüketici işlemlerine ilişkin düzenlemelerine tabi olabilmektedir.[32] Sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti ise tarafların sıfatlarına bağlı olarak şekillenmekte ve hukuki rejimin belirlenmesi açısından kritik önem arz etmektedir.

b. Sigorta Ettiren Bakımından Sigorta Sözleşmelerinin Niteliği

Sigorta sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan sigorta ettiren, sigortacı ile sigorta sözleşmesini şahsen veya bir temsilci aracılığıyla kendi adına ve hesabına akdeden kişidir. Sigorta ettiren, gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi aracılığıyla kendi menfaatini veya üçüncü bir kişinin menfaatini sigortalatabilir.[33] Sigortalı ile sigorta ettiren kavramları her zaman aynı kişiyle özdeşleşmeyebilmektedir. Nitekim sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan menfaat başka bir kişiye aitse "başkası hesabına sigorta" söz konusu olurken, bu menfaat sigorta ettirene aitse "kendi hesabına sigorta"dan bahsedilmektedir. Benzer şekilde, bir sigorta sözleşmesi, kısmen kendi hesabına, kısmen de başkası hesabına olacak şekilde de düzenlenebilmektedir. Kendi hesabına sigortada, sigorta ettiren ile sigortalı sıfatları aynı kişide birleşmektedir. Ancak, üçüncü kişi lehine düzenlenen başkası hesabına sigortalarda, sözleşmeden doğan haklar menfaati sigortalanan kişiye (sigortalıya) aitken, prim ödeme borcu sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirene aittir. Bu çerçevede, sigorta ettirenin tüketici sıfatının değerlendirilmesi için öncelikle gerçek ve tüzel kişi sigorta ettirenlerin durumlarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

---

[32] Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 110.

[33] Yazıcıoğlu ve Şeker (n 1) 86.

Sigorta sözleşmesinin bir tarafında sigorta şirketi yer alırken, diğer tarafında "sigorta ettiren" sıfatıyla gerçek kişi bulunabilmektedir. Ancak sigorta ettirenin yalnızca gerçek kişi olması, bu kişiye doğrudan tüketici vasfı kazandırmaz. Zira bir gerçek kişinin tüketici sıfatını taşıyabilmesi için, TKHK'nın ilgili hükmü kapsamında hukuki bir işlem gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. TKHK'nın 3(1)(k) maddesi uyarınca, bir gerçek kişinin tüketici olarak nitelendirilebilmesi için ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmemiş olması şarttır. Bu bağlamda, gerçek kişi tacirin ticari ya da mesleki faaliyetleri kapsamında akdetmiş olduğu bir sigorta sözleşmesi, tüketici işlemi niteliği taşımayacak ve bu kişiye tüketicilere tanınmış haklardan yararlanma imkânı sunmayacaktır. Tüketici kavramı, statik bir anlam taşımamakta olup, bir sözleşmede tüketici olarak kabul edilen bir kişi, başka bir sözleşmede tüketici olarak nitelendirilmeyebilmektedir.[34] Örneğin, gerçek kişi sigorta ettiren, ticari veya mesleki faaliyetleriyle ilişkili olmayan bir amaçla sigorta sözleşmesi yapmışsa, bu işlem tüketici işlemi olarak kabul edilecek ve zayıf konumda bulunan tüketicilere sağlanmış haklardan faydalanabilecektir.

TKHK düzenlemesi incelendiğinde, tüketici sıfatının kazanılmasında gerçek veya tüzel kişi ayrımına gidilmediği görülmektedir. Tacir olmayan gerçek kişilerin tüketici sıfatına sahip olabileceği açıktır. Ancak, gerçek kişi tacirlerin ticari faaliyetleriyle ilişkili olmayan bir işlemden dolayı tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı hususunda bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. TTK 19(1) maddesinde düzenlenen ticari iş karinesi uyarınca, gerçek kişi tacirin gerçekleştirdiği tüm işlemlerin ticari iş kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. İlgili hükme göre, gerçek kişi tacir, bir işlemi gerçekleştirdiği sırada bu işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse veya işlemin ticari sayılması için gerekli koşullar mevcut değilse, yapılan işlem adi iş niteliğinde kabul edilmektedir. Bu çerçevede, gerçek kişi tacirin gerçekleştirdiği bazı işlemler, tüketici faaliyeti olarak değerlendirilebilmektedir.[35] Dolayısıyla, gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgisi bulunmayan bir can sigortası sözleşmesi yapması durumunda, bu sözleşme tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir.

TKHK, tüzel kişilerin de tüketici olabileceği belirtilmiştir. Tüzel kişileri, faaliyet alanlarına göre tacir ve tacir olmayanlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Dernekler ve vakıflar gibi ticari amaç gütmeyen tüzel kişilerin faaliyetleri kapsamında tüketici sayılabileceği kabul edilmektedir.[36] Bu durum, Yargıtay kararların-

---

34 Hasan Seçkin Ozanoğlu, (2001) 'Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı Bulması' 50(1) 55, 71.

35 Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, (2016) 'Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' 22(3) MÜHFHAD Cevdet Yavuz'a Armağan 395, 403; Ahmet Battal, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı' içinde Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1998) 313-332.

36 Bahtiyar ve Biçer (n 35) 405.

da da açıkça ifade edilmiştir.[37] Bu nedenle, dernekler ve vakıfların tüketici sıfatına sahip oldukları konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı konusu tartışma yaratmaktadır.

TKHK'nın 3. maddesinin (k) bendinde tüketici, "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım doğrultusunda, ticari ya da mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek kişilerin tüketici olarak nitelendirileceği açıktır. Tüzel kişilerin tüketici sıfatını taşıyabilmelerine ilişkin ise ikili bir değerlendirme yapılmaktadır. Manevi amaç güden tüzel kişilerin, özel bir amaçla hareket etmeleri koşuluyla tüketici sayılabilecekleri kabul edilmektedir.[38] Ancak tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Özellikle şirketlerin tüketici kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, uygulanacak hukukun tespiti açısından önem taşımaktadır.

Tüketici kavramının ana unsurlarını incelemek suretiyle tüzel kişi tacirin tüketici sıfatının değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Tüketici kavramının temel unsuru, "*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etme*" durumudur.[39] Bu unsur, tüketici sözleşmesinin yapıldığı sırada alıcının amacının göz önüne alınmasını gerektirir. Ancak, ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmenin sınırlarının belirlenmesi de önem arz etmektedir. Doktrinde, ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmenin tanımı farklı şekillerde yapılmaktadır. Bir görüşe göre, bir mal veya hizmetin maliyetinin ticari hayata dönmesi, ticari ve mesleki amaçla hareket edildiğini gösterir.[40] Bir başka görüş ise, kişinin mesleki bir saikle hareket edip etmediğinin, mesleki kimliğinden anlaşılabileceğini ve dolayısıyla ticari ve mesleki amaçla hareket etmenin mesleki kimliğe göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.[41] Diğer bir görüş ise, bir malı alıp olduğu gibi ya da işleyerek satan ve bu süreçte satıcı konumuna düşen kişinin tüketici olarak değerlendirilemeyeceğini belirtir.[42] Buna karşılık, alınan mal veya hizmetin özel kullanım veya tüketim amacıyla edinilmiş olması halinde, ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket edildiği kabul edilmektedir.[43] Doktrindeki bu farklı görüşler doğrultusunda, ticari veya mesleki amaçla hareket etmeme kavramının, tek bir katı kriterle tanımlanmasındansa, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, ticari veya

---

37 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2005/17295, K: 2006/1165, KT: 3.2.2006; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E: 2006/7421, K: 2006/10706, KT: 17.7.2006.

38 İpek Yücer Aktürk, (2016) 'Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı' 20(2) GÜHFD 103, 104; Evrim Akgün, '6052 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Sigorta Sözleşmelerine Etkisi Üzerine Bir İnceleme' Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II (Beta, 2014) 2722.

39 Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku (3.Baskı, Seçkin 2004) 83; Ozanoğlu (n 34) 77.

40 İ. Yılmaz Aslan, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku (5.Baskı, Ekin 2014) 4.

41 Hamdi Tamer İnal, Tüketici Hukuku (3.Baskı, Seçkin 2014) 246.

42 Zevkliler ve Aydoğdu (n 39) 83.

43 Yücer Aktürk (n 38) 113.

mesleki olmayan amacın tüzel kişi tacirler açısından yorumlanması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, tüzel kişi tacirler, yani şirketler, hiçbir durumda tüketici sıfatına sahip olamazlar.[44] Bu görüş, TTK'nın 19. maddesine dayandırılmaktadır. İlgili hükümde, gerçek kişi tacirlerin belirli şartlar altında adi işler yapabileceği kabul edilmekte, ancak tüzel kişi tacirler için böyle bir istisnaya yer verilmemektedir. Bu nedenle tüzel kişi tacirlerin tüm işlemleri istisnasız ticari iş olarak değerlendirilmektedir.[45] Dolayısıyla tüzel kişi tacirin yaptığı işlerin özel amaçlarla yapılamayacağı ve bu sebeple tüketici işlemi olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, Yargıtay kararlarıyla da desteklenmektedir. Doktrindeki diğer bir görüş ise, TKHK düzenlemesine göre tüketici kavramının "*ticari veya mesleki amaçtan hareket etmeme*" unsuruyla belirlendiğini ve her ticari işin ticari veya mesleki bir amaç taşımayabileceğini ileri sürmektedir. Bu sebeple, tüzel kişi tacirlerin de belirli durumlarda tüketici sıfatıyla işlem yapabileceği savunulmaktadır.[46] TTK 19. maddesinde düzenlenen ticari iş karinesi, yoruma açık olmayacak şekilde tüzel kişilerin tüm faaliyetlerinin ticari iş niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatıyla hareket edemeyeceği kanaatindeyiz.

c. Uygulanacak Hukukun Tespiti

Genel hatlarıyla, tüketici işlemi ve ticari iş bağlamında sigorta sözleşmeleri değerlendirilerek, bu sözleşmelerin hukuki niteliği yukarıda ele alınmıştır. Sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin tüketici sıfatı taşıması durumunda, bu sözleşmenin bir tüketici işlemi olduğu hem yargı kararlarında hem de doktrinde açıkça kabul edilmektedir. Bu bağlamda, sigorta sözleşmesinin bir tarafını oluşturan tüketicinin yaptığı sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinin, "Tüketici Sözleşmeleri" başlığını taşıyan MÖHUK'un 26. maddesi uyarınca yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, tüketici kavramı temel alınarak tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun incelenmesi yerinde olacaktır.

Tüketici kavramı, hem MÖHUK m. 26(1) hükmünde hem de TKHK m.3(k) maddesinde ayrı ayrı, ancak birbiriyle paralel bir biçimde düzenlenmiştir. Her iki hükümde de tüketici, "*mesleki veya ticari olmayan amaçla*" hareket eden kişi olarak tanımlanmıştır. Tıpkı iç hukukta olduğu gibi milletlerarası özel hukukta da tüketicinin ekonomik olarak zayıf tarafta yer aldığı düşüncesiyle korunması gerektiği kabul edilmiştir.[47] Çünkü zayıf ve tecrübesiz konumda olan tüketicinin korunması, sosyal ve ekonomik dengenin sağlanmasında önemli bir unsur olup kamu yararına hizmet etmektedir. Bu nedenle, zayıf taraf olarak kabul edilen tüketiciye yönelik,

---

44 Aslan (n 40) 5; Zevkliler ve Aydoğdu (n 39) 81.

45 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/19-500, K: 2011/550, KT: 21.09.2011; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2006/13-637, K: 2006/639, KT: 8.11.2006.

46 Yücer Aktürk (n 38) 119-120.

47 Çelikel ve Erdem (n 28) 419.

hukuk seçimi konusunda koruyucu kısıtlamalar getirilmiştir.[48] MÖHUK m.26 ile sözleşmelerdeki zayıf tarafın korunmasını sağlamak amacıyla çok taraflı özel kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir. Bu kurallardan ilki, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kurallarını bertaraf edecek şekilde hukuk seçimi yapılamayacağıdır. İkincisi ise, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmaması durumunda, tüketicinin mutad mesken hukukunun akit statüsü kazanmasıdır. MÖHUK m.26'ya göre, tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Başka bir deyişle, ilgili hükümde mutad mesken, objektif bir bağlama kuralı olarak düzenlenmiştir. Ancak, kanun koyucu mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için belirli şartlar öngörmüştür.

MÖHUK m.26'da düzenlenen tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümler, tüketici işlemleri arasında yer alan sigorta sözleşmelerinin değerlendirilmesi açısından da önem taşımaktadır. Tüketici sözleşmelerinin konusu, "*mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici işlemleri*" olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda, taşınır bir malın edinilmesi gibi klasik tüketici işlemlerinin yanı sıra sigorta şirketleri tarafından akdedilen can sigortaları da tüketici sözleşmeleri kapsamında değerlendirilebilir.[49]

Can sigortaları, genellikle sigorta ettirenin özel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak ve ticari veya mesleki bir amaç taşımaksızın akdedildiğinden, tüketici işlemi niteliği taşımaktadır. Sigorta ettirenin tüketici sıfatını taşıdığı durumlarda, sigorta sözleşmelerine MÖHUK m.26 kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu hüküm, tüketiciyi zayıf taraf olarak kabul etmekte ve tüketiciye sözleşme hukukunda özel koruma sağlamayı amaçlamaktadır.

Bununla birlikte, MÖHUK m.26(4) hükmü, tüketici sözleşmesi hükümlerinin uygulanmayacağı belirli halleri düzenlemiştir. Buna göre, paket turlar hariç taşıma sözleşmeleri ile tüketiciye sunulan hizmetin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeler, bu hükmün kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durumda, tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan can sigortası gibi sözleşmelere genel hüküm olan MÖHUK m.24 uygulanacaktır. Örneğin, bir can sigortası sözleşmesinde, sigorta ettirenin mutad meskeni Türkiye dışında ise ve hizmetin Türkiye dışında verilmesi gerekiyorsa, sözleşme 26. madde yerine 24. madde uyarınca değerlendirilir. Ancak sigorta ettirenin mutad meskeni Türkiye'de bulunuyor ve sözleşme doğrudan tüketici sıfatıyla yapılmışsa, tüketiciye yönelik koruma hükümleri geçerli olacaktır.

d. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

Can sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin tüketici sıfatına sahip olması durumunda, bu sözleşmelerin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

[48] Nomer (n 4) 350.

[49] Zeynep Derya Tarman, (2019) 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması' 39(1) MHB 325, 331.

Bu bağlamda, tüketici işlemi olarak değerlendirilen sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi konusunda taraflara seçim hakkı tanınsa da tüketicinin korunması amacıyla bu hak sınırsız değildir. Can sigorta sözleşmeleri, genellikle sigorta ettirenin ticari veya mesleki bir amaç taşımadan hareket ettiği durumlarda tüketici işlemi olarak nitelendirildiğinden, hukuk seçimi konusunda tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirilmiştir.

Tüketici işlemlerinde olduğu gibi, can sigorta sözleşmelerinde de tüketicinin sosyal ve ekonomik açıdan zayıf taraf olarak korunması esas alınmaktadır. Türk hukukunda bu koruma, tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri aracılığıyla sağlanmaktadır. MÖHUK m.26 uyarınca, taraflar hukuk seçimi yapmış olsalar bile, tüketicinin mutad mesken hukukunun sağladığı koruma bertaraf edilemez. Başka bir deyişle, seçilen hukuk ile tüketicinin mutad meskeninin emredici hükümleri kıyaslanarak, tüketici lehine olan hükümlerin uygulanması sağlanır.[50] Bu yaklaşım, MÖHUK m.26 ile genel hüküm olan m.24 arasında önemli bir fark yaratmaktadır. Genel hüküm olan MÖHUK m.24'te, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda uygulanacak hukukun emredici hükümleri, sonradan yapılan bir hukuk seçimiyle bertaraf edilebilmektedir. Buna karşın, can sigorta sözleşmelerinde tüketicinin zayıf taraf olarak korunmasını sağlayan MÖHUK m.26'da, tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümlerinin etkisiz hale getirilmesine izin verilmemektedir.[51] Can sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi, tüketicinin korunmasını önceliklendiren bu düzenlemelerin temelini oluşturur. Bir başka deyişle, hukuk seçimi yoluyla tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri bertaraf edilemez. Tüketicinin mutad mesken hukuku, tüketiciyi korumada asgari sınır olarak kabul edilmektedir. [52] Bu bağlamda, mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir tüketici, Türk hukukunda tüketiciyi koruyucu hükümlerin bertaraf edilmesine yol açacak şekilde hukuk seçimi yapamaz. Diğer bir ifadeyle, seçilen yabancı hukukun düzenlemeleri Türk hukukunun sağladığı korumanın üzerinde bir koruma sağlıyorsa, yabancı hukuk hükümleri uygulanabilir. Ancak, seçilen yabancı hukuk tüketiciye ilişkin koruma bakımından Türk hukukundan daha düşük bir seviyede hak sağlıyorsa, bu durumda Türk hukukunun tüketiciyi koruyucu hükümleri asgari düzeyde uygulanacaktır.

Can sigorta sözleşmelerinde taraflardan birinin tüketici sıfatını taşıması halinde, hukuk seçiminde tüketicinin mutad mesken hukukunun sağladığı koruma, tüketici hakları açısından sınır teşkil edecektir. Örneğin, mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir Nijerya vatandaşı, Senegal'de bir hayat sigortası yaptırmış ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Güney Afrika hukukunu seçmişse, Güney Afrika hukukunun tüketiciye sağladığı koruma, Türk hukukunun sağladığı korumadan

50 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 18) 288.

51 Tarman (n 49) 339.

52 Nomer (n 4) 351.

daha kapsamlı olduğu takdirde uygulanacaktır. Ancak, Güney Afrika hukukunun tüketici koruması Türk hukukuna kıyasla daha az hak sağlıyorsa, bu durumda Türk hukukunun koruyucu hükümleri asgari koruma standardı olarak devreye girecektir.

Sonuç olarak, can sigorta sözleşmelerinde tüketici sıfatına sahip sigorta ettirenin mutad mesken hukukunun sağladığı koruma, hukuk seçiminde alt sınır olarak kabul edilmekte ve tüketicinin bu asgari korumadan mahrum bırakılmasına izin verilmemektedir. Nitekim bu yaklaşım, tüketicinin sosyal ve ekonomik açıdan zayıf taraf olarak korunmasını hedefleyen ulusal ve uluslararası düzenlemelerin bir yansımasıdır.

e. Uygulanacak Hukukun Mutad Meskene Göre Belirlenmesi

Tüketici sözleşmelerinde, taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmaması durumunda, tüketicinin mutad mesken hukuku objektif bağlama kuralı olarak devreye girmektedir. Mutad mesken hukukunun objektif bağlama kuralı olarak düzenlenmesinin temel nedeni, bu hukuk düzeninin tüketici tarafından iyi bilindiği varsayımına dayanması ve dolayısıyla tüketiciyi koruma amacı gütmesidir.[53] MÖHUK m. 26(2) uyarınca, mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için üç koşuldan herhangi birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

MÖHUK m.26(2)(a) kapsamında, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede gerçekleştirilen pazarlama faaliyetleri, mutad mesken hukukunun uygulanabilirliği açısından önemli bir dayanak oluşturmaktadır. Kanunun bu düzenlemesi, tüketicinin korunmasını sağlama amacına hizmet etmektedir. Bu çerçevede, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede özel bir davet yoluyla ya da ilan vasıtasıyla bir sözleşme kurulması ve tüketicinin sözleşmeye ilişkin gerekli hukuki işlemleri bu ülkede gerçekleştirmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu düzenleme, tüketicinin, kendi hukuki düzeni içinde hareket ettiği varsayımına dayanarak tüketiciyi koruma ilkesini hayata geçirmektedir. Özellikle sigorta sözleşmeleri bakımından, sigortacının tüketicinin mutad meskeninde açık bir icapta bulunması veya reklam yapması ve tüketicinin de sözleşmeye ilişkin işlemleri aynı ülkede gerçekleştirmesi şarttır. Örneğin, sigortacının, tüketicinin mutad meskeninde can sigortasına ilişkin bir teklif sunması veya reklam yapması ve tüketicinin bu sözleşmeyle ilgili işlemleri aynı ülkede tamamlaması durumunda MÖHUK m.26 uygulama alanı bulacaktır. Bu, hem sigortacı hem de tüketici açısından hukuk güvenliğini artıran bir düzenlemedir. Bunun yanında, sigortacının televizyon, radyo, basın gibi geleneksel medya araçları veya katalog dağıtımı yoluyla tüketicinin mutad meskeninde reklam yapması ve tüketicinin de bu sözleşmeye ilişkin işlemleri aynı yerde gerçekleştirmesi durumunda da aynı hüküm uygulanacaktır. Kanaatimizce, bu düzenlemenin kapsamına elektronik ortamda düzenlenen tüketici sözleşmeleri de girmektedir. Özellikle elektronik ortamda yapılan can sigortalarının bu kapsamda değerlendirilmesi

[53] Bayraktaroğlu Özçelik (n 30) 836; Hatice Selin Pürselim, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' içinde Sibel Özel ve Mustafa Erkan, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (Onikilevha 2018) 77.

gerektiği düşüncesindeyiz. Elektronik işlemler, günümüzde geleneksel yöntemler kadar geçerli bir sözleşme kurma aracı olduğundan, mutad mesken hukukunun uygulanması açısından aynı bağlayıcılığa sahiptir. Bu düzenleme, tüketicinin bulunduğu hukuki ve ekonomik ortamda yapılan pazarlama faaliyetlerini kapsayarak, tüketicinin korunması yönünde önemli bir katkı sağlamaktadır. Özellikle tüketicilerin, kendi mutad meskenlerinde yapılan işlemlerde korunmasını sağlayan bu hükmün, elektronik ticaret ve dijital hizmetlerin yaygınlaşmasıyla daha geniş bir etki alanı bulacağı düşünülmektedir.[54]

Madde 26'nın ikinci fıkrasının (b) bendi, tüketicinin siparişlerini olağan meskeninde kabul etmesi durumunu düzenlemektedir. Bu hüküm, fuar veya sergi gibi etkinlikler çerçevesinde, tüketicinin olağan meskeninde yer alan ticari işletmelerin tüketiciden sipariş almasını ifade etmektedir. İlgili hüküm uyarınca, sipariş alınması yeterli olup, tüketici ile bir sözleşmenin kurulmuş olması şart değildir. Buna ek olarak, bu hüküm kapsamında mal veya hizmet sağlayıcısının temsilci aracılığıyla da faaliyet göstermesi mümkündür. Dolayısıyla, yabancı bir mal veya hizmet sağlayıcının, şubesi veya temsilcisi vasıtasıyla satış işlemini gerçekleştirmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir.

Üçüncü durum, MÖHUK m. 26(2)(c)'de belirtilen, satıcının düzenlediği bir gezi sırasında siparişin gezi yapılan ülkede verilmesi halidir. Buna göre, satıcı, sağladığı mal ve hizmetin tanıtımı amacıyla tüketiciyi davet etmiş ve tüketici de bu davet kapsamında ilgili ülkeye giderek sipariş vermişse, m. 26 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

2. Sigortacı Açısından Uygulanacak Hukuk

a. Sigortacı Bakımından Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sigortacı, sigorta sözleşmesinde sigorta teminatını taahhüt eden taraftır. Türkiye'de sigortacılık faaliyetlerine ilişkin temel esaslar, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile düzenlenmiştir. İlgili Kanun incelendiğinde, sigorta şirketlerine tip sınırlaması, faaliyet alanı sınırlaması ve branş sınırlaması getirildiği görülmektedir. Tip sınırlaması, SK m. 3(1) hükmüyle düzenlenmiştir.[55] Bu kapsamda, sigorta şirketlerinin ancak anonim şirket ya da kooperatif esasına göre kurulmaları gerekmektedir. Aynı hüküm uyarınca, sigorta şirketlerinin faaliyet alanlarının da sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre, sigorta ve reasürans şirketleri yalnızca sigortacılık işlemleri ve bu işlemlerle doğrudan bağlantılı alanlarda faaliyet gösterebilir. Bir diğer sınırlama olan branş sınırlaması, SK m. 5(2) hükmünde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, sigorta şirketleri yalnızca hayat sigortaları veya hayat dışı sigortalar alanlarından birinde faaliyet gösterebilir. Sigorta şirketlerinin bu üç tür sınırlamaya ek olarak, sigortacılık alanında faaliyette bulunabilmeleri için SK m. 5 uyarınca ruhsat almaları da zorunludur.

---

[54] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (Vedat 2003) 136.

[55] Yazıcıoğlu ve Şeker (n 1) 17.

Türk hukukunda, sigortacı olarak sınıflandırılabilecekler, sigortacılık faaliyetlerinde bulunmak üzere kurulmuş anonim şirketler ve kooperatif şirketlerdir. Bu çerçevede, Türk hukuku açısından sigortacı sıfatına yalnızca sigortacılık alanında faaliyette bulunmak üzere özel olarak yetkilendirilmiş tüzel kişiler sahip olabilir. TTK m. 3 hükmünde belirtildiği üzere, TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş sayılmaktadır. Ayrıca, SK'daki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, sigortacının tüzel kişilik sıfatıyla ticari bir faaliyette bulunduğu açıktır. [56] Bu doğrultuda, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki ilişkide, sigortacı açısından bir tüketici ilişkisinden ziyade bir ticari ilişki söz konusudur. Bu nedenle, yalnızca sigortacının durumu dikkate alınarak, bu ilişkiye tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, sigortacı açısından, can sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda genel kural olan MÖHUK m. 24 hükmüne başvurulması gerekmektedir.

b. Uygulanacak Hukukun Tespiti

MÖHUK'ta sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin özel düzenlemeler, taşıma sözleşmeleri, iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmeleri ile sınırlıdır. Bu sözleşmeler dışında kalan diğer tüm borç ilişkilerinde, genel kural olan 24.madde uygulanmaktadır. Bu bağlamda, tüketici niteliğinde olmayan sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun da MÖHUK m. 24'te düzenlenen genel kural kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir. Benzer bir şekilde, Yargıtay'ın 2017 tarihli bir kararında[57] da şu ifadeye yer verilmiştir: "*Sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmediğinden, genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenmesi gerektiği…*" Bu durum, sigorta sözleşmelerinin tüketici sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmediği durumlarda genel hükümlere tabi olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Milletlerarası özel hukukta borç akitleri açısından subjektif bağlama kuralı esastır. Buna göre, sözleşmenin tarafları, uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilir. Bu serbesti, Türk hukukunda MÖHUK'un 24. Maddesi ile düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, taraflar, kanunda belirtilen sınırlamalara uymak kaydıyla, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilir. Ancak bu irade serbestisi mutlak bir özgürlük anlamına gelmez. Tarafların yapacağı hukuk seçiminin, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) [58] 26. Ve 27. Maddelerine aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Bu maddeler gereğince, seçilen hukuk, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olmamalıdır.[59]

---

[56] Bu durum Sigortacılık Kanunu gerekçesinde de açıklıkla belirtilmektedir. İlgili gerekçede şu hüküm yer almaktadır: "… *Şöyle ki, sigortacılık güven unsuruna dayalı teknik ve ticari bir faaliyet olup toplumun geniş bir kesimine hitap eder*."

[57] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2016/4549, K:2017/6622, KT:27.11.2017

[58] Kanun Numarası:6098, Kabul Tarihi:11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

[59] Çelikel ve Erdem (n 28) 375.

c. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

Hukuk seçimi, maddi hukuk kapsamındaki bir sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzeninin taraflarca belirlenmesidir.[60] Taraflar, hukuk seçimini, kendilerinin tabi olduğu bir hukuk düzeni lehine yapabilecekleri gibi tarafsız bir üçüncü devletin hukukunu da tercih edebilirler.[61] Ancak bu bağlamda, seçilen hukukun bir devlet hukuku olması zorunludur. Örneğin, *lex mercatoria*, UNIDROIT kuralları veya şeri hukuk kuralları, bir devlet hukuku olmadığı için doğrudan hukuk seçimine konu olamaz. Bu nedenle, can sigortalarından doğan sözleşmelere mutlaka bir devletin hukuku uygulanmalıdır.

Türk hukukunda, sözleşmeden doğan borç ilişkileri açısından benimsenen temel kural, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri hukukun uygulanmasıdır. Ancak bu hukuk seçiminin geçerliliği için tarafların bu seçimi açık ve net bir şekilde ortaya koyması gereklidir. Can sigortaları bağlamında, taraflar Türk hukukunu seçebilecekleri gibi üçüncü bir devletin hukukunu da tercih edebilirler. Bu seçim, sözleşmenin daha sonra uygulanmasında belirsizlikleri ortadan kaldırmak ve uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak açısından büyük önem taşır.

Kanun, hukuk seçiminin geçerli olması için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Dolayısıyla, taraflar açık bir beyanla veya sözleşme hükümleri ve halin şartları çerçevesinde tereddüde yer bırakmayacak şekilde bir hukuk seçimi yapabilirler. Hukuk seçiminin açıkça ifade edilmediği durumlarda, bu seçimin varlığı, sözleşmenin genel düzeni ve tarafların iradelerinden anlaşılabilir olmalıdır. Eğer tarafların seçtikleri hukuk konusunda net bir açıklık ve anlaşılırlık varsa, bu seçim geçerli kabul edilir.

Can sigortası sözleşmelerinde, özellikle tüketici niteliğinde olmayan kişiler arasında yapılan anlaşmalarda, taraflar uygulanacak hukuku herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın serbestçe kararlaştırabilirler. Bu serbesti, sigorta ettirenin ve sigortacının karşılıklı olarak en uygun hukuku belirlemesine olanak tanır. Ancak kamu düzenine aykırılık veya taraflardan birinin haklarını zayıflatıcı bir düzenleme yapılmaması, Türk hukukunun genel ilkelerine uygun olarak dikkate alınması gereken hususlardır. Bu bağlamda, hukuk seçimi, can sigortası sözleşmelerinde taraflar arasındaki ilişkileri netleştiren ve uyuşmazlıkların çözümünde rehberlik eden temel bir düzenleme niteliği taşır.

Türk hukukunda, can sigortalarında hukuk seçimi genel sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalar üç başlık altında toplanmaktadır: kanuna karşı hile, hukuk seçiminin konusu ve hukuk seçimine sonuç tanınması.[62]

---

60 Nomer (n 4) 321.

61 Cüneyt Çilingiroğlu, (1989) 'Devletler Özel hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri' 9(2) MHB 104.

62 Berk Demirkol, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (Vedat 2014) 90.

Kanuna karşı hile, tarafların, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk düzeninin emredici hükümlerinden ve kısıtlamalarından kaçınarak, kendileri için daha uygun ve kolay bir hukuk düzenine tabi olma amacıyla başka bir hukuk düzenini seçmeleridir. Bu durum, tarafların kanunlar ihtilafı kurallarını kullanarak elde ettikleri bir sonuçtur ve hukuk seçiminin kötüye kullanımı olarak değerlendirilir. Türk hukuku, bu tür durumlara izin vermemekte ve hukuk seçiminin dürüstlük ilkelerine uygun olmasını aramaktadır. Hukuk seçiminin konusuna getirilen kısıtlama, bir devlet hukukunun seçilmesi gerekliliği ve bu seçilen hukukun bütün kurallarının kapsanması zorunluluğunu ifade eder. Tarafların, bir devlet hukukunu seçerken yalnızca belirli bir kısmını ya da belirli kurallarını değil, ilgili hukuk düzenini bir bütün olarak kabul etmeleri gerekmektedir. Bu, seçilen hukukun sistematik bir şekilde uygulanmasını sağlamak için konulmuş bir sınırlamadır. Üçüncü kısıtlama, MÖHUK kapsamında seçilen hukuka sonuç tanınması ile ilgilidir. Buna göre, hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için seçimin yapıldığı işlem ya da ilişkinin bir yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşımayan işlemler ya da ilişkiler için hukuk seçimi yapılamaz.

Türk hukuku, can sigortalarına uygulanacak hukukun kısmi olarak seçilmesine de izin vermektedir. MÖHUK m. 24(2)'ye göre, taraflar, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin bir kısmına bir devlet hukukunun, diğer bir kısmına ise başka bir devlet hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durum, tarafların ihtiyaçlarına ve sözleşmenin niteliğine uygun esnek bir düzenleme sunar. Ancak bu kısmi hukuk seçimi de yukarıda belirtilen sınırlamalara uygun şekilde yapılmalıdır.

Can sigortalarına uygulanacak hukukun seçimi, zamansal bir sınırlamaya tabi değildir. Bu durum, tarafların diledikleri zaman hukuk seçimi yapabilecekleri veya daha önce seçmiş oldukları hukuku değiştirebilecekleri anlamına gelir. MÖHUK m. 24(3), hukuk seçiminin zamana bağlı olmadığını ve tarafların bu konuda serbestçe hareket edebileceğini açık bir şekilde düzenlemektedir. Ancak, sözleşme kurulduktan sonra yapılacak bir hukuk seçimi değişikliği, üçüncü kişilerin haklarını etkilememelidir. Tarafların, hukuk seçiminde veya bu seçimin değiştirilmesinde tamamen serbest olmalarına rağmen, bu değişiklikten doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenecek üçüncü kişilerin kazanılmış haklarının korunması gerekmektedir. Bu durum, özellikle lehdarın veya sigorta sözleşmesinden faydalanan diğer üçüncü kişilerin korunması açısından önem taşır. Dolayısıyla, MÖHUK m. 24(3), taraflara hukuk seçimi konusunda geniş bir serbesti tanımakla birlikte, üçüncü kişilerin haklarını koruyarak taraflar arasındaki sözleşmenin ve hukuk seçiminin adil bir çerçevede uygulanmasını sağlamayı hedeflemektedir.

d. Uygulanacak Hukukun En Sıkı İlişkili Olduğu Yer Esasına Göre Belirlenmesi

Tüketici niteliği taşımayan can sigorta sözleşmelerinde tarafların irade serbestisi esastır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Ancak tarafların açık bir şekilde sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemesi durumunda, MÖHUK m. 24(4) hükmü devreye girmektedir. Bu düzenleme,

tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiğini öngörmektedir.

Kanunun belirlediği genel kurala göre, en sıkı ilişkili hukukun tespitinde öncelikli olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku dikkate alınır. Eğer sözleşme ticari veya mesleki bir faaliyet kapsamında yapılmışsa, bu durumda karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku uygulanır. Bu unsurların bulunmadığı hallerde ise ikametgâh hukuku esas alınır. Karakteristik edim borçlusunun birden fazla iş yerinin bulunması durumunda, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan iş yeri hukuku dikkate alınır.[63]

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karakteristik edim, genellikle para ifasına karşılık sözleşmenin ağırlık merkezini oluşturan karşı edimdir. Yani sözleşmeyi diğerlerinden farklı kılan, ona özgü olan edimdir. Sigorta sözleşmelerinde karakteristik edim ise rizikonun teminat altına alınmasıdır.[64] Bu nedenle, sigorta sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun sigortacı olduğu kabul edilmektedir.[65] Sigorta sözleşmesine niteliğini veren bu edim, karakteristik edim olarak nitelendirilir.[66] Tüketici niteliği taşımayan can sigorta sözleşmeleri genellikle ticari bir faaliyet kapsamında değerlendirildiği için, sigortacının iş yeri hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilebilir. Ancak sigortacının birden fazla iş yeri bulunması durumunda, sözleşmeyle en sıkı irtibatlı olan iş yeri hukuku dikkate alınarak uygulanacak hukuk belirlenir.

MÖHUK m. 24(4)'ün son cümlesi bir istisna niteliğindedir. Bu hükme göre, halin şartlarından daha sıkı irtibatlı bir hukuk tespit edilirse, o hukukun uygulanması gerekmektedir. Bu durumda, sigorta sözleşmesinin sigortacının iş yerinin bulunduğu devletten başka bir devletle daha sıkı bir ilişki içinde olması halinde, bu başka devletin hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Can sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda bir diğer önemli husus, sigortacının rücu hakkına uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Başka bir ifadeyle, sigortacı, sigortalıya yaptığı ödemeler nedeniyle doğan rücu hakkını borçluya karşı hangi hukuk çerçevesinde talep edeceğini belirlemelidir. Doktrinde, bu halefiyet nedeniyle doğan taleplere uygulanacak hukukun tespitinde, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım, sigorta ilişkisi ile rücu talepleri arasında bir uyum ve tutarlılık sağlamak amacı taşır.[67]

---

63 Sigorta sözleşmelerinde akdin doğası ve özüne uygun olarak uluslararası geçerliliği olacak şekilde objektif olarak bir ülke ile bağlantı kurulabilmesi için karakteristik edim teorisi benimsenmiştir. Bkz. Sirmen (n 4) 48.

64 Riski üstlenen ve standart formu düzenleyen sigortacı olduğu için karakteristik edim borçlusunun da o olduğu belirtmek yerinde olacaktır.

65 Roma I Tüzüğü m.7/2'de de sigorta sözleşmelerinde, karakteristik edimi icra eden sigortacı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Mesut Aygün, (2005) 'Karakteristik Edim Teorisi' (6) Eskişehir Barosu Dergisi 35.

66 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 18) 354.

67 Nomer (n 4) 321.

3. Uygulanacak Hukukun Engellenmesine Neden Olan Durumlar

a. Kamu Düzeni

Can sigorta sözleşmeleri, tarafların yaşam, sağlık ve bedensel bütünlük gibi temel haklarını kapsadığı için kamu düzeniyle yakından ilişkilidir. Bu bağlamda, MÖHUK m. 24'te taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisi, MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzenine aykırılık ilkesiyle sınırlandırılabilmektedir. Seçilen yabancı hukuk, Türk hukukunun temel değerlerine ve kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, bu hukukun uygulanması engellenebilir.

Can sigorta sözleşmeleri açısından kamu düzeninin önemi, bu tür sözleşmelerin doğası gereği bireylerin hayatı ve güvenliği gibi hassas konuları düzenlemesinden kaynaklanır. Bu nedenle, tarafların seçtiği yabancı hukuk, özellikle sigorta ettirenin ya da lehdarın haklarını aşırı derecede zayıflatıyorsa, bu durum kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebilir. Örneğin, seçilen yabancı hukukun sigorta tazminatını öngörmediği durumlar ya da sigortalının haklarını korumayan bir düzenleme getirdiği hallerde, Türk kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bu hukukun uygulanması engellenebilir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni anlayışı, iç hukuktan farklı olarak dar bir şekilde uygulanır.[68] Can sigorta sözleşmeleri bağlamında bu durum, seçilen yabancı hukukun yalnızca emredici hukuk kurallarına aykırı olmasından ziyade, bu aykırılığın ortaya çıkaracağı sonuçların Türk hukukunun temel değerlerini ne ölçüde etkileyeceğine odaklanır.[69] Örneğin, bir can sigorta sözleşmesinde sigortacının sorumluluğunu sınırlayan veya sigortalının temel haklarını ihlal eden bir düzenleme, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle Türk hukuku uygulanarak bertaraf edilebilir.

Yargıtay'ın kamu düzenine ilişkin içtihadı[70] da bu yaklaşımı desteklemektedir. Kamu düzeni, zamana, mekâna ve toplumsal koşullara göre değişkenlik gösterebilen bir kavramdır. Can sigorta sözleşmeleri bağlamında, sözleşmenin ifa edileceği yer hukukuna göre açıkça hukuka aykırılık teşkil etmesi durumunda kamu düzeni müdahalesi yapılabilir. Örneğin, sigortalının ölümünden sonra lehdarların haklarının tamamen ortadan kaldırıldığı bir düzenleme, kamu düzenine aykırı kabul edilerek uygulanamayabilir.

Sonuç olarak, can sigorta sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi serbestisi, kamu düzeni ilkesi ile sınırlı bir şekilde işlemektedir. Sigortalının veya lehdarın haklarını aşırı şekilde zayıflatan düzenlemeler ya da Türk hukukunun temel değer-

---

68 Ahmet Cemal Ruhi, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi (Onikilevha 2019) 6.

69 A. Gündüz Ökçün, Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, (Ankara Üniversitesi SBF Yayını 1967) 14; Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni (Seçkin 2001) 37.

70 İlgili kararda tam olarak kamu düzeni kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: "*niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavram.*" Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E: 2010/1, K:2012/1, KT: 10.02.2012

leriyle açıkça çelişen yabancı hukuk kuralları, kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edilebileceği kanaatindeyiz.

b. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Can sigorta sözleşmeleri, kişilerin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüklerini teminat altına almayı amaçlayan özel bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmeler, doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde değerlendirilirken, ilgili devletin sosyal ve ekonomik yapısını korumayı amaçlayan kurallarla da sıkı bir ilişki içerisindedir.[71] Doğrudan uygulanan kurallar, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olmak üzere üç farklı şekilde sınıflandırılmaktadır. MÖHUK m.6 ve m.31, doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası özel hukuk bağlamındaki düzenlemelerini içermektedir. MÖHUK m.6, genel olarak doğrudan uygulanan kuralların tanımını yapmakta ve mahkemelerin, uygulanacak yabancı hukuk ne olursa olsun, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alarak hüküm kurmalarını zorunlu kılmaktadır.[72] MÖHUK m.31 ise, sözleşmeden doğan ilişkilerde üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınabileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmamasının yaratabileceği zararların önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Ancak mahkeme, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını tüm sonuçlarıyla uygulamak yerine, sadece sözleşmeye uygulanması gereken hukuk bağlamında bu kurallara sınırlı bir etki tanıyabilir.[73] Can sigorta sözleşmeleri bağlamında, doğrudan uygulanan kuralların en önemli etkisi, sigortalının korunması, kamu düzeninin sağlanması ve sigorta piyasasının dengeli bir şekilde işletilmesi üzerindedir.

MÖHUK m.6 uyarınca, yabancı unsurlu bir can sigorta sözleşmesinde dahi, mahkemelerin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir. Bu, Türkiye'deki sigorta işlemlerinin ve sigorta piyasasının Türk hukukunun öngördüğü düzenlemeler çerçevesinde yürütülmesini sağlamayı hedefler. Özellikle Sigortacılık Kanunu'nda yer alan doğrudan uygulanan kurallar, sigorta sektöründeki temel politikaları desteklemektedir. Örneğin, SK m.10(1), sigorta şirketleri arasındaki rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemeleri içerirken, SK m.32(5), sigorta ettirenin sigorta şirketini serbestçe seçebilme hakkını güvence altına alır.[74] Bu tür düzenlemeler, sigorta sözleşmelerinde tarafların hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlar.

Can sigorta sözleşmeleri bağlamında, SK m.15'in önemi büyüktür. Bu hüküm, Türkiye'de sigortalanabilir menfaatlerin yalnızca belirli durumlarda yurtdışında

---

71 Hatice Özdemir Kocasakal, (2010) 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' 30(1-2) MHB 27,28.

72 Mustafa Erkan, (2011) 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' 15(2) GÜHFD 85-86.

73 Kocasakal Özdemir (n 71) 34-35.

74 Ekşi (n 4) 42.

sigortalatılabileceğini düzenlemektedir. Örneğin, Türkiye'de yerleşik bir kişinin, Türk hukukuna göre sigortalanabilir bir menfaatini yurtdışındaki bir sigorta şirketine sigortalatması durumunda, bu sigorta sözleşmesi geçersiz hale gelebilir. Bu durum, Türkiye'nin sigorta piyasasını ve sigortalanabilir menfaatleri koruma amacını taşır. Doktrinde, yabancı sigortacı ile yapılan bir sözleşmenin geçerliliği, sigortacının bulunduğu yer hukukuna tabi olsa da SK m.15'in doğrudan uygulanan bir kural olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu durumda, Türkiye'de açılan bir davada, yabancı hukuk yerine SK m.15 uygulanarak, ilgili sözleşmenin geçerliliği Türk hukukunun kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilebilir. Örneğin, yurtdışında yapılan bir can sigortası sözleşmesi Türk hukukuna aykırıysa, mahkemeler bu sözleşmeyi hükümsüz sayabilir.

Doğrudan uygulanan kuralların bir diğer önemli etkisi, sigorta sözleşmelerinin tarafları arasındaki dengenin korunmasıdır. Can sigortası sözleşmelerinde, sigortalı tarafın haklarının korunması, sigortacının hak ve yükümlülüklerinin açıkça düzenlenmesi ve kamu düzeninin ihlal edilmemesi doğrudan uygulanan kuralların temel amaçları arasındadır. SK m.32(1) gibi kurallar, sigorta piyasasında adil ve istikrarlı bir düzenin oluşturulmasını sağlar.

Sonuç olarak, can sigorta sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kurallar, sigortalının korunması, sigorta piyasasının istikrarı ve kamu düzeninin sağlanması açısından kritik bir rol oynar. Bu kurallar, tarafların irade serbestisine sınırlar koyarak, toplumsal ve ekonomik dengeleri gözetir. Özellikle yurtdışında yapılan sigorta işlemleri bağlamında, SK m.15 gibi düzenlemeler, Türkiye'nin sigorta sektörünü koruyucu bir işlev üstlenir.[75]

SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Can sigorta sözleşmeleri, günümüzde uluslararası boyut kazanan sigorta sözleşmeleri arasında özel bir konuma sahiptir. Ancak, Türk hukuk sisteminde, MÖHUK'da can sigorta sözleşmelerine özgü bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, sigorta uyuşmazlıklarında hangi hukukun uygulanacağı konusunda belirsizliklere yol açmaktadır. Sigorta sözleşmelerinde uygulanacak hukuk genellikle sözleşmelerin niteliğine göre belirlenmekle birlikte, özellikle tüketici niteliği taşıyan can sigortası sözleşmelerinde tüketici sözleşmelerine ilişkin özel kuralların dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, 5718 sayılı MÖHUK'un 26. maddesinde düzenlenen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile 24. maddesinde düzenlenen genel sözleşmelere uygulanacak hukuk arasında önemli farklılıklar bulunduğu görülmektedir.

Türk hukukunda, yabancı unsurlu can sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirsizliği, tarafların haklarının korunmasını olumsuz etkilemekte ve uygulamada ciddi sorunlara yol açmaktadır. MÖHUK'ta sigorta sözleşmelerine

[75] Ekşi (n 4) 43.

ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olması, özellikle tüketici niteliğindeki can sigorta sözleşmeleriyle ticari nitelikteki sözleşmelerin farklı rejimlere tabi olması gereken durumlarda hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Bu eksiklik, sigorta ettiren ve sigortacı tarafların haklarını zayıflatmakta ve hukuki güvenliği sarsmaktadır. Bu sorunun çözümü için, kanımızca, MÖHUK'ta sigorta sözleşmelerine özgü bir düzenleme yapılması zorunludur. Özellikle tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümler detaylandırılarak, tüketici sıfatına sahip sigorta ettirenlerin korunması güvence altına alınmalıdır.

Hukuk seçimi serbestisi, tüketicinin mutad mesken hukukunu bertaraf etmeyecek şekilde sınırlandırılmalı, kamu düzeni müdahalesi ise sigortalının haklarını zayıflatan yabancı hukuk uygulamalarını engelleyecek şekilde işletilmelidir. Ayrıca, Sigortacılık Kanunu'nda doğrudan uygulanan kuralların güçlendirilmesi ve Yargıtay'ın bu alandaki içtihatlarında tutarlılık sağlanması, uygulamada yaşanan belirsizliklerin giderilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu tür düzenlemeler, hukuki uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlayacağı gibi, sigorta ettirenin korunmasını ve Türk sigorta sektörünün uluslararası rekabet gücünü artırmayı da sağlayacaktır. Yabancı unsurlu sigorta sözleşmelerine yönelik bu eksikliklerin giderilmediği sürece hukuki koruma mekanizması tam anlamıyla işlemeyecek ve adaletin tesisi zorlaşacaktır.

Bu çalışmada, uygulanacak hukukun tespitinde tarafların tüketici sıfatının varlığı özellikle incelenmiştir. Nitekim sigortacı bakımından yapılan işlemin ticari niteliği, Sigortacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu açısından açıkça ortaya konmaktadır. Sigorta şirketlerinin kuruluş koşulları değerlendirildiğinde, sigortacıların tüketici sıfatını haiz olamayacağı açıktır. Ancak sigorta ettiren açısından durum farklılık gösterebilir. Gerçek ve tüzel kişiler açısından sigorta ettiren kavramı ayrı ayrı ele alındığında, özellikle gerçek kişilerin ticari bir faaliyet kapsamında can sigortası düzenlemiş olmaları durumunda bu işlemin ticari nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, kanunlar ihtilafı çerçevesinde hangi hukukun uygulanacağı belirlenmelidir. Ancak, gerçek kişi tacir bile olsa, eğer can sigortası sözleşmesini ticari faaliyeti kapsamında yapmamışsa, tüketici sıfatını haiz olabileceği ve bu durumda MÖHUK'un 26. maddesinin sunduğu korumadan faydalanabileceği kanaatindeyiz.

Tüzel kişiler açısından sigorta ettirenin durumu ise sınıflandırmalarına bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Ticari bir amaç gütmeyen dernek ve vakıflar açısından tüketici sıfatı, hem mevzuatta hem de doktrinde kabul edilmektedir. Bu nedenle, dernek ve vakıfların tüketici sıfatıyla yaptığı can sigortası sözleşmeleri açıkça tüketici işlemi olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde MÖHUK m.26'nın uygulanması gerekmektedir. Öte yandan, tüzel kişi tacirlerin durumu farklılık arz etmektedir. TTK m.19'da ticari işletme kavramına getirilen açıklamalar ve Yargıtay kararlarının incelenmesi ile tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatıyla hareket edemeyeceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, tüzel kişi tacirlerin can sigortası sözleşmelerinde sigorta ettiren sıfatıyla hareket etmeleri durumunda, bu işlemin bir tüketici işlemi değil,

ticari işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, tüzel kişi tacirlerin sigortacı ile yaptığı sözleşmelerde MÖHUK m.24'ün uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak, MÖHUK'ta sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin milletlerarası yetki kuralları belirlenmiş olsa da, uygulanacak hukuk konusunda düzenleme yapılmamış olması önemli bir eksikliktir. Uygulamada karşılaşılan belirsizliklerin giderilebilmesi için sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda kanunda özel bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu düzenlemeler, hem tarafların haklarının korunmasını hem de hukuki güvenliğin tesisini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akgün E, '6052 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Sigorta Sözleşmelerine Etkisi Üzerine Bir İnceleme' Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II (Beta, 2014).

Aktürk İY, (2016) 'Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı' 20(2) GÜHFD 103-128.

Aslan İY, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku (5.Baskı, Ekin 2014).

Aygün M, (2205) 'Karakteristik Edim Teorisi' (6) Eskişehir Barosu Dergisi 29-51.

Aygün M, Türk Yabancılar Hukuku Açısından Yabancı Sigorta Şirketlerinin Türkiye'de Faaliyette Bulunması (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi 2002).

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, Sigorta Hukuku (5.baskı, Yetkin 2023).

Bahtiyar M ve Biçer L, (2016) 'Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' 22(3) MÜHFHAD Cevdet Yavuz'a Armağan 395-436.

Battal A, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı' içinde Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1998) 313-332.

Bayraktaroğlu Özçelik G, (2014) 'Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini' 63(4) AÜHFD 833-878.

Bozkurt T, Sigorta Hukuku (12.Baskı, Onikilevha 2021).

Can M, Türk Özel Sigorta Hukuku, C I (1. Baskı, Adalet 2018).

Çelikel A ve Erdem BB, Milletlerarası Özel Hukuk(16.Baskı, Beta 2020).

Çilingiroğlu C, (1989) 'Devletler Özel hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri' 9(2) MHB 103-120.

Cox R, Merrett L, Smith M, Private International Law of Reinsurance and Insurance (Routledge 2014).

Demir Gökyayla C, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni (Seçkin 2001).

Demirkol B, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (Vedat 2014).

Ekşi N, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (Beta 2012).

Erkan M, (2011) 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' 15(2) GÜHFD 81-121.

Günay B, *Sigorta Hukuku* (3. baskı, Seçkin 2021).

Güngör G, Türk Milletlerarası Özel Hukuku (2.Baskı, Yetkin 2021).

Hodgin R, Insurance Law Text and Materials (2. Baskı, Candeish Publishing Limited 2002).

İnal HM, Tüketici Hukuku (3.Baskı, Seçkin 2014).

John N, Weston-Simons C ve Hodgson L, Insurance Law Handbook (5.Baskı, Bloomsbury Professional 2022).

Kayıhan Ş ve Bağcı Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (3. Baskı, Umuttepe 2018).

Kender R, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, (17. Baskı, Oniki Levha 2021).

Kocasakal H, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (Vedat 2003).

Merkin R, Insurance Law An Introduction (Routledge 2014).

Nomer E, Devletler Hususi Hukuku (22. Baskı, Beta 2017).

Ozanoğlu HS, (2001) 'Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı Bulması' 50(1) 55-90.

Ökçün AG, Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, (Ankara Üniversitesi SBF Yayını 1967).

Özdamar M and Doğan B, *Sigorta Hukuku* (Seçkin 2021).

Özdemir Kocasakal H, (2010) 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' 30(1-2) MHB 27-88.

Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, Milletlerarası Özel Hukuk (2.Baskı, Onikilevha 2023).

Pürselim HS, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' içinde Sibel Özel ve Mustafa Erkan, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (Onikilevha 2018) 73-99.

Ruhi AC, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi (Onikilevha 2019).

Seatzu F, Insurance in Private International Law A European Perspective (Hart 2003).

Sirmen S, 'Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 26(3) BATIDER 41-61.

Sirmen S, Zarar Sigortları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilafı (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2006).

Stempel JW, Swisher PN ve Knutsen ES, Principle of Insurance Law (4.Baskı, LexisNexis 2012).

Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk (11. Baskı, Vedat, 2024).

Tarman ZD, (2019) 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması' 39(1) 325-356.

Tyagi CL ve Tyagi M, Insurance Law and Practice (Atlantic 2007).

Ulaş I, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (8.Baskı, Turhan 2012).

Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, Sigora Hukuku (3.Baskı, Filiz 2020).

Zevkliler A ve Aydoğdu M, Tüketicinin Korunması Hukuku (3.Baskı, Seçkin 2004).

Kararlar

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1997/3609, K: 1997/5636, KT: 19.6.1997.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2016/4549, K:2017/6622, KT:27.11.2017.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2005/17295, K: 2006/1165, KT: 3.2.2006.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E: 2006/7421, K: 2006/10706, KT: 17.7.2006.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2006/13-637, K: 2006/639, KT: 8.11.2006.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/19-500, K: 2011/550, KT: 21.09.2011.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2014/28, K:2015/1745, KT: 24.06.2015.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E: 2010/1, K:2012/1, KT: 10.02.2012.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683957

MAKÛL SÜREDE YARGILAMA YAPILMASINDA YAPAY ZEKÂNIN ETKİSİ

The Impact of Artificial Intelligence on Trial in Reasonable Time

Seyhan SELÇUK*

Özet

Adalete erişimi kolaylaştıran, mahkemeler ve avukatlar arasındaki iletişimi geliştiren ve hâkimlerin ve mahkeme idaresinin çalışmalarına doğrudan yardım sağlayan dijital araçlar, adaletin yerine getirilmesinde uzun zamandır kullanılmaktadır. Yargı organlarının iş yükü ve bugünün teknolojik gelişmeleri dikkate alındığında, yargının dijitalleşmesi ve bu açıdan yapay zekâ uygulamalarından yararlanılması gerekliliği, Dünya'da teknolojik gelişmeler de dikkate alındığında, son yıllarda çok fazla tartışılmaya başlanmıştır. Bu çerçevede, hukuk uyuşmazlıklarının çözüm süreci bakımından yargılamada yapay zekâdan yararlanılması ve böylece uyuşmazlıkların çözümünün daha kolay ve basit hale getirilmesinin ve bilhassa makûl sürede yargılamaların tamamlanmasında yapay zekânın hizmet edip edemeyeceği sorusuna cevap aranmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmada, yargısal süreçte kullanılan veya kullanılabilecek yargılama yapılmasını destekleyen yapay zekâ sistemlerine ilişkin Dünya'daki farklı örnekler de dikkate alınmak suretiyle, yapay zekânın makûl sürede yargılamaya olan etkisinin ne olabileceği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Makûl süre, makûl sürede yargılanma hakkı, dijitalleşme, yapay zekâ

Abstract

Digital tools have long been used in the administration of justice, facilitating access to justice, improving communication between courts and lawyers, and providing direct assistance to the work of judges and court administration. Considering the workload under which judicial bodies are almost overwhelmed and today's technological developments, the digitalization of the judiciary and the necessity to make use of artificial intelligence (AI) applications in this respect have started to be discussed a lot in recent years, taking into account the technological developments in the world. In this perspective, it is tried to seek an answer to the question of whether AI can be utilized in the judicial process in terms of the resolution process of legal disputes and thus making the resolution of disputes easier and simpler, and especially whether AI can serve to complete the proceedings within a reasonable time. In this article, the impact of AI on the trial within a reasonable time will be discussed by taking into account the different examples in the world regarding AI systems that support the trial within a reasonable time.

Keyword: Reasonable time, right to a trial within a reasonable time, digitalization, artificial intelligence

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.12.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir-Türkiye, selcukseyhan07@gmail.com, https://orcid.org/0000-0001-5074-6722.

Bu makale *"Yargıda Dijitalleşmenin Medeni Yargılamaya Egemen Olan İlkelere Etkisinin Araştırılması (224K031)"* projesi kapsamındaki araştırmalar çerçevesinde kaleme alınmıştır.

GİRİŞ

Yapay zekânın toplumda kullanımı yeni bir fikir olmamakla birlikte, büyük verinin yükselişi ve hesaplama gücündeki artış, yapay zekânın üstlenebileceği toplumsal rollere olan ilginin son yıllarda artmasına sebep olmuştur[1]. Yargılama da toplumsal bir değişim içerdiğinden, bilimsel ve teknolojik değişimleri görmezden gelemeyecek ve bu ilerlemeden kaçınılmaz olarak etkilenecektir. Bunun bir sonucu olarak, yargısal süreçte, yapay zekâ kullanımı ve bu kullanımın nasıl olabileceği hususu, Dünya'da çeşitli kullanım alanlarıyla ilgili gerek teoriksel gerekse uygulamaya yönelik birtakım arayışların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Uyuşmazlık çözüm sürecinde, yargı makamının temel işlevini yerine getirmesinde, yargılama sürecinin kapsadığı zaman dilimi, hakkın yerine getirilmesini sağlama açısından çok önemlidir. Yargı makamlarına duyulan güvenin korunması için hakkın mümkün olan en kısa sürede hak sahibine teslim edilmesi, uyuşmazlığın taraflarının en kısa sürede tatmin edilmesini gerektirmektedir. Bilhassa yargısal sürecin belli bir zamana yayılan süreci kapsadığı ve yargılamalardaki gecikmelerin büyük bir sorun oluşturduğu dikkate alındığında, yapay zekânın yargılamanın hızlandırılmasına sunabileceği katkıların görmezden gelinmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, Avrupa yargı sistemlerinde yapay zekâ algoritmalarının kullanımı öncelikle özel sektörde kalmış (örneğin sigorta şirketleri, hukuk departmanları, avukatlar ve bireyler) olmakla birlikte, kamu karar vericileri de özel sektör tarafından kullanılan yapay zekâ araçlarının kamu politikalarına entegre edildiğini görmek istemiştir[2]. Bu açıdan yargısal sürecin hızlandırılmasını sağlamak üzere yargıda yapay zekâ kullanımı son yıllarda popüler hale gelmiş ve buna ilişkin çeşitli ülkelerde farklı özellikleri esas alan modeller üzerinde araştırmalar yapılmaya başlanmıştır.

I. MAKÛL SÜREDE YARGILANMA

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6'ya göre herkes makûl bir süre içinde adil bir yargılanma hakkına sahiptir. Makûl sürede yargılama, devletin yetkili organları tarafından yargılama işleminin yapılması için öngörülen, herkes tarafından ortalama olarak kabul edilebilecek, en uygun sürede yapılan yargılamayı ifade etmektedir[3]. Dolayısıyla makûl süre, gerçeğe ulaşmak için yargılamada geçirilmesi

---

1 Rebecca Crootof, 'Cyborg Justice And The Risk Of Technological-Legal Lock-In', (2019) 119(20) Columbia Law Rewiew Forum 233, 236.

2 "European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment", European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), (Council of Europe Portal, 4 December, 2018) 14.

3 Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku (10.Bası, Yetkin Yayıncılık 2024)151; İlyas Karahan, 'Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk Hukuku'nda Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2019), 30. Makûl süre, yargılamanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar adalet çerçevesinde akla ve vicdana uygun zaman aralığı içinde yargılamanın geçmesini ifade etmektedir (Cumhur Rüzgaresen, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi (Yetkin Yayıncılık 2013) 174). Öyle ki, bazı durumlarda makûl sürede yargılama tamamlanmamış olması sebebiyle yargılama

gereken en uygun süredir. Bu ilke, yargılamaların mümkün olan en kısa sürede tamamlanması gerektiğini belirtmekle birlikte, yargılamanın her ne pahasına olursa olsun çabuk bir şekilde sonuçlandırılmasını amaçlayan bir ilke olarak da anlaşılmamalıdır[4]. Dolayısıyla burada esas olan, çabukluktan ziyade makûl süre içinde yargılamanın tamamlanmasıdır.

Makûl sürede yargılanma hakkı, davanın taraflarını yargılamanın makûl olmayan bir şekilde uzamasına karşı korumayı hedeflemektedir[5]. Zira, yargılamanın makûl olmayacak bir şekilde uzaması, yargının etkinliğini ve güvenilirliğini[6] tehlikeye atabilecektir. Etkin hukukî korumanın temini bakımından makûl sürede yargılama yapılmalıdır[7]. Gecikmiş adaletin, adalet olamayacağı prensibinden hareketle, davaların makûl süre içinde sonuçlandırılması bir zorunluluktur. AİHS m. 6, herkes için makûl sürede yargılama yapılmasını temin etmektedir. Bu teminatın amacıysa, bireylerin uzun usûlî gecikmelere karşı korunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla adaletin inandırıcılığı ve etkinliğini zedeleyebilecek gecikmelerin olmaması sağlanmaya çalışılmaktadır. Makûl süre koşulu, makûl sürede adil karar yoluyla kişinin içinde bulunduğu belirsizliğin giderilmesini teminat altına almaktadır. Bu ise hem kişinin menfaati hem de yasal kesinlik açısından gereklidir.

Yargı organlarının etkin çalışması, davalar ile elde edilmeye ya da korunmaya çalışılan haklar açısından temel bir güvence sağlamaktadır. Bu ilke, usule ilişkin haklar ile maddi haklara ilişkin bir güvence sunmaktadır. Bu bağlamda, yargılamaların uzun sürmesi ve makûl sürenin aşılması, kişilerin mahkemeye başvurmayı tercih etmemelerine neden olabilecektir. Devletin varlık nedenlerinden olan toplumsal düzeni sağlama ve adalet dağıtma fonksiyonlarında zafiyet oluşabileceğinden AİHS, makûl sürede yargılanma hakkıyla ilgili düzenleme yaparak, yargılamanın makûl sürede bitirilmesini devlet için yükümlülük, kişiler içinse bir hak olarak düzenlemiştir[8]. Ayrıca, makûl süre içerisinde yargılamanın tamamlanmasına katkı

---

sonucunda verilen lehe kararın dahi anlamsızlaşması sonucuna sebebiyet verebilir (Murat Atalı, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku (7.Bası, Yetkin Yayıncılık 2024) 133).

4 Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku C. I (6.Bası, Yetkin Yayıncılık 2024) 461, 462; Hakan Pekcanıtez, 'Medeni Yargıda Adil Yargılanma' (1997) 2 İzmir Barosu Dergisi 35, 43; Rüzgaresen (n 3) 175; Yaşar Demircioğlu, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, (Yetkin Yayıncılık 2007) 289.

5 Süha Tanrıver, 'Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 56 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 191, 198; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay and Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (12.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024) 200; Atalı,Ermenek and Erdoğan (n 3) 133; Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler (2.Bası, Beta Yayıncılık 2005) 372; Demircioğlu (n 4) 286; Rüzgaresen (n 3) 176; Karahan (n 3) 28.

6 *Vernillo v Fransa* başvurusu, App no 11889/85 (ECHR 20 Feb 1991).

7 M. Kamil Yıldırım, 'Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler' (Alkım 2003) Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan 467, 468.

8 *König* v *Almanya* App no 6232/73 (ECHR 28 June1978; *Pélissier and Sassi* v *France* App no 25444/94 (ECHR 25 March1999).

sağlamak mahkemelerin yanı sıra tarafların da ödevleri arasında yer almaktadır[9].

Egemenlik haklarının bir gereği olarak devlet yargı erkinin en uygun şekilde örgütlenmesinden, doğruluk içinde çalışmasından yükümlüdür. Dolayısıyla devlet, uyuşmazlıkların çözümünün sürüncemede kalmasını önlemek ve yargılamaların uzamasını engelleyebilmek için gerekli düzenlemeleri yapmalıdır. Bu bağlamda, Anayasa m. 36'da adil yargılanma hakkı anayasal güvence altına alınmış; Anayasa m. 141'de, açıkça davaların makûl süre içinde bitirilmesi zorunluluğu, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle[10] sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 30 hükmünde ise, medeni yargılamada usûl ekonomisinin bir unsuru olarak, hâkimin yargılamanın makûl süre içinde yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, devletin her türden yargılama sürecini olabildiğince kısa sürede sonuçlandırması ve adalete erişimi sağlayabilmek için her türlü tedbiri alması gerekmektedir.

Yargılama faaliyetinin kapsadığı süre, makûl süre değerlendirmesinin konusunu teşkil ettiğinden, yargılama faaliyetinin makûl sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için yargılama faaliyetinin zamansal boyutunun belirlenmesi gerekmektedir. Makûl süre önceden belirlenen bir süreyi veya azami bir süreyi ifade etmediğinden, sözleşmede yargılamaların makûl sürede tamamlanması öngörülmekle birlikte, hangi süre içinde yapılacak bir yargılamanın makûl süre olarak nitelendirileceğiyle ilgili sabit bir süre belirlemesi yapılmamıştır[11]. Sürenin makûl bir süre olup olmadığı belirlenirken, her somut olayın özelliklerine bağlı olarak bir değerlendirme yapılmalıdır[12]. Makûl süreyle ilgili belirleme yaparken AİHM[13], yargılama süresinin başlangıç ve bitiş tarihlerini esas almak suretiyle bir değerlendirme yapmakta, bu değerlendirmeyi yaparken de hesaplanan sürenin, makûl süre olarak kabul edilebilir olup olmadığını somut olay çerçevesinde ele almaktadır. Bu açıdan yargılamanın makûl süre içinde yapılıp yapılmadığı tespit edilirken, makûl

---

9 Tanrıver (n 4) 460; Tanrıver (n 5) 199.

10 Düzenlemede makûl süre kavramı kullanmakla birlikte, hükmün amacının, yargılama faaliyetinin sürüncemede kalmasını önlemek ve tarafların uzun gecikmelere karşı korunmasını sağlamak olduğu kabul edilmektedir (Anayasa Mahkemesi 69/149, 11.10.2012).

11 Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ile yargılamalarda hedef süre belirlemesi yapılmıştır.

12 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası (n 3) 152; Tanrıver (n 4) 460; Tanrıver (n 5) 199; Pekcanıtez (n 4) 41; Pekcanıtez, Atalay and Özekes (n 5) 200; Rüzgaresen (n 3) 182; İnceoğlu (n 5) 373,380; Demircioğlu (n 4) 287,288; Karahan (n 3) 28; Ayşe Özkan Duvan, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287,291. Ayrıca bkz. *Boddaert v Belgium* App no 12819/87 (ECHR 12 Oct1992); *Dobbertin v. France* App no 13089/87 (ECHR 25 Feb1993).

13 AİHM'nin gelecekte, yapay zekânın kullanımının yaygınlaşması ihtimalinde yargılamanın makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığı değerlendirmesine yapay zekâ kriterini de eklemesi kuvvetle muhtemeldir. Zira, yargılamada yapay zekâ kullanımı, yapay zekânın kullanıldığı ve kullanılmadığı ülkelerde makûl süre hesabının değişmesine ve makûl süre hesaplamalarının her somut olayda yapay zekâ kullanılıp kullanılmamasına göre yeniden değerlendirilmesine yol açabilecektir.

sürenin başlangıcının ve sürenin bitişinin hangi tarihlerde gerçekleştiği belirlenmelidir. Hukuk davalarında[14], yargılamanın makûl sürede yapılıp yapılmadığı belirlenirken genellikle davanın yetkili mahkeme önünde açıldığı andan başlanarak nihai kararın şekli anlamda kesinleşmesine kadar geçen süre esas alınmaktadır[15]. Hesaplanan sürenin, makûl süre olarak nitelendirilmesindeyse, davanın karmaşıklığı (niteliği)[16], başvuranın[17] ve ilgili makamların tutumuna[18] bakılmak suretiyle değerlendirme yapılmaktadır[19].

Makûl sürenin ihlâli nedenleri çok farklı olabilmektedir. Bunların bir kısmı mevzuatla ilgili olup, önemli bir kısmı da uygulamayla ilgilidir. Yargılamanın uzamasında etkili olan sebepler farklılık gösterebilmekle birlikte[20], medeni yargılama bağlamında makûl sürenin aşılmasına sebep olabilecek hususların bir kısmı maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi usule ilişkin yöntemler de olabilmektedir. Gecikme sebeplerine, dava sayısının fazla olması, tarafların eğitim eksikliği, tarafların hazırlıksız olarak davaya katılması, tarafların zamanında delilleri sunmaması, bi-

---

14 Fakat mahkemeye başvurmadan önce idari bir makamdan karar alınması gibi özel bir koşul aranıyorsa, makûl sürenin başlangıcı idari makama müracaat tarihidir (Tanrıver (n 4) 460; Tanrıver (n 5) 199; Pekcanıtez (n 4) 42; Pekcanıtez, Atalay and Özekes (n 5) 200; İnceoğlu (n 5) 377; Özkan Duvan (n 11) 312; Karahan (n 3) 28). Ceza yargılamasında makûl süre hesaplanırken, yargılamanın başlangıcı AİHM kararlarında kişinin suç isnadına muhatap olduğu an olarak belirlenmiştir. Kişinin suç isnadına muhatap olduğu an mahkemede dava açılmadan önce gerçekleştiğinde yargılama süresi de bu andan itibaren başlamış olacaktır. Sürenin bitimiyse, yargılamanın kesin hükme bağlandığı tarihtir (*Eckle and Eckle v Germany* App no 8130/78 (ECHR 15 Jul 1982).

15 Tanrıver (n 4) 460; Tanrıver (n 5) 199; Pekcanıtez (n 4) 41, 42; Pekcanıtez, Atalay and Özekes (n 5) 200; Rüzgaresen (n 3) 178-180; İnceoğlu (n 5) 377, 378; Karahan (n 3) 28,29. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruyla ilgili son istatistik verilerine göre, makûl sürede yargılanma hakkı ihlali % 70 oranındadır (Atalı,Ermenek and Erdoğan (n 3) 133).

16 Davanın karmaşıklığı (niteliği); hukukî meselenin çözümündeki zorluk, delillerin toplanması ve değerlendirilmesindeki zorluğu esas alarak belirlenmektedir (Tanrıver (n 4) 460; Tanrıver (n 5) 199; Pekcanıtez (n 4) 42; İnceoğlu (n 5) 381; Karahan (n 3) 29).

17 Yargılama sırasında, başvuruda bulunan davayı geciktirici tutum ve davranışlarda bulunmamış olmalıdır (Pekcanıtez (n 4) 42; Tanrıver (n 4) 461; Tanrıver (n 5) 199, 200; İnceoğlu (n 5) 383; Karahan (n 3) 29). Başvuranın davranışı, yargılamanın uzunluğunu etkilemişse, bu husus Devlet'e atfedilemeyecek nesnel bir olgu olacağından, Devlet'in sorumluluğu gündeme gelmemektedir.

18 Başvuru konusu olan benzer davalarda ulusal yargı makamlarının tutumunu ifade etmekle birlikte, bu konuda genel bir süre koymak ve bu süre aşıldığında makûl sürede yargılama yapılmadığını belirtmek mümkün değildir (Tanrıver (n 4) 461; Tanrıver (n 5) 200; Pekcanıtez (n 4) 42; İnceoğlu (n 5) 386; Karahan (n 3) 29). Ayrıca, güvenlik, tapu, nüfus gibi birimlerden ulaşacak bilgi ve belgelerin gecikmesi de ilgili makamlarım tutumu kapsamında değerlendirilecektir (Karahan (n 3) 87).

19 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası (n 3) 152; Tanrıver (n 4) 460; Tanrıver (n 5) 199, 200; Pekcanıtez (n 4) 42; Pekcanıtez, Atalay and Özekes (n 5) 200; Atalı,Ermenek and Erdoğan (n 3) 133; İnceoğlu (n 5) 373; Özkan Duvan (n 11) 313; Karahan (n 3) 29. Makûl sürenin tayininde, dava sonucu önemli ve etkili olmadığından, Devlet makûl süre aşılmamış olsaydı dahi yargılama sonucunda verilecek kararın değişmeyeceğini ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz (Tanrıver (n 4) 461; Tanrıver (n 5) 200; Rüzgaresen (n 3) 175; İnceoğlu (n 5) 375).

20 Yargılanın uzamasına sebep olan diğer hususlarla ilgili ayrıntılı bilgi için Özkan Duvan (n 11) 292 vd.; Karahan (n 3) 50 vd.

lirkişilik sürecinin uzun sürmesi, tanıklarla ilgili yazışmaların hızlı ve sağlıklı bir şekilde yapılamaması, tebligata ilişkin sorunlar, taraf teşkilinde yaşanan sorunlar, hâkimlerin dava konusu hakkında yeterince bilgi sahibi olmaması, yargısal birliğin sağlanamaması, yargı kararlarındaki çelişkiler, adliyelerdeki personel azlığı, mahkemelerde araç, gereç ihtiyacının olması, resmi kurumların, mercilerin mahkemelerden gelen talepleri aksatması gibi sebepler örnek olarak verilebilir[21]. Ayrıca hukukumuzda, yüksek mahkemeler tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları dışındaki mahkeme kararlarının hukukî bağlayıcılığının bulunmaması ve bu sebeple, benzer uyuşmazlıklarda Yargıtay'ın farklı yönde kararlar verebilmesinin de çelişen içtihatlara ve uzayan yargılamaların ortaya çıkmasına ortam hazırladığı belirtilmektedir[22]. Mahkemelerin aşırı iş yükü[23] aynı zamanda hâkimlerin çalışma kalitesini olumsuz etkilemekte ve basit uyuşmazlıkların dahi karara bağlanma süresini uzatabilmektedir.

II. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay zekânın genel kabul gören belli bir tanımı bulunmamaktadır. Yapay zekâ, özünde zekâ sergileyen makineleri anlamak ve inşa etmekle ilgilidir[24]. Bununla birlikte, yapay zekâ kavramı dar (zayıf) ve genel (güçlü) olmak üzere iki tip sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.

Dar (zayıf) anlamda yapay zekâ, akıllı olarak nitelendirilen teknikleri kullanarak öngörülen belirli bir hedefe/hedeflere ulaşma yeteneğine sahip sistem şeklinde tanımlanmaktadır[25]. Bu sınırlı hedefler, çeviri gibi doğal dil işleme işlevlerini veya alışılmadık bir fiziksel ortamda gezinme gibi işlevleri yerine getirebilmektedir[26]. Bu modeller sadece tasarlandıkları görev için uygundur. Dolayısıyla burada yapay zekâ, aynı anda yalnızca tek bir görevi yerine getirebilmektedir[27]. Günümüzde Dün-

---

21 Detaylı bilgi için Özkan Duvan (n 11) 293 vd.; Karahan (n 3) 51 vd. Görevsizlik, yetkisizlik, düşme, ortadan kaldırma, birleştirme kararlarının da yargılamanın uzamasına sebep olan diğer nedenler olduğu belirtilmektedir (Mustafa T. Yücel, 'Adli Yargıda Makul süre Felsefesi ve Matematiği' 2015 (117) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35, 50; Karahan (n 3) 55; Özkan Duvan (n 11) 297).

22 Özkan Duvan (n 11) 296,297.

23 Adli Sicil Müdürlüğünün hazırladığı 2023 yılına ilişkin hukuk mahkemelerinde mahkeme türüne göre dosya, dava ve taraf sayılarını gösteren *"Adalet İstatistikleri 2023"te* ifade edildiği üzere Türkiye'de 2023 yılında derdest toplam 4.992.731 dava bulunmaktadır. Bu derdest davalar: 1.991.076 geçen yıldan devreden; 2.887.859 yıl içinde açılan; 113.796 bozularak gelen; 2.883.030 karara bağlanan; 2.109.701 gelecek yıla devredecek davalardır (<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1042024101742Adalet%20%C4%B0statistikleri%202023.pdf> accessed 24.12.2024).

24 Walter A. Mostowy, 'Explaining Opaque at Decisions, Legally' (2020) 35 (4) Berkeley Technology Law Journay 1291, 1294.

25 Jacob Turner, *Robot Rules Regulating Artificial Intelligence,* (Palgrave Macmillan 2019) 6; Tiia-Helinä Heikkinen, 'How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?' (Master Thesis, Lund University 2019) 12.

26 Turner (n 22) 6; Heikkinen (n 22) 12.

27 Turner (n 22) 6; Heikkinen (n 22)12.

ya'daki yapay zekâ sistemlerinin büyük çoğunluğunun, bu dar ve sınırlı türe daha yakın olduğu söylenmektedir[28].

Genel (güçlü) yapay zekâ ise, sınırsız sayıda hedef yelpazesine ulaşma yeteneğine sahip olan ve hatta belirsizlik veya muğlaklık durumları da dahil olmak üzere bağımsız olarak yeni hedefler belirleyebilen yapay zekâdır[29]. Genel yapay zekânın, insanlarda zekâ olarak düşündüğümüz özelliklerin çoğunu kapsadığı söylenebilir. Ancak, insan yetenekleri seviyesine yaklaşan genel bir yapay zekâ henüz mevcut değildir[30].

Yapay zekâyı tanımlamak oldukça zor olmakla birlikte, ortak bir tanım üzerinde de anlaşılmış değildir. Yapay zekâ kavramı üzerinde belli bir uzlaşının olmamasının faydalı olduğu belirtilmektedir. Söz konusu fayda kendisini, bu alanın muhtemelen giderek artan bir hızla büyümesinde, gelişmesinde ve ilerlemesinde göstermektedir[31]. Bundan dolayıdır ki yapay zekâyı tanımlamanın, ufku kovalamaya benzeyebileceği ve belli bir tanımlamaya ulaşsak bile onun çoktan farklı bir noktaya ulaşmış olabileceği söylenmektedir[32]. Bununla birlikte, yapay zekânın bugüne kadar öne sürülen evrensel tanımlarının çoğu ya insan merkezli ya da rasyonalist kategorilerden birine girmektedir[33]. İnsan merkezli tanımda, yapay zekâ ile insan karşılaştırılırken; rasyonalist tanımda, rasyonel düşünmeye veya davranmaya[34] odaklanılmakta ve insanla olan bağlantısından uzak durulmaktadır. Yapılan yeni yapay zekâ tanımlarında rasyonel düşünmeye veya hareket etmeye odaklanıldığı söylenebilir[35]. Yapay zekânın rasyonel düşünüp hareket etmesi, sisteminin hedefleri ve bu hedeflere yönelik nedenleri olduğu anlamına geleceğinden, onu akıllı yapmakta ve hedefe yönelik olarak performans göstermesini sağlamaktadır[36].

Bir tanımda yapay zekâ, normalde insanlar tarafından gerçekleştirilen görevleri yerine getirmek veya sorunları çözmek için bilgisayar tabanlı sistemlerin kul-

---

28 Turner (n 22) 6; Heikkinen (n 22)12; Melinda Szappanyos, 'Artificial Intelligence: Is the European Court of Human Rights Prepared?' (2023) 11(1) Acta Humana 93,96.

29 Turner (n 22) 6; Heikkinen (n 22)12.

30 Heikkinen (n 22) 12.

31 Peter Stone, Rodney Brooks, Erik Brynjolfsson, Ryan Calo, Oren Etzioni, Greg Hager, Julia Hirschberg, Shivaram Kalyanakrishnan, Ece Kamar, Sarit Kraus, Kevin Leyton-Brown, David Parkes, William Press, AnnaLee Saxenian, Julie Shah, Milind Tambe, and Astro Teller, 'Artificial Intelligence and Life in 2030' (One Hundred Year Study on Artifcial Intelligence: Report of the 2015–2016 Study Panel Stanford, CA: Stanford University 2016), 12 <ai100report10032016fnl_singles.pdf> accessed 20 Oct 2024).

32 Turner (n 22) 8.

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. Turner (n 22) 9 vd.; Russell Stuart and Peter Norvig, *Artificial Intelligence A Modern Approach* (Fourth Edition, Pearson 2021) 1 vd.

34 Rasyonel düşünmek, yapay zekânın hedefleri ve bu hedeflere yönelik nedenlerini; rasyonel davranmak, yapay zekânın hedefe yönelik performansını ifade etmektedir (Turner (n 22)13; Stuart and Norvig (n 30) 1,2).

35 Turner (n 22)13.

36 Heikkinen (n 22) 15; Turner (n 22) 13.

lanılmasına ilişkin çalışma şeklinde tanımlanmıştır[37]. Başka bir tanımda ise yapay zekâ, bir kullanıcı tarafından sürekli yönlendirilmesine gerek kalmadan karmaşık ortamlarda görevleri yerine getirme ve deneyimlerden öğrenerek[38] performanslarını geliştirme yeteneğine sahip otonom uyarlanabilir sistem olarak ifade edilmiştir[39]. Bu anlamda yapay zekâ, kavramlar, problemler ve bunları çözmeye yönelik yöntemlerden oluşan bir bütündür[40]. Bir başka tanımda ise yapay zekâ, yalnızca anlamakla değil, aynı zamanda akıllı varlıklar oluşturmakla da ilgili olan ve çok çeşitli yeni durumlarda nasıl etkili ve güvenli bir şekilde hareket edileceğini hesaplayabilen makinelerdir[41]. Diğer bir tanımdaysa, insanların bilişsel yeteneklerini bir makine tarafından yeniden üretmeyi amaçlayan bilimsel yöntemler, teoriler ve teknikler bütünü yapay zekâ olarak nitelendirilmiştir[42].

AB Yapay Zekâ Tüzüğü m. 3 hükmünde ise[43], "Yapay zekâ sistemi, değişen seviyelerde özerklikle çalışmak üzere tasarlanan, konuşlandırıldıktan sonra uyarlanabilirlik gösterebilen, açık veya örtülü hedefler için, girdilerden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerikler, öneriler veya kararlar gibi çıktıların nasıl üreteceğini belirleyebilen makine tabanlı bir sistem" şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, yapay zekâya ilişkin genel kabul gören bir tanım yapılması, onun günden güne değişip gelişmesi de dikkate alındığında oldukça zordur. Bu çalışmada da herhangi bir bağlamda uygulanabilecek evrensel, çok amaçlı bir yapay zekâ tanımı ortaya koymak amaçlanmadığından ve kavramsal anlamda onun anlaşılabilmesi hedeflendiğinden yapay zekâ, kendisine kurallar koyabilen ve değerlendirici bir süreçle seçim yapabilen biyolojik olmayan özerk bir varlık olarak nitelendirilmektedir[44].

---

37 Omar E. M. Khalil, 'Artificial Decision-Making and Artificial Ethics: A Management Concern' (1993) 12(4) Journal Of Business Ethics 313, 313.

38 Bilgisayar verilerinden öğrenen yapay zekânın, öğrenme süreci makine öğrenimidir (ML). Makine öğrenimi, günümüzde yapay zekâ olarak kabul edilen şeylerin çoğuna imkân sağlamaktadır. Uygulayıcılar yapay zekâyı birçok sorunlu alana adapte ettikçe, model adı verilen birçok farklı makine öğrenim türü karşımıza çıkmaktadır (Mostowy (n 21) 1294, 1295).

39 Heikkinen (n 22)12.

40 *ibid* 12.

41 Stuart and Norvig (n 30) 1.

42 CEPEJ, 69.

43 <Regulation - EU - 2024/1689 - EN - EUR-Lex> accessed 25 Oct 2024).

44 Turner (n 22) 15; Heikkinen (n 22) 15. Avrupa Birliği, Avrupa toplumunu dijitalleştirmek ve robotik ve yapay zekâ teknolojileri de dahil olmak üzere yenilikçi teknolojilerde rekabet gücünü korumak için 2021-2027 AB mali konsolidasyonunun sistemik bir bileşeni olarak Dijital Avrupa Strateji Programı'nı benimsemiştir. Bu programın temel amacı, yüksek performanslı bilgi işlem, yapay zekâ, siber güvenlik ve güven, yüksek düzeyde dijital okuryazarlık, uygulama ve dijital okuryazarlığın optimal kullanımı dahil olmak üzere her biri kendi bütçesine sahip en önemli alanlarda gelişmekte olan teknolojilerin uygulanması için finansman sağlayarak dijital dönüşümü teşvik etmektir (<Regulation - 2022/720 - EN - EUR-Lex> accessed 30 Oct 2024). Rusya'da ise, şu anda, yapay zekâ teknolojileri Rus yargı sisteminde yaygın olarak kullanılmamaktadır. Rusya Federas-

III. YARGILAMADA YAPAY ZEKÂ KULLANIMI İLE MAKÛL SÜRE ARASINDAKİ İLİŞKİ

Son yıllarda teknolojinin gelişmesi ve yapay zekânın hayatımızın büyük bir kesimine daha fazla dahil olmasının bir sonucu olarak, mahkemelerde uyuşmazlık çözüm sürecinde de farklı yapay zekâ çeşitlerinden faydalanılması fikri kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır[45]. Bilhassa, yargılama faaliyetinde, yargılamanın etkinliğinin ve güvenilirliğinin sağlanabilmesi beklentisi dikkate alındığında, yargılamanın makûl süre içerisinde gerçekleştirilmesine engel olan sorunlar bakımından kalıcı çözümler üretilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, dijitalleşmenin ve bu bağlamda yapay zekânın sağladığı getirilerin doğru bir şekilde yargılama faaliyetine bir sistem dâhilinde alınarak kullanılması, yargılama sürecinin daha hızlı gerçekleşmesine katkı sunabilir.

Yapay zekânın yargısal süreçte kullanılmak istenmesinin sebebinin adalete erişimi teşvik etmek ve yargısal işleyişin verimliliğini ve kalitesini artırmak istenmesi olduğu söylenebilir[46]. Bilhassa hâkimlerin, günümüzde mevcut olan otomatik sistemlere kısmen devredilebilecek iş ve işlemlerle aşırı yüklendiği dikkate alındığında[47], yapay zekânın yargısal işleyişte kullanımının, onların iş yükünü önemli

---

yonu Devlet Başkanı'nın 10 Ekim 2019 tarih ve 490 sayılı *"Rusya Federasyonu'nda Yapay Zekânın Geliştirilmesi Hakkında"* Kararnamesi ile 2030 yılına kadar olan dönem için *"Yapay Zekânın Geliştirilmesi Ulusal Stratejisi"* ile yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesi ve kullanılması için ilkeleri belirlemek hedeflenmektedir. Strateji, yapay zekâ kullanmanın temel görevinin, adalet idaresinde yürütülen operasyonlar da dahil olmak üzere rutin (tekrarlayan) üretim operasyonlarının otomasyonu olduğunu şart koşmaktadır. Bu Strateji ile hedeflenen eşitlik hükümleri çerçevesinde, belgelerin elektronik ortamda mahkemeye uzaktan sunulmasını, davanın ilerleyişi hakkında bilgi edinilmesini, web konferans teknolojisini kullanarak duruşmalara katılımını, elektronik imzalı bir mahkeme ile imzalanmış mahkeme belgelerinin elektronik kopyalarının alınmasını sağlayan *"Çevrimiçi Yargılama"* sisteminin geliştirilmesidir (Vasiliy A. Laptev and Daria R. Feyzrakhmanova, 'Application of Artificial Intelligence in Justice: Current Trends and Future Prospects' (2024) 4 (3) Human-Centric Intelligent Systems 1, 5).

45 Yapay zekânın yargılamada kullanımı ve AİHS m. 6'da güvence altına alınan haklara etkisine ilişkin henüz AİHM tarafından verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AİHM'nin doğru bir şekilde vurguladığı üzere, AİHS m.6 ve genel olarak sözleşme, mevcut ekonomik ve sosyal koşullar dikkate alınarak günümüz koşulları ışığında yorumlanmalıdır. Nitekim AİHM'e göre, Sözleşme *"yaşayan bir araç olarak"* nitelendirilmektedir (*Tyrer v United Kingdom* App no 5856/72 (ECHR 25 April1978). Dolayısıyla hukuk yargılamalarında yapay zekâ araçlarının otomatikleştirilmesi olasılığı da dahil olmak üzere, yargılama (ve adalet) üzerinde etkisi olabilecek teknolojik değişikliklere ilişkin Dünya'daki farklı kullanım şekilleri de dikkate alındığında yapay zekâya ilişkin değerlendirmeleri içeren bir içtihadın yakın zamanda oluşturulması kuvvetle muhtemeldir.

46 Kalliopi Terzidou, 'The Use of Artificial Intelligence in the Judiciary and Its Compliance with the Right to a Fair Trial' (2022) 31 Journal of Judicial Administration 154, 155; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 2. Dijitalleşme bakımından benzer yönde Muhammet Özekes, "Dijital Çağda Yargılama, Adalete Erişim Ve Yargılama İlkelerine Genel Bakış", in Muhammet Özekes (ed), *Dijital Çağda Medeni Yargı 2022'den Bakış* (Adalet 2022)13, 25.

47 Alina Pastukhova, 'Artificial Intelligence as a Judge: Can We Rely on a Machine?' (Master Paper, Ghent University 2017) 29; Franciska Zsófia Gyuranecz, Bernadett Krausz and Dorottya Papp,

ölçüde azaltmaya ve yargısal işleyişin kalitesinin ve verimliliğinin artırılmasına hizmet edebileceği belirtilebilir.

Yapay zekânın bağımsız olarak girdi verileriyle (yarı) otonom eğitime dayalı olarak gelişerek otonom olarak hareket edebilmesi, değerlerin girdisi ve çıktısı yoluyla çevreleriyle etkileşime girebilmeleri ve önceki deneyimlerine dayanarak işlev parametrelerini değiştirerek çevrelerine uyum sağlayabilmeleri[48], yargısal işleyişin verimliliğinin ve kalitesinin artırılmasında kullanılabilir. Bu anlamda yapay zekâdan sadece iletişim, veri ve bilgi ilişkisi anlamında değil aynı zamanda bunların işlenmesi, işlenme süreci ve değerlendirilmesi bakımından da yararlanılabilir. Uyuşmazlıkla ilgili yargılamanın uzun sürmesi ve yargılama maliyetlerinin artması ihtimali dikkate alındığında, yargısal süreçte yapay zekâ kullanımı zamandan ve maliyetten tasarruf sağlanmasına yardımcı olabilir. Bu açıdan, yargılamada yapay zekâ kullanımı insan hatalarının en aza indirilmesine yardımcı olabilecek ve yargısal süreçte hata yapılması riskinin de azalması sonucunu beraberinde getirmek suretiyle yargılamanın makûl sürede tamamlanmasına hizmet edebilecektir.

IV. YARGILAMADA KULLANIM ALANLARINA GÖRE ÇEŞİTLİ YAPAY ZEKÂ ARAÇLARININ MAKÛL SÜREDE YARGILAMAYA ETKİSİ

Yapay zekânın yargıya dahil edilmesi, büyük olasılıkla yapay zekâ yardımı ve insan yargıçların paralel olarak var olmasıyla başlayacak kademeli ve yavaş bir süreç olarak nitelendirilmektedir[49]. Dolayısıyla yakın gelecekte yargılamada yapay zekânın en önemli rolünün insanlara yardımcı olmak olduğu belirtilebilir.

Söz konusu yardım bağlamında, yargılamada yapay zekâ kullanımı şu an için oldukça erken bir aşamada olduğundan, yapay zekânın yargı uygulamasında gelecekte ne ölçüde rol alabileceğini ve yargısal kullanım alanlarını tam olarak kestirmek zor olmakla birlikte, buradaki arayışın (amacın) yargılamanın işlevselliğine hizmet etmek olduğu unutulmamalıdır**.** Bu açıdan, yapay zekânın yargısal süreçte kullanımı kesin bir sınıflandırmaya tabi tutulmadan, kullanım alanlarına göre farklı yapay zekâ araçlarının makûl sürede yargılamaya etkisi bu başlık altında incelenmeye çalışılacaktır[50].

A. Yargılamanın İlerlemesine Yardım Eden Yapay Zekâ

'The AI is now in session – The impact of digitalization on courts' EJTN THEMIS SEMI-FINAL D, 12.

48 Terzidou (n 42) 156.

49 Thomas Julius Buocz, 'Artificial Intelligence in Court – Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary' (2018) 2(1) Retskraft Copenhagen Journal of Legal Studies 41, 41; Heikkinen (n 22)13.

50 Yargılamanın herhangi bir aşamasında yapay zekâ kullanımı, yargı paydaşlarının yapay zekâ kullanımı konusunda eğitilmesini gerektirmektedir. Bu ise uzun sürecek bir süreci ve iş gücünün etkin kullanımı konusunda yeni bir handikap yaratabilir.

Yapay zekânın günümüzde, yargılamada farklı şekillerde kullanımı mümkündür. Bilhassa gelişmiş içtihat arama motorları, çevrimiçi uyuşmazlık çözümü, taslak hazırlamaya yardım etme, sözleşmelerin kategorizasyonu, uyuşmazlığın taraflarının bilgilendirilmesi veya yasal işlemlerde onlara (taraflara) destek olma gibi kullanım alanları bulunmaktadır[51].

Uyuşmazlıkla ilgili tarafların ve hâkimin davayla ilgili belgeleri, bilgileri ve içtihatları toplaması uyuşmazlığın çözüm sürecinde önemlidir[52]. Yargısal faaliyette, somut uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin toplanması ve bunların tasnif edilmesi yargılamada en çok zaman alan işlerden birisidir. Bu açıdan uyuşmazlıkla ilgili hukukî araştırma yapılması, yargılama konusu davayla bir şekilde ilgili olan literatür veya içtihatların taranıp toplanması somut uyuşmazlıkla ilgili karar verilmesi açısından gereklidir. Bu işlemlerin yapılmasının kimi zaman, büyük veri tabanlarında dağınık olarak bulunan bilgileri de toplamayı kapsadığı düşünüldüğünde, bunlar için harcanacak zamanın azımsanmaması gerekmektedir. Yapılacak böyle bir araştırma da tek başına yetmemekte, bu araştırma sonucunda toplanan bu bilgi parçaları arasında bağlantı kurularak birbirine bağlanıp, bunların somut olayla da bağlantısının ortaya konulması gerekmektedir. Bu ise, yargılama faaliyetinde (ve hatta öncesinde) ayrıca zaman alan (alacak) bir iş anlamına gelmektedir.

Günümüzde yapılacak hukukî araştırmaların çoğunun, çevrimiçi algoritmalar aracılığıyla arama yapılabilen çeşitli hukukî veri tabanları aracılığıyla gerçekleştirildiği dikkate alındığında, bunların insana oranla kapasite ve hız açısından daha etkili olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, belirli bir içeriğe sahip bilgi ve belgeleri büyük miktardaki veri setlerinden arayıp bulmaya yardımcı olabilecek, makine öğrenmesi yoluyla arama yapabilecek ve bunları analiz edebilecek sistemlerden yargılama sürecinde (ve hatta öncesinde) yararlanılması, yargılamanın hızlanmasına ve kısalmasına katkı sağlayacak niteliktedir[53]. Bir metindeki anahtar kelimeleri tanıyan ve bunları arama terimleri olarak kullanan özerk olarak eğitilmiş bir yapay zekâ sistemi kullanılmak suretiyle, hukukî bir belgenin araştırılması ve ilgili mevzuat veya içtihatlarla ilişkilendirilmesi için kullanılması, hukuk mes-

---

51 CEPEJ, 16. AB Komisyonu, yargıda kullanılacak yapay zekâ sistemlerinin bir adli makama gerçekleri ve hukuku araştırma ve yorumlamada, kanunun somut olaya uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla kullanılması gerektiğini belirtmektedir (Şermin Birtane, 'Hakime Yardımcı Yapay Zekâ' (2024) 59, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 233, 248).

52 Benzer şekilde, yürürlükte olan mevzuatın tespit edilmesinde de gelişmiş yazılım ve programların kullanılmasının mevzuatın kişi, zaman ve yer bakımından doğru uygulanmasında en azından hâkime yol gösterici olabileceği belirtilmektedir (Özekes (n 43) 27-28).

53 Heikkinen (n 22) 25; Terzidou (n 42) 156, 157; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 6; Maria Dymitruk, 'The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings' (2019) 13(1) Masaryk University Journal of Law and Technology 27, 37; Hikmet Bilgin, 'Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkında Düşünceler' (2022) 13(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 405, 410; Oğuz Gökhan Yılmaz, 'Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?' (2021) 66(1) Adalet Dergisi 379, 403- 404.

leğini icra eden kişilere yargılama öncesinde veya yargılama sırasında zamandan tasarruf etmelerine yardımcı olabilir. Ayrıca, belirli bir hukukî konudaki tüm içtihatların, yapay zekâya dayalı sistemler aracılığıyla saniyeler içinde değerlendirilme imkânının bulunması, bir yandan zamandan tasarruf edilmesine katkı sunabileceği gibi bir yandan da benzer konulardaki benzer davalarda, birbiriyle uyumlu benzer kararların verilmesini sağlayabilir. Çelişkili kararlar verilmesi önlenerek, mahkeme kararlarının bir üst derece mahkemesi tarafından düzeltilmesi veya bozularak geri gönderilmesi sebebiyle oluşacak zaman ve emek kaybının minimize edilmesi sağlanarak[54], makûl sürede yargılamanın tamamlanmasına da hizmet edilmiş olur.

Arama işlevini yerine getirmek amacıyla farklı veri tabanları (LexisNexis, Westlaw, Any Law, Alexsei gibi) Dünya'da hâlihazırda kullanılmaktadır. Ancak söz konusu veri tabanları mahkemeler veya devlet kuruluşları tarafından değil, ticari şirketler tarafından geliştirilip uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra Hindistan'da, SUPACE (Supreme Court Portal for Assistance in Courts Efficiency) işletim sistemi Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin hukukî araştırma işletim sistemi olarak kullanılmaktadır[55]. Benzer şekilde, Finlandiya Adalet Bakanlığı tarafından *"The Anappi"* projesi yürütülmektedir[56]. Çin'deyse, hâkime, ilgili yasaları ve emsalleri belirlemek de dahil olmak üzere davaları analiz etmek ve karar vermekte yardımcı olmak üzere yapay zekâ kullanılmaktadır[57].

Yapay zekânın bu kullanımının doğru sonuçlar verebilmesi, yeterli verinin mevcut olmasına ve veri setinin mümkün olduğunca eksiksiz ve güncel olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, mahkemelerin verdiği kararların az bir kısmının yayınlanması veya kamuya açık olmaması, algoritmaların kendi kendine öğrenme ve kendini geliştirmesine engel olabilir. Bunun önüne geçmek amacıyla en alt mahkemelerden gelenler de dahil olmak üzere tüm kararların, bu açıklık ile kişisel verilerin korunması arasında adil bir denge kurulması şartıyla, eksiksiz ve ücretsiz olarak erişime açılması gerekmektedir[58]. UYAP[59] üzerinden Yargıtay kararlarına ulaşılsa da kararlar tasnif edilmediği, indekslenmediği, karar özetlerinin de yer almadığı dikkate alındı-

---

54 Heikinen (n 22) 42; Dymitruk (n 47) 37; Bilgin (n 47) 412; Sevda Bora Çınar, 'Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler' (2022) 20(234) Legal Hukuk Dergisi 2089, 2114.

55 <CJI launches top court's AI-driven research portal | India News - The Indian Express> accessed 08 Sep 2024.

56 <Anoppi project - Ministry of Justice (oikeusministerio.fi> accessed 07.Sep 2024.

57 Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 3.

58 Jasper Ulenaers, 'The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?' (2020) 11(2) Asian Journal of Law and Economics 1,16.

59 UYAP bakımından "e-Adalet" sistemlerinde veri koruma gerekliliklerinin arttığı söylenebilir. Böyle bir sistemde kişisel verilerin korunması hakkında ciddi tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, standart veri koruma normlarının kabul edilmesi yeterli olmayacaktır. Elektronik ortamda işlenen veriler açısından standart uygulamayı aşan hukukî ve teknik koruma tedbirlerinin alınması önem arz etmektedir (S. Hilal Üçüncü, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2019) 336.

ğında, söz konusu sistemin eksiksiz işlemesi şu an için mümkün görülmemektedir.

Aynı şekilde, yapay zekâ, araçların, gerçeklerin ve hesaplamaların[60] doğrulanmasında kullanılabilir, diğer davalarla ilgili danışmanlık sağlamak için önceki davalardan alınan kararların değerlendirilmesinde yardımcı olabilir[61]. Mesela, benzer davalarda tazminat miktarının hesaplanmasında referans olarak kullanılmak üzere, tarafları ve hâkimleri hükmedilen meblağlar hakkında bilgilendirmek amacıyla, fiziksel zararın tazminine ilişkin dava metinlerinden veri toplayan bir algoritmanın geliştirilmesine Fransız Adalet Bakanlığı tarafından izin vermiştir[62]. Bu uygulama, taraflarca talep edilen ve teklif edilen meblağların yanı sıra mahkeme tarafından mağdurlara tahsis edilen tazminatı da karar metninde tespit etmeye çalışmıştır. Bu bağlamda bilhassa, yapay zekâ destekli bilgi sistemlerinin yargısal süreçte kullanılması, belge analizi yapılması, belgelerin incelenmesi ve yargılamada yararlı olanların işaretlenmesi, benzer davalarda davalarla ilgili danışmanlık sağlamak için önceki davalardan alınan kararların değerlendirilmesi, yargılama öncesi aşamada müvekkillerle durum tespiti yapılması gibi hususlarda yargılamanın süjelerine yardımcı olmayı amaçlamaktadır[63].

Bununla birlikte, 2017 yılında Douai ve Rennes bölgelerindeki iki ayrı Fransız Temyiz Mahkemesi *"Predictice"* adlı bir yapay zekâ yazılımını işçinin kıdem tazminatının hesaplanması, boşanmanın mali sonuçları ve komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından test ettikten sonra Fransa Adalet Bakanlığı, uygulamanın hâkimlerin karar verme sürecine herhangi bir katma değer sağlamadığı sonucuna varmıştır[64]. Verdiğimiz bu örnek her ne kadar yargısal süreçte hesaplamalar bakımından yapay zekâ kullanımının olumlu bir etkisi olmadığı izlenimini taşımaktaysa da sistemin geliştirilmesi ve hataların ortadan kaldırılması ihtimalinde, yargısal sürecin işleyişine olumlu katkı sunmaya elverişlidir. Bilhassa doğru işleyen bir yapay zekânın yargılamada hesaplama yapılmasında kullanılması, insan hataları yapılması ihtimalini de en aza indirmeye yardımcı olabilir. Böylece yargısal kesinliğe erişim ve kararın kesinleşme sürecinin kısalmasına katkı sunması sayesinde,

---

60 İngiltere'de görülen bir davada eşlerin finansal durumları hesaplanırken, kullanılan yapay zekâ programının yanlış hesaplama yaptığı tespit edilmiştir. Buna göre, fark edilmeyen küçük bir hata nedeniyle, Nisan 2011 ile Ocak 2012 ve Nisan 2014 ile Aralık 2015 arasında 3.638 davada yanlış hesaplama yapılmış ve 2.200'den fazla vakada yanlış kararlar verilmiştir (A. Dory, Reiling, 'Courts and Artificial Intelligence' (2020) 11(2) International Journal for Court Administration 1, 7).

61 Heikkinen (n 22) 24. Tazminata ilişkin hesaplamalarda dijital programların kullanılmasının ayrıca bilirkişiye başvurma gerekliliğini ortadan kaldırarak zaman ve emekten tasarruf edilmesine katkı sunacağı belirtilmektedir (Özekes (n43) 27).

62 Terzidou (n 42)158.

63 Heikkinen (n 22)13; Terzidou (n 42) 156, 157; Dymitruk (n 47) 37. Fransa'da, yapay zekâ aracılığıyla tam otomatik karar verme görevinin insan hâkimlerde olduğu kabul edilmekte ve bu sistemlerin yalnızca mahkeme belgelerini analiz etmek, hukuk kurallarını ve uygun yargı içtihatlarını seçmek için yardımcı bir araç olarak kullanılması gerektiği belirtilmektedir (Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 5).

64 Bilgin (n 47) 413.

makûl sürede yargılama yapılmasını destekleyebilir[65]. Entegre çalışan ve yapay zekânın desteklediği bir süreçse, hukukî korumaya erişim noktasında iyileşmeleri beraberinde getirecektir.

Almanya'da, temelini Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından oluşan gerekçe yapılarının otomatik olarak tanımlanmasına, analiz edilmesine ve önerilmesine hizmet etmek üzere bir yazılım prototipi niteliğindeki *"Argumentum"* adlı yapay zekâ projesi yürütülmektedir. Zira güçlü ve ikna edici gerekçelerin geliştirilmesi ve mevcut argümantasyon yapılarının analiz edilmesi, özellikle hukuk alanında önemlidir. Yargılama sürecinde argümantasyon faaliyetlerinin entelektüel bir çaba ile çok fazla bilgi gerektirdiği dikkate alındığında, bu derece yoğun bilgi ve zaman gerektiren bir görevin yapay zekâ ile desteklenmesi fikri bu projenin çıkış noktası olmuştur. Özellikle yargılama alanında önem taşıyan güçlü argümanların geliştirilmesine ve mevcut gerekçe yapılarının analiz edilmesine, gerekçe yapılarının otomatik olarak tanımlanmasına, analiz edilmesine ve önerilmesine hizmet etmesi sağlanmaya çalışılmaktadır[66].

Yapay zekânın, doküman incelemede, belge analiz etmekte, evrak tanımada kullanılması; insan emeğinin azalmasına ve uzun zaman harcamaya gerek kalmadan milyonlarca belgenin, ticarî sır, gizlilik, mahremiyet ihlâli gibi endişeleri bertaraf edecek şekilde kullanımı, hızlı ve ucuz şekilde incelenmesine hizmet ederek, ilgisi bulunan dokümanların analizinin yapılmasını mümkün kılacaktır[67]. Dolayısıyla, yapay zekâ sistemlerinin, bütün yargı içtihatlarını ve doktriner metinleri taramak suretiyle, uyuşmazlıkla ilgisi bulunanları araştırıp bulma işini, insanlara nazaran çok daha süratli tamamlamak suretiyle daha nitelikli bir hazırlık yapılmasına da katkı sağlayacaktır. Bu ise, zamandan tasarruf edilmesine imkân sunacaktır.

Yargılamayla ilgili bilgilerin, belgelerin toplanması, bunların tasnif edilmesi, uyuşmazlıkla ilgili bulunan içtihatların veya diğer ilişkili belgelerin büyük veri tabanlarından taranıp bulunması aşamasında yapay zekâdan yararlanılması, bunlara erişim noktasında kapasite ve hız açısından daha etkili olabilmekle[68] birlikte, bu süreç yalnızca ilişkili davaların veya belgelerin toplanması olarak düşünülmemelidir. Zira hukukî araştırma yapmada gerekli olan uzmanlık bilhassa münferit bilgi parçaları arasında bağlantı kurmayı ve bu bilgilerin birbirine bağlanmasını (ilişkilendirilmesini) ve yapılandırılmasını da gerektirmektedir[69]. Bunun ise, hukukî araştırmanın ve en azından bir miktar ilişkili olan bilgi ve belgelerle alakalı karar verme yetkisinden feragat edilmesi (vazgeçilmesi) sonucunu beraberinde getirdiği

---

65 Heikkinen (n 22) 42; Ulenaers (n 52) 14; Dymitruk (n 47) 37.

66 Seda Yağmur Sümer, 'Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim' (2021) 23(29) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1543, 1563; Bilgin (n 47) 414.

67 Bilgin (n 47) 410; Sümer (n 59) 1559.

68 Heikkinen (n 22) 26; Terzidou (n 42) 156, 157; Yılmaz (n 47) 403,404; Özekes (n 43) 23.

69 Buocz (n 44) 51; Heikkinen (n 22) 25,26.

belirtilmektedir[70]. Burada her ne kadar bilgi ve belgelerle alakalı ilişki kurma yetkisi yapay zekâda olacaksa da onun ilişki kurduğu bilgi ve belgelerle elde ettiği çıktıların kontrol edilmesi yetkisi ve görevi (işlevi) hala bir hâkimde olacak şekilde kullanılması ihtimalinde, söz konusu çekincenin de önlenmesi mümkündür.

Günümüzde hâlihazırda hukukî araştırmaların çoğunun sofistike algoritmalar aracılığıyla arama yapılabilen çevrimiçi farklı hukuk veri tabanları aracılığıyla yapıldığı düşünüldüğünde, sürekli değişen veri setlerinin algoritmanın parametreleri her zaman aynı olsa bile, onu çok karmaşık ve neredeyse öngörülemez hale getirebilmesi de ihtimal dahilindedir[71]. ABD'de de bir hukuk davasında, davacı tarafın avukatı ChatGPT 4.0 kullanarak bulduğu bir içtihadı mahkemeye sunmuş, davalı tarafın böyle bir içtihadın var olmadığına ilişkin itirazı üzerine mahkeme tarafından ChatGPT 4.0 sorgulanmıştır[72]. Yapılan sorgulama sonucunda, ChatGPT 4.0 *"hiç var olmasalar da bu davaları arşivlerde bulduğunu"* iddia etmiştir[73]. Bu örnekte olduğu gibi yapay zekânın bu şekilde, var olmayan bir içtihat veya delil yaratması ihtimali her zaman bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalse, beraberinde yanlış karar verilmesini ve buna bağlı olarak da yargılama sürenin uzamasını beraberinde getirecektir. Makûl sürenin aşılmaması ve adil bir yargılama yapılarak doğru bir kararın verilebilmesini temin etme amacıyla, yapay zekânın ilgili bilgilerin, belgelerin toplanması, bunların tasnif edilmesi, uyuşmazlıkla alakalı içtihatların[74] veya diğer ilişkili belgelerin büyük veri tabanlarından taranıp bulunması aşamasında, söz konusu bilgi ve verileri onaylı (güvenli) kaynaklardan elde etmesine yönelik önlemler alınması ve tüm sürecin de izlenebilir (denetlenebilir) olmasının sağlanması büyük önem arz etmektedir[75].

Yargısal süreçte, standartlaştırılmış belgelerin oluşturulmasına hizmet edecek belge üretim sistemlerinin kullanılması da mümkündür. Özellikle hukuk firmaları tarafından hâlihazırda yaygın olarak çeşitli çevrimiçi platformlar bu amaçla kullanılmaktadır. Yakın gelecekte daha hızlı karar verilmesini sağlamak amacıyla, karar-

---

70 Buocz (n 44) 51; Heikkinen (n 22) 26.

71 Buocz (n 44) 52.

72 ChatGPT 4.0 başka bir örnekte, sisteme sorulan aynı sorulara art arda farklı cevaplar vermiştir. Bunun ise *"kullanımlarının insan haklarını riske attığına"* dikkat çekilmiştir (Simona Franguloiu, 'Principles for the Use of Artificial Intelligence (Ai) in the Judiciary as derived from the European Ethics Charter. Justice Efficiency and Limitations' (2023) 16 (65) Bulletin of the Transilvania University of Braşov 39, 41, 42). Ocak 2024'te yapılan yeni bir araştırma, ChatGPT 3.5 ile %69 oranında *" hukukî halüsinasyonların"* meydana geldiğini ortaya koymuştur (Egidija Tamošiūnienė, Žilvinas Terebeiza and Artur Doržinkevič, 'The Possibility of Applying Articial Intelligence In The Delivery of Justice by Courts' (2024) 17(1) Baltic Journal of Law & Politics 207, 215).

73 Franguloiu (n 65) 41.

74 Hukukî veri tabanlarının arama algoritmalarının genellikle ticari sır niteliğinde oluşu, onun şeffaflıktan yoksun olmasına yol açabilecektir (Buocz (n 44) 52; Heikkinen (n 22) 26).

75 Franguloiu (n 65) 44. Yargılamanın niteliği gereği özellikle "doğruluk" ve "güvenilirlik" ile bir değer ortaya çıkarmak yargısal süreç bakımından önemlidir (Özekes (n69) 23).

ların bir kısmını veya en azından karar taslaklarını üretme açısından hâkimlerin de bu sistemlerden yararlanma imkânına sahip olacağı belirtilmektedir[76]. Bu şekilde, doküman otomasyonu yahut belge üretim sistemi kullanılması, yargılama sürecinin kısalmasına da yardım edecek niteliktedir.

Yargılamanın ilerlemesine yardımcı olarak, tarafların duruşmadaki sözlü beyanlarını doğal dil işleme (Natural Language Processing- NLP) ve ses analizi yoluyla tutanağa aktaran, tensip zaptı hazırlayabilen, yüz tanıma teknolojisi sayesinde elektronik duruşmaya katılanların kimlik doğrulamalarını yapabilen, yemin veya ikrar beyanlarında kişinin beden dili, jest, mimiklerini analiz edebilen yapay zekâ modelleri de düşünülebilir[77]. Sözlü beyanların doğal dil işleme ve ses analizi yoluyla tutanağa aktarılmasına yarayan yapay zekâlı kâtipleri Macaristan'da[78] kullanılmaktadır. Benzer şekilde, Estonya'da SALME aracılığıyla konuşma, tanıma ve transkripsiyon yöntemi kullanılmaktadır[79]. Ayrıca Estonya'da, mahkeme kararlarının anonimleştirilmesinde kullanılmak üzere yapay zekâ modelleri üzerinde çalışılmaktadır[80].Türkiye'de de bir dikte programının UYAP'a entegre edilerek adli dokümantasyon süreçlerinin etkinliğinin artırılmasına yönelik çalışmalar devam etmektedir[81]. Böylece bir yandan zabıt kâtiplerinin iş yükü azaltılırken bir yandan da duruşmalardaki sözlü beyanların tutanağa geçirilmesinde karşılaşılabilecek hataların asgariye indirmesi hedeflenmektedir. Bu anlamda, yargılama sırasında kararları ve duruşma tutanaklarını otomatik olarak metne dönüştüren, kısaltmaları ve hukuk kurallarına yapılan atıfları dahi tespit eden, konuşma tanıma ve transkripsiyon sistemleri kullanılarak yargı görevlilerinin (kalemin) zamandan tasarruf etmelerine yardımcı olmak suretiyle, bunlar için harcadıkları zamanı diğer iş ve işlemleri yapmaya harcamalarına imkân sağlayarak yargılamanın hızlanmasına katkı sunulması

---

76 Bilgin (n 47) 410; Yılmaz (n 47) 404.

77 Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 6; Bilgin (n 47) 410. Rusya'daysa, şu anda, yapay zekâ teknolojileri Rus yargı sisteminde yaygın olarak kullanılmamakla birlikte, *"Rusya Federasyonu'nda Yapay Zekânın Geliştirilmesi Hakkında"* Kararnamesi ile 2030 yılına kadar olan dönem için *"Yapay Zekânın Geliştirilmesi Ulusal Stratejisi"* belirlenmiştir. Strateji planında, Web konferansı teknolojisini kullanarak bir duruşmaya katılma, duruşmada bir katılımcının yüz ve sesle biyometrik kimlik doğrulamasının sağlanması, usûlî belge metninin ve dava materyallerinin analizine dayalı olarak taslak yargı işlemlerinin otomatik olarak oluşturulması yer almaktadır (Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 5).

78 <Speech recognition and transcription software | Courts of Hungary (birosag.hu)> accessed 20 Sep 2024.

79 < Estonian Courts Shift To Automated Transcription With Salme> accessed 20 Sep 2024.

80 <Estonia does not develop AI Judge | Justiitsministeerium> accessed 21 Sep 2024.

81 Servet Gül, "Yargıda Yapay Zeka ve Büyük Veri Teknolojileri" in "21. Yüzyılda İdare ve İdari Yargılama Hukukunun Gelişimi" Sempozyumu, 10.05.2024, (<21. Yüzyılda İdare ve İdari Yargılama Hukukunun Gelişimi Sempozyumu - 2. Oturum (10.05.2024)> accessed 20 Sep 2024). UYAP'ta belge hazırlama süreçlerinde sesin yazıya çevrilmesini sağlayacak *"Söyle Yazsın"* yapay zekâ uygulaması ile avukat ve vatandaş portalda yargısal süreçler hakkında bilgi sunacak akıllı asistan ve kılavuz yapay zekâ uygulamalarının geliştirilmesine de devam edilmektedir (Birtane (n 48) 256).

mümkündür[82]. Aynı şekilde, yapay zekâ destekli eşzamanlı çeviri uygulamalarının yargılamada kullanılması, bireylerin dil eksikliği sebebiyle doğrudan mahkemeye başvurma konusunda yaşadıkları/yaşayabilecekleri tereddütleri giderilebilecektir. Çeviri yapabilen yapay zekânın da mahkemede kullanımı sayesinde ayrıca çeviri için zaman harcanarak masraf yapılmasının önüne geçilmesi de sağlanabilecektir[83].

Yapay zekânın, ayrıca yargılamaya katılan kişilerin mahkemede yaptığı konuşmalarının duygusal ve psikolojik bileşenlerini de tanıyabilecek şekilde kullanılabileceği ifade edilmektedir. Bu sistemde, rapor edilen bilgilerin güvenilirliğini değerlendirmek için teknolojik bir psikofizyolojik araştırma aracı olarak yapay zekânın kullanılması öngörülmektedir. Bu kullanım yoluyla, insan hâkimin, yargılamada beyanda bulunan kişilerin davranışlarındaki bütünlüğü anlamasına ve farkındalığının artmasına imkân sağlanabileceği ve böylece hâkimin karar verme sürecine katkıda bulunulabileceği belirtilmektedir. Buna benzer bir sistemin ABD'de hâlihazırda geliştirildiği; yüz ifadeleri, ses tonu ve diğer parametrelerdeki değişikliklere dayanarak vakaların %92 oranında bir doğrulukla video kayıtlarından yalan yere yemin etmeyi tespit ettiği ifade edilmektedir[84]. Ayrıca Mart 2019'da Çin vatandaşları, kimlik belirleme sürecinde bir katılımcının yüzünü tanıyan ve beyanlar ve deliller sunarken elektronik imzanın kullanılmasına imkân sunan bir sistemi hayata geçirmiştir. Eylül 2019'daysa Pekin İnternet Mahkemesi, *"akıllı bir çevrimiçi mahkeme"* oluşturulmasına ilişkin hükümleri içeren İnternet Teknolojilerinin Yargı Uygulamasında Uygulanmasına İlişkin bir Beyaz Kitap yayınlamıştır. Beyaz Kitap'ta, mahkemelerin, tarafların kimliğini doğrulamak için yüz tanıma teknolojisi ve mahkeme kararını otomatik olarak vermek için makine öğrenimi teknolojisi de dahil olmak üzere, adalet yönetiminde çeşitli teknolojileri (esas olarak yapay zekâ ile ilgili) nasıl kullanılacağını açıklamıştır[85].

Çin Halk Cumhuriyeti'nde yargı sistemini rahatlatmak ve iş yükünü hafifletmek amacıyla yapay zekâya dayalı *"Intelligent Trial 1.0"* adlı uygulama ile hâkimlerin yargısal materyalleri gözden geçirmesine, bağımsız olarak elektronik mahkeme dosyaları ve dava materyalleri oluşturmasına hizmet edilmektedir[86]. Söz konusu uygulama belgelerin otomatik olarak işlenip bilişim yargı ağına kaydedilmesine ve işlenen belgelerdeki veriler doğrultusunda, ihtiyaca göre iddianame, tensip zaptı, ilmühaber, müzekkere vb. yeni belgelerin otomatikman oluşturulmasına yardımcı olmak için mahkemelerde kullanılmaktadır. Böylece zamandan tasarruf edilmek suretiyle mahkemelerin iş yükü azaltılmaktadır.

---

82 Terzidou (n 42) 158, 160; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40). 6.

83 Benzer yönde bkz. Hakan Hasırcı, 'Medeni Usul Hukukunda Yapay Zekâ' Erdem Büyüksağış (ed), *Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka*, (On İki Levha 2022) 399, 406.

84 Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 6.

85 <WhitePaperontheApplicationofInternetTechnologyinJudicialPractice.pdf> accessed 29 Sep 2024.

86 <Bir yapay zekâ mahkemede bir yargıcın yerini alabilir mi? | Dünya Hükümet Zirvesi> accessed 24 Sep2024.

Makûl sürede yargılama yapılmasını desteklemek amacıyla yapay zekânın mahkemeye yapılan başvuruları bir örüntü (patern) tanıma mekanizması yardımıyla sınıflandırması da düşünülebilir. Bilhassa, uyuşmazlığın esastan incelenmesini engelleyebilecek hususların yargılama başlamadan önce tespit edilmesini sağlayan bir yapay zekâ, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine yardımcı olabilir. Bu sayede mahkemenin yalnızca esastan incelenebilecek uyuşmazlıklara odaklanmasına hizmet edilebilir. Uyuşmazlığın esastan incelenmesine engel olan hususlar hakkında mahkemede gereksiz zaman harcanmasının önüne geçilmesi sayesinde, mahkemelerin daha verimli çalışmasının da önü açılabilir. Brezilya'da *VICTOR* projesi[87], Brezilya Yüksek Mahkemesi'ne (Brazilian Supreme Court) yapılan başvuruların bir örüntü tanıma mekanizması yardımıyla sınıflandırılmasını amaçlamaktadır. Buna göre, başvuruları karara bağlamak için ayrı bir kabul edilebilirlik testi uygulanmakta ve başvurular ancak kabul edilebilirlik testine uygun bulunursa, mahkeme tarafından esastan değerlendirmeye alınmaya çalışılmaktadır[88]. 2018 yılına kadar Victor tarafından alınan kararların %85 oranında doğruluk payına sahip olduğu, yani vakaların yanlış bir şekilde ele alınma ihtimalinin %15 olduğu belirtilmekle birlikte, bu sonuçların bazı vatandaşların haklarına zarar verebileceği de ifade edilmektedir. Yargısal süreçte, hataya yer olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, taramaya yapay zekâ kararlarının bir profesyonel tarafından onaylanması gibi doğrulama adımının eklenebileceği belirtilmektedir[89]. Türkiye'deyse, istinafa başvurulduğunda yanlış daireye gönderilen dosyalar sebebiyle yargılamanın uzamasını engellemeye yönelik UYAP'ta hukuk mahkemelerinde en çok aidiyet kararı verilen konular esas alınarak yapay zekâ modeli geliştirilmiş ve bu model sayesinde dosyanın iş bölümüne uygun olarak doğru daireye gönderilmesi konusunda %88 oranında isabet sağlandığı görülmüştür[90].

Yapay zekâ, yargısal süreçte, mahkemeye sunulan delillerin analiz edilmesinde de kullanılabilir. Burada yapay zekâ, bir davada taraflarca atıfta bulunulan belgelerin kontrolünü gerçekleştirmek veya delillerle ilgili doğrudan sonuç içermeyecek şekilde analiz yapmakta kullanılabilecektir[91]. Böylece yapay zekâ, mahkeme ve uyuşmazlığın taraflarına delil incelemesini basitleştirmekte yardımcı olabilecektir. Böyle bir

---

87 <http://dria.unb.br/teste-top/projeto-victor-stf-unb> accessed 08 Sep 2024). Weslei Gomes de Sousa, Rafael Antunes Fidelis, Paulo Henrique De Souza Bermejo, Ana Gersica Da Silva Gonçalo, and Bruno De Souza Melo, 'Artificial intelligence and speedy trial in the judiciary: Myth, reality or need? A case study in the Brazilian Supreme Court (STF)' (2022) 39(1) Government Information Quarterly 1, 6.

88 Gomes de Sousa, Fidelis, De Souza Bermejo, Da Silva Gonçalo and De Souza Melo (n 78) 7.

89 *İbid,* 7. Benzer yönde Özekes (n 43) 31.

90 Gül, "Yargıda Yapay Zeka ve Büyük Veri Teknolojileri" in "21. Yüzyılda İdare ve İdari Yargılama Hukukunun Gelişimi" Sempozyumu, 10.05.2024, (<21. Yüzyılda İdare ve İdari Yargılama Hukukunun Gelişimi Sempozyumu - 2. Oturum (10.05.2024)> accessed 20 Sep 2024); Birtane (n48) 255.

91 Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 7.

sistemin kabulü durumunda, taraflara yapay zekânın sunduğu delil analizine ilişkin rapora itiraz etme hakkının verilmesi, hukukî dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkına uygun olacaktır. Çin'de Hangzhou İnternet Mahkemesi, blok zinciri, yapay zekâ, büyük veri ve bulut bilişim teknolojilerini benimseyen akıllı bir delil analiz sistemini (an intelligent evidence analysis system), mahkeme sisteminde delillerin toplanması, tanımlanması ve bilişim yargı ağına aktarılmasında kullanmaktadır[92]. Böylece delil niteliğindeki pek çok belgenin elektronik olarak işlenmesi aşamasında verilerin kaybolma, değiştirilme ya da yönlendirilme olasılığı da ortadan kaldırılmaktadır. Bu sistem, online satış kaynaklı tüketici uyuşmazlıkları, e-ticaretten doğan ürün sorumluluğu gibi küçük ölçekli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmakta ve taraflarca sunulan elektronik delillerin analiz edilip karşılaştırılmasıyla bir delil listesine dönüştürmektedir[93]. Sistem, ilgili bilgileri sıralayıp sınıflandırdıktan sonra, mahkemede hâkimin değerlendirmesi için delilleri görsel olarak sunmakta ve hâkimin uyuşmazlıkla alakalı karar vermesine yardımcı olmaktadır. Bu gelişmenin, en azından elektronik delillerin insan bilirkişisi tarafından değerlendirilmesi için geçecek süreyi en aza indirecek nitelikte olması sebebiyle, makûl sürede yargılama yapılmasını destekler nitelikte olduğu söylenebilir.

Tüm bunların yanı sıra, mahkeme düzeyinde tespit edilen dava kategorilerine göre, istatiksel olarak mahkeme işlemlerinin süresinin değerlendirilebilmesi ve her mahkemede yürütülen işlemlerin mahkeme tarafından kayıt altına alınmasına yönelik çalışmalarda yapay zekânın kullanılması, mahkemelerde verimliliği sağlama noktasında yararlı olabilir[94]. Bu yapılırken de bir takvim yılı gibi belirli bir zaman diliminde tamamlanmış davalarla görülmeyi bekleyen davalar izlenerek, bunlar hakkındaki veriler de sürelerine göre sınıflandırılmalıdır. Davalar da hem bu sürelere göre hem de yapılan işlemlerin süresine göre bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve süreler de kendi içinde ayrıca değerlendirilmelidir[95]. Yapay zekânın bu kullanımı yargılamada, hangi mahkemelerde daha fazla gecikme olduğunu, bu gecikmelerin süresini ve sebeplerini ortaya çıkarmakta da faydalı olabilir[96]. Böylece yapay zekâ tarafından tespit edilen gecikme sebepleri yetkili makamlar tarafından

---

92 Çin Yüksek Mahkemesi tarafından yayınlanan bir raporda, yapay zekâ destekli büyük veri, bulut bilişim, blokzincir gibi uygulamalarla, duruşmalarda ses tanıma, dijitalleştirilmiş delil ikamesi, otomatik belge doğrulama, eşzamanlı e-dosya oluşturma, yapay zekâ destekli vakıa yönetimi gibi modüller uygulanarak hukuken geçerli delil elde edilebileceğine vurgu yapılmıştır (Erdem Doğan, *Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu,* (1. Bası, Seçkin 2022) 88; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 3; Bilgin (n 47) 414.

93 <Blockchain Çin'in İnternet Mahkemelerinde Elektronik Kanıtlarla Buluştuğunda - China Justice Observer> accessed 07 Sep 2024); Gizem Gültekin Varkonyi, *Robot Yargıçlar, Teknolojinin Yargıdaki Geleceği, Fırsatlar ve Riskler,* (1. Bası, Seçkin 2022) 29; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 3; Bilgin (n 47) 414.

94 Karahan (n 3) 65.

95 *İbid,* 65.

96 Terzidou (n 42) 160; Ulenaers (n 52) 11, 30.

dikkate alınarak, gecikmeleri önleyici (veya ortadan kaldırıcı) bir takım tedbir ve düzenlemeler yapılması sağlanabilir[97]. Bu açıdan Türkiye'de 2017'de Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda, Türkiye'de kullanılan dijital yargı platformu olarak ifade edebileceğimiz UYAP sisteminde her bir dava ya da soruşturma türü için öngörülen hedef süreler yargılamanın paydaşlarınca görülebilmektedir. UYAP'ta hedef süreler aşıldığında sistem uyarı vermektedir. Ayrıca her bir davanın duruşma ortalama süresi ve sayısı, bir dosyanın tebligatta geçen ortalama süresi, bir dosyanın bilirkişi incelemesinde geçirdiği ortalama süresi, mahkemeler arası hukukî yardım dosyalarının ortalama yerine getirilme süresi gibi istatistiki veriler bu sistem üzerinden elde edilecektir. Hedef süreyi aşan dosyalardaysa *"gecikme nedenleri girişi"* ekranına dosyanın gecikmesine ilişkin nedenler girilerek soruşturmaları ve yargılamaları uzatan nedenlerin bilimsel bir şekilde tespiti yapılarak çözüm önerileri üretilerek uzun süren yargılamaların önüne geçilmesi sağlanmaya çalışılacaktır.

Tüm bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, yapay zekânın yargılama sürecinde yargının etkinliğini artıracak, maliyetleri azaltacak ve birikmiş davaların temizlenmesine hizmet edecek şekilde entegre kullanılması, daha fazla insanın mahkemeye erişim sağlamasına ve böylece adalete erişime hizmet edebileceği gibi mahkemelerin de zamandan ve emekten tasarruf etmesi suretiyle işlemlerinin hızlandırmasına, böylece de mahkemelerin verimliliğinin artmasını sağlayabilecektir[98]. Gerekli denetim ve güvenliğin sağlanması koşuluyla yapay zekâ sistemlerinin yargılamada bu ve benzeri şekilde kullanımının yargılamaların makûl sürede tamamlanmasına hizmet edeceği söylenebilir.

B. Karar Tahmin Eden veya Karar Öneren Yapay Zekâ

Yapay zekâ mahkeme tarafından verilebilecek kararı (kararları) tahmin etmek veya uyuşmazlıkla ilgili karar önermek amacıyla da kullanılmaktadır. Yapay zekânın bu kullanımına tahmine dayalı yargılama (predictive justice models) denilmektedir. Tahmine dayalı yargılamayla belirli türdeki uyuşmazlıkların sonuçlarına ilişkin tahminlerde bulunmak amacıyla büyük miktardaki yargı kararının yapay zekâ teknolojisi tarafından analiz edilmesi anlatılmak istenmektedir[99]. Dolayısıyla burada yapay zekâ esas itibariyle, içtihatlardan hareketle makine öğrenmesi teknolojisini kullanarak, davayı gören hâkimin, davayı hangi hukukî gerekçeye dayanarak hangi olasılığa göre karara bağlayacağını önceden tahmin etmektedir[100]. Bu bağlamda yapay zekâ, belli tip bir uyuşmazlıkla ilgili yargı kararlarının istatistiksel analizini

97 Terzidou (n 42) 160.

98 Ulenaers (n 52) 22, 30; Özekes (n 43) 41.

99 CEPEJ, 74.

100 CEPEJ, s. 29, 30; Heikkinen (n 22) 28; Yılmaz (n 47) 405; Bilgin (n 47) 410; Birtane (n48) 251.

ve değerlendirilmesini yaparak mahkeme tarafından verilebilecek muhtemel kararla ilgili veri destekli tahminde (sonuç tahmininde) bulunmaktadır.

Yapay zekâ, tahminde bulunmak için ya dosya analizine ya da olgu analizine dayanmaktadır[101]. Esas itibarıyla, kullanıcı tarafından girilen kriterlere (her bir uyuşmazlık türüne özgü) dayalı olarak bir uyuşmazlığın her bir sonucu için başarı olasılığının grafik bir gösterimi sunulmaktadır[102]. Çoğu durumda sistemin amacı, farklı karar parametreleri arasındaki korelasyonları belirlemek ve makine öğrenimini kullanarak bir veya daha fazla model çıkarmak suretiyle, bu modeller çerçevesinde gelecekteki bir yargı kararını tahmin etmek veya öngörmektir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, ilgili emsallere, hâkim kararlarına ve 400'den fazla mahkemeden gelen referans beyanlarına dayalı olarak bir davanın sonucunu belirlemeye yarayan yapay zekâya dayalı *Ravel Law* sistemi buna örnek olarak verilebilir[103].

Tahmine dayalı yapay zekânın yargılama öncesinde kullanımı, genellikle tarafların uyuşmazlığı yargıya taşıması ihtimalinde uyuşmazlıkla alakalı mahkemenin verebileceği kararı (davanın başarı şansını) tahmin etmek için kullanımını ifade etmektedir[104]. Bu kullanımda algoritma doğal dil işleme tekniklerini kullanmak suretiyle özellikle de eldeki davayla ilgili verilileri analiz edip çıkarmakta ve davanın sonucuna ilişkin bir tahminde bulunmaktadır. Bu kullanım şekli, davanın açılması halinde davanın başarı oranının da görülmesine hizmet edebileceğinden, bilhassa avukatların (veya tarafların) karar tahmininde bulunan bu sistemleri kullanmasının, onların gelecekteki iş pozisyonlarının önemli bir parçasını yerine getirmeye yardımcı olacağı belirtilmektedir[105]. Ancak yapay zekânın yargılama öncesinde karar tahmin etmek için kullanımı, tarafların yapay zekânın verileri sonucunda başarı şansı düşük olan uyuşmazlıkla ilgili yapay zekânın görüşüne dayanarak dava açmaktan vazgeçmeleri sonucuna da sebep olabilir. Hatta sistemin kusurlu eğitimi, sistemin

---

101 Bilgin (n 47) 410, 411.

102 CEPEJ, s. 30; Dana Remus and Frank S., Levy, 'Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law' 27.11.2016, 30, 31 (<Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law by Dana Remus, Frank S. Levy :: SSRN> accessed 1 Oct 2024); Bilgin (n 47) 410.

103 Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 3. Türkiye'de Yargıtay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında yapay zekâ sistemi kullanılarak emsal kararların özetlerinin hızlı bir şekilde erişime sunulması hedeflenmektedir. Bu amaçla Yargıtay içtihatlarını yaygınlaştırmak için yapay zekâ destekli İçtihat Merkezi kurulmuştur. Dava açılmadan önce ilgililerin emsal kararları değerlendirmesi ve davalarının başarı şansı olup olmadığını görebilmeleri sağlanmak istenmektedir (<Yargıtay - "Yargıtayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi Kapanış Konferansı" Gerçekleştirildi> accessed 10 Oct 2024) Bu projenin yapay zekâ tahmine dayalı yapay zekâya örnek olabileceği söylenmektedir (Birtane (n48) 257).

104 Heikkinen (n 22) 27; Ulenaers (n 52) 5.

105 CEPEJ, s. 29; Yılmaz (n 47) 405; Remus and Levy (n 92) 30, 31. Yapay zekânın bu kullanımının, mahkemenin yapay zekânın tahmininden farklı bir karar vermesi hâlinde, kanun yolu aşamasında karara karşı hukukî gerekçe oluşturulmasında avukatlara yardımcı olacağı belirtilmektedir (Yılmaz (n 47) 405; Bilgin (n 47) 410).

öngörüsünün yanlış olmasına ve böylece bireylerin hak aramak için mahkemeye başvurmaktan caymasına sebebiyet verebilir[106]. Her iki ihtimalde de hak arama özgürlüğünün ve mahkemeye erişim hakkının sekteye uğraması ihtimal dahilindedir.

2016 yılında Hollanda'da tam otomatik çözüm hizmeti sunmak üzere *Rechtswijzer* projesi ile yargıda ilk özel çevrimiçi mahkeme kurulmuştur. Bu sistemde, yapay zekâ boşanmaya ilişkin bazı konularda ve çevrimiçi alışverişlerle ilgili şikayetlerde çözümler sunmaktadır. Sistem, kullanıcılara öncelikle talep konusuna göre, malî durumları veya çocukları hakkında kapsamlı anketler doldurtmaktadır. Daha sonra yapay zekâ, soruna ilişkin bir çözüm önerisi sunmaktadır. Yapay zekânın sunduğu çözüm önerilerinin, boşanma talepleri bakımından kullanıcılar tarafından sadece %5'inin reddedildiği yönündedir. Proje kapsamında şimdiye kadar salt açıkça hesaplanabilir değişkenler yardımıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözülebildiği görülmüştür[107]. Bu sonuçlardan, belli tip uyuşmazlıklar bakımından yargının iş yükünün azaltılmasında ve böylece diğer uyuşmazlıklar bakımından yargılama faaliyetinin hızlanmasında kullanılmak suretiyle makûl sürede yargılama yapılmasına hizmet edilebileceği söylenebilir.

Tahmine dayalı yapay zekâ modellerinin tahminleriyle ilgili yapılan 2016 yılındaki bir deneyde, AİHS m. 3, m. 6 ve m. 8'le ilgili ihlâllere ilişkin AİHM'in yargı kararlarını ortalama %79 doğrulukla tahmin edebilmişken; 2020 yılında yapılan benzer bir deneydeyse, AİHM kararlarının dilini analiz ederek ihlâl olup olmadığını %75 doğrulukla tahmin edebilmiştir[108]. Bu örnekler bir noktada tahmine dayalı yapay zekâ araçlarının dava sonuçlarını nispeten yüksek bir doğrulukla tahmin edebildiğini göstermektedir. Bu sonuçlardan hareketle, davaları hızlı bir şekilde belirlenmesi ve belirli şekilde kararlar verilmesine yol açan kalıpları ortaya koymak için kullanılabileceği söylenebilir[109]. Yapay zekânın bu şekilde kullanımı dahi, uyuşmazlığın çözüm sürecinin hızlanmasına katkı sağlayacak niteliktedir. Böyle bir sistemin davaların sınıflandırılmasına, önceliklendirilmesine ve içtihatlarla ortaya çıkan eğilimlerden de haberdar olunmasına ve bunun sonucu olarak da içtihatların yeknesaklaşmasına katkı sağlaması muhtemeldir[110].

Bu tip yapay zekâ modellerinin, hukuk departmanları, sigortacılar ve avukatlar[111] tarafından mahkemeye gitmeden önce davanın sonucunu tahmin etmek için

---

106 Terzidou (n 42) 159.

107 Bilgin (n 47) 414.

108 Ulenaers (n 52) 6.

109 Nikolaos Aletras, Dimitrios Tsarapatsanis, Daniel Preotiuc-Pietro and Vasileios Lampos, "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective' (2016) 10 Peerj Computer Science 1, 3; Ulenaers (n 52) 6.

110 Ulenaers (n 52) 6, 7; Gyuranecz, Krausz and Papp (n 43) 14.

111 Avukatların bir davayı çözerken hukukî bilgiye dayalı sistemler tarafından otomatik olarak oluşturulan bir tavsiyeye nasıl tepki verdiklerini inceleyen psikolojik bir deneyde, avukatların, sistem tarafından sunulan argümantasyona odaklandıkları ve alternatif çözümleri göz ardı ettikleri; otoma-

kullanılmak üzere tasarlandığı ancak bunların, teorik olarak hâkimlere karar verme süreçlerinde yardımcı olmak üzere de kullanılabileceği belirtilmektedir[112]. Dolayısıyla tahmine dayalı yapay zekâ, yargılama öncesinde uyuşmazlığın taraflarınca (ve avukatlarca) mahkemeye gitmeden önce davanın sonucunu tahmin etmek için tasarlanıp kullanılabileceği gibi hâkime yargılama sırasında karar vermesine yardımcı olmak üzere de kullanılabilir.

Davanın açılmasından sonra ise, yapay zekânın karar önermek için de kullanılması mümkündür. Burada yapay zekâ benzer olaylar hakkında mahkemenin daha önceki içtihatlarını esas almak suretiyle gerekli araştırmayı yapmakta ve bu araştırma sonucunda bir karar metni hazırlayarak hâkime bir karar önerisinde bulunmaktadır[113]. Bu kullanım şeklinde yapay zekâ, hâkimin söz konusu uyuşmazlıkta nasıl karar vermesi gerektiğiyle ilgili sadece bir öneride bulunmaktadır. Burada esas itibarıyla hâkimi bağlayıcı bir karardan bahsedilmemektedir. Dolayısıyla, yapay zekânın kararını hükme esas alıp almamak, tamamen hâkimin takdirindedir[114]. Hâkim yapay zekânın önerisini uyuşmazlığın çözümü için uygun bulursa buna göre karar vermekte veya karar taslağını revize etmekte yahut tümüyle görmezden gelerek önerilenden farklı bir karar vermekte serbesttir. İtalya'da Cenova Mahkemesi, belli davalarla ilgili mahkeme kararlarındaki hukukî gerekçelerin çıkarılması ve analizi için yapay zekâ sisteminin geliştirilmesi için *"Öngörücü İçtihat"* projesini başlatmıştır[115]. Ayrıca Çin'de *"Yapay Zekâ (Robot) Hâkim"* sistemiyle, dijitale aktarılmış milyonlarca veri ışığında algoritmalar aracılığıyla dosyaya sunulan delillerle birlikte somut uyuşmazlığı değerlendirip, davanın sonucu hakkında bir tahminde bulunabilen ve varılan bu tahminlerin de gerçek hâkimler tarafından istenirse hükme esas alınabildiği bir sistem kullanılmaktadır[116].

---

tik olarak oluşturulan tavsiyenin doğruluğunu değerlendirmekte zorlandıkları görülmüştür. Ayrıca bu deneyde, sistemin tavsiyesini dikkatsizce kabul etmeye eğilimli oldukları da ortaya çıkmıştır. Tavsiyenin iki varlık (sistem ve insan) tarafından tavsiye edilmesi durumunda, katılımcılar, sistemin tavsiyesini *"insan tavsiyelerinden daha objektif ve rasyonel olduğunu"* düşünmüşlerdir (insanın tavsiyesi sisteminkiyle aynı olsa bile) (Dymitruk (n 47) 32).

112 CEPEJ, s. 30. Rusya'da, 10 Ekim 2019 tarih ve 490 sayılı *"Rusya Federasyonu'nda Yapay Zekânın Geliştirilmesi Hakkında"* Kararname ile 2030 yılına kadar olan dönem için *"Yapay Zekânın Geliştirilmesi Ulusal Stratejisi"* belgesiyle yapay zekânın belgeleri ve dava materyallerinin analizine dayalı olarak taslakların otomatik olarak oluşturulmasına hizmet etmek amacıyla kullanılması öngörülmektedir. Bu sistemde yapay zekânın otomatik olarak kendi başına karar veremeyeceği; yalnızca hâkim için bir şablon hazırlayabileceği ve hâkimin de yapay zekânın hazırladığı şablonda uygun değişiklikleri yapabileceği öngörülmektedir (Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 5).

113 Heikkinen (n 22)27; Ulenaers (n 52) 5; Dymitruk (n 47) 30. Yapay zekânın bu kullanımının ceza hukuku uyuşmazlıklarından ziyade özel hukuk ve idare hukuku uyuşmazlıklarında daha iyi sonuçlar verebileceği belirtilmektedir (Birtane (n48) 251).

114 Ulenaers (n 52) 18; Yılmaz (n 47) 406; Bilgin (n 47) 411; Dymitruk (n 47) 29.

115 <Predictive Justice and Artificial Intelligence supporting judge's decision-making in Genoa. Sant'Anna School and the Court of Genoa announce collaboration on computational analysis of the rulings | Scuola Superiore Sant'Anna (santannapisa.it)> accessed 23 Oct 2024.

116 Gültekin Varkonyi (n 83) 28; Bilgin (n 47) 414.

Bununla birlikte, söz konusu algoritmanın tahmin doğruluğu, alışılmışın dışında bir dava gündeme geldiğinde azalabilir. Zira algoritma sadece geçmiş davalara dayanarak sonucu tahmin etmektedir. Ayrıca, kararlar bir tutarsızlık örüntüsü gösterdiğinde de algoritmanın doğru tahminde bulunması güçleşecektir[117]. Her ne kadar yapay zekâ temelli karar verme, mahkemelerin yasal kesinliğini artırmaya ve tutarlı içtihatlar sağlayarak meşru beklentilerin korunmasını sağlayarak yargı sistemine yönelik güvenin tesis edilmesine yardımcı olabilecekse[118] de kendi içinde bazı tehlikeleri de bulunmaktadır. Eğer bir yapay zekâ istikrarlıysa ve benzer durumlarda aynı kararı veriyorsa, kararlarını genellikle hızlı olan ancak ilgili kanunların yeniden yazılması oldukça uzun zaman alan sosyal, ekonomik değişikliklere nasıl adapte edebilir? İstikrarın her zaman adil ya da doğru kararlarla örtüşmeyebileceğinden, buna dikkat edilmelidir. Ayrıca, içtihadın değiştirilmesi gerekliliği gündeme geldiğinde, insan denetimi ve müdahalesi gerekmektedir[119]. Benzer şekilde, tahmin araçlarına aşırı güvenmek ve verdikleri kararları sorgulamamak (denetlememek), yetkilileri konuyla alakalı düşünmekten alıkoyup uyuşmazlıklara karşı körleşmeye sebep olabilir[120]. Hatta hâkimlerin yapay zekânın çözüm önerisinden farklı bir karar vermesi halinde, verdikleri kararların daha fazla eleştiriye ve incelemeye maruz kalabileceği karşısında bilinçli ya da bilinçsiz olarak yapay zekânın kararını kendi kararlarına tercih etmelerine de yol açabilir[121].

Yapay zekânın karar önermek için kullanımında, kararının gerekçesini ortaya koyabilme yeteneğinin bulunması gereklidir. Ancak yapay zekânın şeffaf olmayan doğası, gerekçeli bir karar hakkı için potansiyel olarak tehlike yaratabilir. Yapay zekâ düzgün çalışsa bile, eylemlerini açıklama (gerekçelendirme) yeteneğinden yoksun olması, sistemin karar sürecini anlamayı zorlaştıracağından, kullanıcılarının verilen kararın güvenilirliğinden şüphe etmesi ve gerekçeli karar hakkının ihlâl edilmesi sonucunu doğurur[122]. Zira sistem tarafından sunulan kararın gerekçesi, insanın sistem üzerinde kontrol sahibi olmasını ve sistem süreçlerinin güvenilirliğini ve sistem kararının doğruluğunu doğrulamayı sağlar. Adil yargılanma hakkının tam anlamıyla gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, sistemin kararının nedenlerini bilmek, hem hukuk davalarının tam otomasyonu modelinde hem de yapay zekâ

---

117 Gyuranecz, Krausz and Papp (n 43) 4.

118 *İbid,* 14.

119 *İbid,* 14.

120 Helga Molbæk-Steensig and Alexandre Quemy, 'Artificial Intelligence and Fair Trial Rights' in Alberto Quintavalla and Jeroen Temperman (eds), *Artificial Intelligence and Human Rigths* (Oxford 2023) 265, 271. Hukuk dışında yürütülen deneysel psikolojik araştırmalar, insanların bilgi ve yeterliliklerine rağmen, genellikle doğruluğunu doğrulamadan yapay zekânın tavsiyelerine uymaya eğilimli olduklarını ortaya çıkarmıştır (Dymitruk (n 47) 31,32).

121 Crootof (n 1) 245; Dymitruk (n 47), s. 31. İnsanların kendi kararlarının kalitesini artırmak yerine karar verme sürecini azaltmak için bilgisayar sistemlerini kullanma eğiliminde olduklarını yapılan bir deneyde ortaya koymuştur (Dymitruk (n 47) 33).

122 Dymitruk (n 47) 40.

sistemini bir hâkimin destek aracı olarak kullanma modelinde gereklidir.

Yapay zekânın vereceği kararın denetimsiz (kontrolsüz) bırakılması ve hâkimin yapay zekânın bulduğu sonuca tereddütsüz güvenmesi, yargılamada olmazsa olmaz konumda bulunan somut olay bazında muhakeme yapılması işlevinin devre dışı kalmasına da sebep olabilir. Zira hâkimlik mesleği somut olay bağlamında araştırma, mantık, muhakeme, güçlü bir analiz ve kavrayış gibi çeşitli entelektüel ve sosyal becerileri gerektirmektedir. Yapay zekâya karar verme sürecinde aşırı güvenmek muhakeme becerilerinin azalması riskini beraberinde getirebilir. Böylece, varılan sonuç da muhakemeden eksik saf istatistiksel hesaplamalara dayanan yargı kararı olarak değerlendirilmesine sebep olabilir[123]. Oysa, yapay zekânın yargısal süreçte bağlayıcı olmayacak bir biçimde karar önermede kullanımı, yapay zekânın uyuşmazlıkla alakalı verdiği kararın somut olay bakımından doğru ve uygulanabilir olup olmadığı noktasında insan hâkim tarafından denetlenmesini ve otomasyon yanlılığı ve hâkimin karar verme sürecinde vasıfsızlaştırılmasını engellemeye hizmet edebilecek niteliktedir[124]. Böylece, hem adil karara ulaşma noktasında hâkimin karar alma sürecinde devre dışı kalması önlenebilecek hem de karar verme sürecinin kısalmasına yardımcı olmak suretiyle makûl sürede yargılama yapılmasına katkı sağlanabilecektir[125]. Bu kullanımın, aynı zamanda kanunların uygulanmasının öngörülebilirliğine ve mahkeme kararlarının yeknesaklaştırılmasına da hizmet etmesi kuvvetle muhtemeldir[126].

C. Karar Veren Yapay Zekâ

Yapay zekânın, uyuşmazlıkların çözümünde özerk olarak karar vermekte kullanılması da bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır[127]. Bu uygulama, uyuşmazlığı görüp karara bağlamakta, yapay zekâya uyuşmazlıkları özerk olarak karara bağlama yetkisini vermektedir. Burada, yargısal süreç en soyut ve basitleştirilmiş haliyle, bir hesaplama yöntemi olarak görülmekte ve karar alma sürecinde otomatik veri

---

123 Ulenaers (n 52) 16; Tamošiūnienė, Terebeiza and Doržinkevič (n 65) 211. Benzer yönde bkz., Crootof (n 1) 244.

124 Terzidou (n 42) 166; Yılmaz (n 47) 406.

125 Buocz (n 44) 55; Heikkinen (n 22) 29; Terzidou (n 42) 159; Ulenaers (n 52) 11,12.

126 CEPEJ, s. 5; Buocz (n 44) 55; Heikkinen (n 22) 29; Terzidou (n 42) 159; Ulenaers (n 52) 11,12.

127 Bu ihtimal, yakın bir gelecekte gerçekleşmeyecek teorik bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim halen hâkime karar verme süresinde yardımcı olan yapay zekâya dahi tam olarak erişilmiş değildir. Ancak ileride böyle bir teknolojiye erişilmesi ihtimalinde, tarafların anayasa veya uluslararası sözleşmelerde yer alan yargılamaya ilişkin temel haklarının ihlâl edilmemesi için, yapay zekânın dâhil olacağı yargılamalarla ilgili adli süreçlerde başlangıçta açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede, yapay zekânın kararının bağlayıcı olup olmayacağı, farklı seçeneklerin bulunup bulunmadığı, tarafların mahkemeye erişim hakkına sahip olup olmadığı gibi hususlarda kullanıcılar açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmelidir. Benzer şekilde, yapay zekâ tarafından bir dava öncesinde veya sırasında bir işlem yapılıyorsa kişi (taraflar) bununla ilgili de bilgilendirilmeli ve AİHS m. 6 kapsamında davasının doğrudan bir mahkeme tarafından görülebilmesi için gerekli itiraz hakkına da sahip olmalıdır (CEPEJ, 12).

işleme tekniklerinin kullanımının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla kanunlar ve deliller hakkındaki bilgiler girdi olarak kabul edilmekte ve bu girdilerden de bir karar yani çıktı elde edilmesi gündeme gelmektedir[128].

Burada, insan hâkimin işiyle yapay zekânın işinin birbirinden ayrılması amaçlanmaktadır[129]. Tarafların belli uyuşmazlıklar bakımından insan hâkime başvurmadan önce, yapay zekâya uyuşmazlığı getirmeleri öngörülmektedir. Bilhassa basit uyuşmazlıkların çözümü tamamen yapay zekâya bırakılmak istenmektedir[130]. Böylece hâkimin işi ile yapay zekânın işinin birbirinden ayrılması öngörülmektedir. Yapay zekâ hâkimine gidecek uyuşmazlıklar bağlamında, ilk adım olarak internet kaynaklı ve teknik yanı ağır basan konuların yahut bazı tüketici uyuşmazlıklarının düşünülebileceği söylenmektedir[131]. Bu yöntemde, taraflar, bir veri tabanına uyuşmazlığı ve uyuşmazlıkla ilgili belgeleri yükleyecek ve ardından yapay zekâ, kullanıcıların arşivlenmiş verilerini veya uyuşmazlıkla ilgili sorulara verdikleri yanıtları işleyip kodlanmış yasal kuralları veya içtihatları davaya uygulayarak bir karara varacaktır[132]. Uyuşmazlıkla alakalı karar verme işinin tamamen yapay zekâya bırakılması daha hızlı bir yargılama yapılmasını her ne kadar destekleyecekse de karar verme yetkisinin yapay zekâya devredilmesine yol açacaktır. Zira hâkimlerin, yapay zekânın vardığı sonuçlara körü körüne takip etmelerine de sebep olabilecektir[133]. Ayrıca, yapay zekâ tarafından verilecek kararın hâkim tarafından onaylanması gerektiği savunulabilirse de bu da hâkimi karar verici olmaktan ziyade kararı tasdik edici bir konuma getirecektir[134].

Basit uyuşmazlıklarda bireyler hızlı, verimli ve ucuz bir süreçle taleplerinin karara bağlanmasını beklerlerken, daha karmaşık uyuşmazlıklardaysa görülüp duyulmak isteyecekleri varsayılmaktadır. Dolayısıyla yapay zekânın bu rutin (basit) davalarla daha karmaşık olan davalar arasında ayrım yapılmasında kullanılmasının mümkün olduğu; hatta yapay zekânın bu ayrımı yaptıktan sonra söz konusu rutin (basit) görevleri yerine getirebileceği ve daha karmaşık davaların da hâkim tara-

---

128 Ulenaers (n 52) 4. AB, hâkimin yerine geçecek robot hâkimler olarak ifade edilen yapay zekâ sistemlerini uygun görmemektedir (Birtane (n48) 248). Birleşik Krallık da uygun ve nihai kararın yapay zekâ tarafından değil, bir insan tarafından verilmesi gerektiğine inandıklarından, karar verici otomatik sistemlerin kullanımına şüpheli yaklaşmaktadır (Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 4).

129 Buocz (n 44) 55; Heikkinen (n 22) 30.

130 Buocz (n 44) 55; Heikkinen (n 22) 30.

131 Yılmaz (n 47) 407.

132 Estonya'nın € 7.000'ya kadar olan küçük uyuşmazlıkların karara bağlanması için bir algoritma tasarladığı doktrinde belirtilmiştir (Terzidou (n 42) 162; Ulenaers (n 52) 14; Bilgin (n 47) 413). Ancak Estonya Adalet Bakanlığı bu tür haberlerin yanıltıcı olabileceğini ve yapay zekâ hâkimi geliştirmediklerine ilişkin açıklamada bulunmuştur (<Estonia does not develop AI Judge | Justiitsministeerium> accessed 30 Oct 2024).

133 Ulenaers (n 52) 10.

134 Buocz (n 44) 55; Heikkinen (n 22) 29.

fından çözülmesinin sağlanabileceği belirtilmektedir[135]. Böylece, bireylerin adalet sistemini daha adil, erişilebilir ve zaman kazandırıcı bir şekilde kullanımı sağlanabileceği gibi yargı çalışanlarına da makûl sürede yargılama yapabilme olanağı tanınabilecektir. Basit uyuşmazlıkların çözümünün yapay zekâya bırakılmasının, uyuşmazlık çözüm sürecinin çok daha hızlanmasına, daha doğru karar verilebilmesine ve böylece yargıda verimliliğin artırılmasına hizmet edeceği belirtilmektedir[136]. Bu açıdan Çin'de Pekin, Guangzhou ve Hangzhou'da *"İnternet Court"* adı verilen özel bir mahkeme oluşturulmuş ve bu mahkemelere çevrimiçi alışverişlerden, internet hizmetlerinin sağlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi bir dizi uyuşmazlığı çözme yetkisi verilmiştir[137].

Ancak bu yöntemin benimsenmesi beraberinde hukukun sadece belirli kanun hükümlerini içeren bir metin olarak ele alınması ve hukukî gerçekliğin yalnızca metinsel biçim yani bir dizi açık hüküm olarak ele alınması sonucunu da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Hâkimin bilhassa vicdanî kanaatine göre karar veren kişi olma özelliği dikkate alındığında, bunun nasıl mümkün olacağı henüz belirsiz kalmaktadır[138]. Dolayısıyla, bu yöntem esas itibariyle, yapay zekânın hukukun şekilci bir uygulayıcısı[139] olma sonucunu beraberinde getirme riskini taşımaktadır. Zira hukukun uygulanması, belirli bir uyuşmazlıkla alakalı mekanik bir karar verme süreci olarak işlev görmemekte ve her bir uyuşmazlığın kendi özelinde değerlendirilmesini gerekmektedir. Yasal metinlerdeki anlamsal örüntü de dikkate alındığında yapay zekânın bunları kavrayabilmesi sınırlı olacaktır[140]. Ayrıca böyle bir ihtimalde,

---

135 Ulenaers (n 52) 15; Gomes de Sousa, Fidelis, De Souza Bermejo, Da Silva Gonçalo and De Souza Melo (n 78) 10; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 2, 9.

136 Buocz (n 44) 57; Heikkinen (n 22) 30; Ulenaers (n 52) 14.

137 Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 2. Burada görülen davaların ortalama 40 günde sonuçlandığı ve bu mahkemelerce verilen kararların yüzde 98'inin itiraz edilmeden kesinleştiği belirtilmektedir (Birtane (n48) 253).

138 Hatta hâkimin vicdanî kanaate göre karar verdiği dikkate alındığında, (her ne kadar vicdanî kanaat manevi bir olgu olup delillerden tamamen bağımsız kullanılmayacaksa da) yapay zekânın yalnızca mantıksal bir anlayışla hareket etmesi ve aynı zamanda duygusal bir etkinliğinin henüz bulunmadığı dikkate alındığında, şu aşamada bu da bir sorun oluşturacaktır (Sümer (n 59) 1581,1582; Crootof (n 1) 239; Özekes (n 43)37).

139 Hukukun şekilci bir uygulama olmadığı hakkında bkz. *İlhan v Turkey* App no 22277/93 (ECHR 27 June 2000). Ayrıca Özekes (n 43) 29.

140 Crootof (n 1) 239; Yılmaz (n 47) 407. Hukuk kuralları algoritmaya çevrilebilirse de hukuk bilinci, ideoloji ve ilkeler aracılığıyla oluşturulan yargı organının takdir yetkisinin bilgisayar koduna çevrilemeyeceği belirtilmektedir (Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 9). Ayrıca, yasal bir konunun belirlenmesinin tanımlanabilir bir faktörler kümesi olarak hizmet etmediği; karar verme sürecinde yapay zekâyı destekleyen verilerin doğru ve düzgün bir şekilde yapılandırılmadığı; daha önceden kararı veren insan hâkimlerin somut uyuşmazlıkla alakalı bireysel değerlendirmelerinin de karar üzerinde etkili olmasının yapay zekâ tarafından anlaşılamadığı; benzer uyuşmazlıklarla alakalı hâkimlerin farklı kararlar verebilmelerinin mümkün olduğu, dikkate alındığında, yapay zekânın yanlış sonuçlar üretmesine yol açabilecektir (Gomes de Sousa, Fidelis, De Souza Bermejo, Da Silva Gonçalo and De Souza Melo (n 78) 2).

yapay zekânın, karar verirken toplum vicdanını[141] ve hatta takdir yetkisini[142] gerektiren durumlarda takdir yetkisini nasıl kullanacağı da ayrı bir sorun oluşturacaktır[143].

Yapay zekânın da hata yapabilme ihtimali göz ardı edilmemelidir. Nitekim, yapay zekânın, karar verme sürecinde ortaya çıkabilecek algoritmik bazı sorun ve hatalar sebebiyle yanlış yahut önyargılı kararlar verebilmesi ihtimal dahilindedir[144]. Yapay zekâ algoritmasında yaşanabilecek herhangi bir aksaklık veya kötü niyetli aktörlerin kasıtlı müdahalelerde bulunabilme ihtimali de dikkate alındığında, yapay zekâ tarafından verilen kararın hatalı olması mümkündür[145]. Sistemde yaşanabilecek aksaklığın (hatanın) nerede meydana geldiğinin anlaşılabilmesi ve bu hatanın veya müdahalenin tespiti de derinlemesine bir incelemeyi gerektirecektir. Bu ise zaman alacak bir hususdur. Dolayısıyla, bu ve benzeri durumlar, hak arayanlar bağlamında tehlikeli ve telafisi güç sonuçların doğmasına sebep olabileceği gibi makûl sürede yargılama yapılmasının uzamasına da sebep olabilir.

Bununla birlikte, yapay zekânın basit davalarda açık kuralları uygulamada insanlardan daha iyi performans gösterecek şekilde işlem yapacağından hareketle de onlar tarafından verilen kararların da nadiren bozulacağı öngörülmektedir[146]. Ancak yapay zekânın işlemlerinin ve aldığı kararların denetlenmesinde insan faktörü göz ardı edilmemelidir[147]. Burada yapay zekânın ilk derece mahkemesi hâkimi olarak görev yapması ve onun vereceği kararların da itiraza (kanun yoluna) tabi[148] olması bir yöntem olarak düşünülebilir[149]. Böyle bir ihtimalde, taraflar uyuşmazlığı önce yapay zekâ hâkimin önüne getirirler ve sonrasında itiraz[150] üzerine gerçek hâkimler

---

141 Yapay zekâ hâkiminin toplum vicdanı kavramından uzak olması, karar verirken toplumsal adalet ve barışın tesisi hususunda kendinde bir sorumluluk hissetmemesi anlamına gelecektir (Sümer (n 59) 1580). Böyle bir sonuç ise, hukuk kurallarının şekli ezbere uygulanması sonucunu beraberinde getirecektir.

142 Bilhassa yapay zekâ hâkimin somut olay ile kendisine verilen verilerde bir benzerlik ya da bağlantı yakalayamaması durumunda, somut olay özelinde takdir hakkı kullanamaması durumu da ayrı bir muamma oluşturacaktır (Sümer (n 59) 1581).

143 Sümer (n 59) 1580, 1581; Bilgin (n 47) 411. Benzer yönde bkz. Crootof (n 1) 238, 239; Laptev and Feyzrakhmanova, (n 40) 9.

144 Crootof (n 1) 240; Sümer (n 59) 1579; Bilgin (n 47) 411.

145 Crootof (n 1) 240, 241.

146 Buocz (n 44) 56; Heikkinen (n 22) 30. Basit uyuşmazlıkların çözümünde karma (hibrit) dijital yöntemlerle başlanmasının daha doğru olacağı da belirtilmektedir (Özekes (n 43) 38).

147 Özekes (n 43) 37.

148 Kanun yolu incelemesine tabi olup olmayacağı tamamen kanun koyucunun iradesine bırakılmaktadır (Yılmaz (n 47) 406).

149 Buocz (n 44) 55; Ulenaers (n 52) 18; Yılmaz (n 47) 406. Yargısal karar verme yetkisine sahip bir yapay zekâ, eylemini gerekçelendirme gücüne sahip değilse, adil yargılanma hakkı bakımından tehlike yaratır. Zira, karar vermede kullanılan yapay zekânın, adil yargılanma hakkına riayet ettiğinden bahsedebilmek için,eylemlerini gerekçelendirebilmesi gerekmektedir (Dymitruk (n 47) 39, 40).

150 İtiraz hakkının taraflarca tam olarak kullanılabilmesi içinse yapay zekânın karara nasıl vardığının anlaşılabilmesinin sağlaması gerekmektedir. Taraflarca karar ağacı görülebilmeli, yapay zekânın

kararla ilgili denetimi yaparlar. Buna göre, yapay zekânın kararının denetlenmesi açısından bir başvuru yolunun (kanun yolunun) getirilebileceği ve böyle bir yola başvurulması halindeyse, başvurunun yapay zekânın kararını otomatik olarak geçersiz kılacağı ve uyuşmazlıkla alakalı hâkimin karar vermesine ilişkin bir çözüm benimsenebileceği söylenebilir[151].

Bu yöntemin benimsenmesi bilhassa basit uyuşmazlıkların çözümü noktasında daha hızlı ve doğru karar verilebilme ihtimalini içinde barındırdığından[152], makûl sürede yargılama yapılmasını destekleyici niteliktedir. Ancak, bu yöntemin özellikle, tarafların (ve avukatların), veri tabanına yüklenen belgelerin delil olarak kabul edilemezliği gibi belirli savunma araçlarını kullanabilmelerini (ileri sürebilmelerini) kısıtlayabileceği, böylece de onların yargılamanın gidişatına etki edebilmelerine ve hâkimlerin otoritesine olan güvenden mahrum kalmalarına sebep olabileceği belirtilmektedir[153]. Bununla birlikte, bu çekinceleri giderici bir yapay zekâ sisteminin geliştirilmesi de pekâlâ mümkündür. Ayrıca, bu çözüm yöntemi basit uyuşmazlıklar bakımından, yapay zekânın vereceği kararın denetimini yine bir hâkime bırakmakta ve yapay zekânın verdiği kararın da geçersizliği sonucunu içinde barındırdığından basit uyuşmazlıkların çözüm sürecinin uzaması riskini beraberinde getireceğinden basit uyuşmazlıkların çözümü noktasında makûl sürede yargılama yapılmasını geciktirme riskini içinde barındırmaktadır. Ancak yargılamanın temel mantığı adil bir kararla uyuşmazlığı çözmek olduğu dikkate alındığında, yargılamanın bu şekilde uzaması da mazur görülebilecektir.

SONUÇ

Hâkimlerin, günümüzde mevcut olan otomatik sistemlere kısmen devredilebilecek iş ve işlemlerle aşırı yüklendiği dikkate alındığında, yapay zekânın yargısal işleyişte kullanımı, onların iş yükünü önemli ölçüde azaltmaya ve yargısal işleyişin kalitesinin ve verimliliğinin artırılmasına hizmet edebilecektir. Yargılamanın makûl sürede gerçekleştirilmesine engel olan sorunlara kalıcı çözümler üretilmesinde yapay zekânın sağladığı getirilerin doğru bir şekilde yargılama faaliyetine bir sistem dâhilinde alınarak kullanılması gerekmektedir.

Yapay zekânın yargılamaya sunacağı katkılar, yapay zekânın doğru ve güvenilir sonuçlar vermesine bağlıdır. Bilhassa içtihatların veya diğer ilişkili belgelerin yer aldığı büyük veri tabanlarını oluşturan bilgi ve verilerin güvenli kaynaklardan elde

kararlarının arkasındaki mantık (buna gerekçe denilebilir) bilinebilmelidir. Ancak böylece yapay zekânın kararına karşı itiraz hakkını kullanmak isteyen tarafa, tam anlamıyla kendi argümanlarını sunabilme imkânının verildiğinden bahsedilebilir (Heikkinen (n 22) 32). Zira mahkeme kararının gerekçelendirilmesi, nihai karara karşı itiraz hakkının gerektiği gibi kullanılmasını sağlayarak hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmiş olur. Gerekçeli karar hakkı, yargılamalarda tarafların haklarına saygı gösterildiğinin bir garantisini oluşturmaktadır.

151 Buocz (n 44) 55. Benzer yönde bkz. Ulenaers (n 52) 18.

152 Heikkinen (n 22) 30.

153 Terzidou (n 42) 162.

edilmesi ve yeterli veriyi içermesi önemlidir. Veri setlerinin mümkün olduğunca eksiksiz, güncel olmasına ve güvenilirlik ile şeffaflığa yönelik önlemler alınması ve tüm sürecin de izlenebilir (denetlenebilir) olmasının sağlanması gerekmektedir. Böylece, çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesine, kararların istikrar kazanmasına ve bir üst derece mahkemesince düzeltilmesi veya bozularak geri gönderilmesine engel olmak suretiyle makûl sürede yargılamanın tamamlanması sağlanabilir. Yargılamanın farklı aşamalarında farklı amaçlarla yapay zekâdan yararlanılmasının yargılamanın makûl sürede yapılmasını destekleyeceğine şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu ve benzeri yapay zekâ sistemlerinin yargılamada kullanılması, alt yapının doğru oluşturulmasına, işletilmesine ve denetlenebilir olmasına bağlıdır.

Yapay zekânın, mahkemelerde verilebilecek kararı (kararları) tahmin etmek veya uyuşmazlıkla ilgili karar önermek yahut karar vermek amacıyla kullanılmasının makûl sürede yargılama yapılmasını destekleyebileceği söylenebilir. Ancak, yapay zekânın kusurlu eğitimi (kusurlu eğitilmese bile halüsinasyonlar) sistemin öngörüsünün yanlış olması ve böylece yargılamada yanlış kararlar verilmesi sonucunu doğurabilir. Yanlışlığın tespitinde yaşanabilecek güçlükler ve yanlışın giderilmesinin zaman alacak olması dikkate alındığında yargılamanın makûl sürede tamamlanması zorlaşabilecektir.

Yapay zekânın yargılamada özerk olarak karar vermek için kullanılması, uyuşmazlık çözüm sürecinin çok daha hızlanmasına ve daha doğru kararlar verilebilmesine hizmet edebilir. Hâkimin bilhassa vicdanî kanaatine göre karar veren kişi olma özelliği dikkate alındığında, bunun nasıl mümkün olacağı henüz belirsiz kalmaktadır. Ayrıca bu yöntem, yargılama faaliyetinde insanın dışlanmasına, hukukun sadece belirli kanun hükümlerini içeren bir metin olarak algılanmasına ve hukukî gerçekliğinse biçimsel bir gerçeklik olarak algılanmasına yol açabilir. Burada yapay zekânın ilk derece mahkemesi hâkimi olarak görev yapması ve onun vereceği kararların da itiraza tabi olması bir seçenek olarak düşünülebilir. Ancak böyle bir çözümün de Anayasa m. 138'de hüküm altına alınan hâkimin vicdanî kanaatine göre karar vereceği kuralına aykırı olacağı açıktır. Bu yönde bir Anayasa değişikliği yapılsa bile bu sefer de bu çözüm sürecinin yargılamanın makul sürede tamamlanmasını uzatma ihtimali bulunmaktadır.

Yapay zekânın bilhassa karar verici olarak kullanılması ihtimali, ayrıca AİHM'sinin makûl sürede yargılama yapılması değerlendirilmesinde dayanılan kriterlere bir yenisinin eklenmesine de yol açabilir. Zira, gelecekte, yapay zekâ kullanımının yaygınlaşması ihtimalinde, yargılamanın makûl sürede tamamlanıp tamamlanmadığı değerlendirmesi yapılırken, yargılamada yapay zekânın kullanıldığı ve kullanılmadığı ülkeler açısından ayrı ayrı değerlendirilmesine sebep olabilir.

Son olarak, yargılamanın herhangi bir evresinde yapay zekâ kullanımı yargı paydaşlarının yapay zekâ kullanımı konusunda eğitilmesini de gerektirmektedir. Bu ise uzun sürecek bir süreci ve iş gücünün etkin kullanımı konusunda yeni bir handikap yaratabilir.

KAYNAKÇA

Aletras N, Tsarapatsanis D, Preotiuc-Pietro D and Lampos V, "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective' (2016) 10 Peerj Computer Science 1-19.

Arslan, R, Yılmaz, E, Taşpınar Ayvaz S and Hanağası, E, Medeni Usul Hukuku (10. Bası, Yetkin Yayıncılık 2024).

Atalı, M, Ermenek, İ and Erdoğan, E, Medeni Usûl Hukuku (7.Bası, Yetkin Yayıncılık 2024).

Bilgin H, 'Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkında Düşünceler' (2022) 13(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 405-419.

Birtane, Ş, 'Hakime Yardımcı Yapay Zekâ' (2024) 59, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 233-272.

Bora Çınar S, 'Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler' (2022) 20(234) Legal Hukuk Dergisi 2089-2130.

Buocz T. J, 'Artificial Intelligence in Court Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary' (2018) 2(1) Retskraft Copenhagen Journal of Legal Studies 41-59.

Crootof R, 'Cyborg Justice" And The Risk Of Technological-Legal Lock-In', (2019) 119 (20) Columbia Law Rewiew Forum 233-251.

Demircioğlu Y, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, (Yetkin Yayıncılık 2007).

Doğan E, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).

Dymitruk M, 'The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings' (2019) 13(1) Masaryk University Journal of Law and Technology 27-44.

Franguloiu S, 'Principles for the Use of Artificial Intelligence (Ai) in the Judiciary as derived from the European Ethics Charter. Justice Efficiency and Limitations' (2023) 16 (65) Bulletin of the Transilvania University of Braşov 39-46.

Gomes de Sousa, W, Fidelis R. A, De Souza Bermejo P. H, Da Silva Gonçalo A. G and De Souza Melo B, 'Artificial intelligence and speedy trial in the judiciary: Myth, reality or need? A case study in the Brazilian Supreme Court (STF)' (2022) 39(1) Government Information Quarterly 1-13.

Gültekin Varkonyi G, Robot Yargıçlar Teknolojinin Yargıdaki Geleceği, Fırsatlar ve Riskler, (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022).

Gyuranecz F. Z, Krausz B and Papp D, 'The AI is now in session – The impact of digitalization on courts' EJTN THEMIS SEMI-FINAL D.

Hasırcı H, 'Medeni Usul Hukukunda Yapay Zekâ' in Erdem Büyüksağış (ed), Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka (On İki Levha Yayıncılık 2022) 399-440.

Heikkinen H. T, 'How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?' (Master Thesis, Lund University 2019).

İnceoğlu S, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, (2. Bası, Beta Yayıncılık 2005).

Karahan İ, 'Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk Hukuku'nda Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2019).

Khalil E. M. Omar, 'Artificial Decision-Making and Artificial Ethics: A Management Concern' (1993) 12(4) Journal Of Business Ethics 313-321.

Laptev A. V and Feyzrakhmanova R. D, 'Application of Artificial Intelligence in Justice: Current Trends and Future Prospects' (2024) 4 (3) Human-Centric Intelligent Systems 1-12.

Molbæk-Steensig H and Quemy A, 'Artificial Intelligence and Fair Trial Rights' in Alberto Quintavalla and Jeroen Temperman (eds), Artificial Intelligence and Human Rigths (Oxford 2023) 265-280.

Mostowy, Walter A, 'Explaining Opaque at Decisions, Legally' (2020) 35(4) Berkeley Technology Law Journal 1291-1330.

Özekes, M, "Dijital Çağda Yargılama, Adalete Erişim Ve Yargılama İlkelerine Genel Bakış", in Muhammet Özekes (ed), Dijital Çağda Medeni Yargı 2022'den Bakış (Adalet 2022) 13-53.

Özkan Duvan A, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-336.

Pastukhova A, 'Artificial Intelligence as a Judge: Can We Rely on a Machine?' (Master Paper, Ghent University 2017).

Pekcanıtez H, 'Medeni Yargıda Adil Yargılanma' (1997) 2 İzmir Barosu Dergisi 35-55.

Pekcanıtez, H, Atalay, O and Özekes, M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (12. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024).

Reiling A. D, 'Courts and Artificial Intelligence' (2020) 11(2) International Journal for Court Administration 1-10.

Remus, D and Levy, F. S, 'Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law' 27.11.2016, 30, 31 (<Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law by Dana Remus, Frank S. Levy :: SSRN> accessed 1 Oct 2024).

Rüzgaresen, C, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi (Yetkin Yayıncılık 2013).

Servet G, "Yargıda Yapay Zeka ve Büyük Veri Teknolojileri" in "21. Yüzyılda İdare ve İdari Yargılama Hukukunun Gelişimi" Sempozyumu 10.05.2024 accessed 20 Sep 2024.

Stone P, Brooks R, Brynjolfsson E, Calo R, Etzioni O, Hager G, Hirschberg J, Kalyanakrishnan S, Kamar E, Kraus S, Leyton-Brown K, Parkes D, Press W, Saxenian A, Shah J, Tambe M, and Teller A, 'Artificial Intelligence and Life in 2030' (One Hundred Year Study on Artifcial Intelligence: Report of the 2015–2016 Study Panel Stanford, CA: Stanford University 2016), 12 <ai100report10032016fnl_singles.pdf> accessed 20 Ekim 2024).

Stuart R and Norvig P, Artificial Intelligence A Modern Approach (Fourth Edition, Pearson 2021).

Sümer S. Y, 'Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim' (2021) 23(29) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1543-1591.

Szappanyos M, 'Artificial Intelligence: Is the European Court of Human Rights Prepared?' (2023) 11(1) Acta Humana 93-110.

Szczudlik K, 'AI Must Not Predict How Judges in France Will Rull' <https://new-tech.law/en/articles/ai-must-not-predict-how-judges-in-france-will-rule> accessed 23 Oct 2024.

Tamošiūnienė E, Terebeiza Z and Doržinkevič A, 'The Possibility of Applying Articial Intelligence In The Delivery of Justice by Courts' (2024) 17(1) Baltic Journal of Law & Politics 207-222.

Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku C. I, (6. Bası, Yetkin Yayınları 2024).

Tanrıver, S, 'Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 56 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 191, 215

Terzidou K, 'The Use of Artificial Intelligence in the Judiciary and Its Compliance with the Right to a Fair Trial' (2022) 31 Journal of Judicial Administration 154-168.

Turner J, Robot Rules Regulating Artificial Intelligence, (Palgrave Macmillan 2019).

Ulenaers J, 'The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?' (2020) 11(2) Asian Journal of Law and Economics 1-38.

Üçüncü, S. H, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Yıldırım M. K, 'Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler' (Alkım Yayınları 2003) Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan 467-493.

Yılmaz O. G, 'Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?' (2021) 66(1) Adalet Dergisi 379-415.

Yücel M. T, 'Adli Yargıda Makul süre Felsefesi ve Matematiği' 2015 (117) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35-53.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683961

SAĞLIK HAKKININ VE GENEL SAĞLIK SİGORTASININ ÖZNESİ OLARAK YABANCILAR

Foreigners as Subjects of the Right to Health and General Health Insurance

Bahar KÜPE*

Özet

Kişilerin yaşam hakkı başta olmak üzere diğer haklarını etkin şekilde kullanmasını sağlayacak en temel hak olan sağlık hakkı hem ulusal hem de uluslararası belgelerde vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmıştır. Sağlık hakkı, sadece sağlığın korunmasını, geliştirilmesini veya tedaviyi isteme hakkını değil aynı zamanda sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını da kapsamaktadır. Bu yönüyle sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkıyla da doğrudan bağlantılıdır. Sağlığı konu alması sebebiyle genel sağlık sigortası, yabancıları da kapsar şekilde sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ve kişilerin mali olarak desteklenmesine ilişkin bir sağlık sistemidir. Bu çalışmada ilk olarak sağlık hakkının öznesi olma bakımından yabancıların durumu değerlendirilmiş, ardından özellikle konusunun sağlık olması gerekçesiyle genel sağlık sigortasından Türkiye'de bulunan yabancıların, statülerine göre yararlanma şartları ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sağlık, sağlık hakkı, yabancı, sosyal güvenlik, genel sağlık sigortası

Abstract

The right to health, which is the most fundamental right that will enable people to effectively exercise their other rights, especially the right to life, It is recognised in both national and international instruments for everyone, without distinction between citizens and foreigners. The right to health encompasses not only the right to protection, promotion or treatment of health but also the right to benefit from health services. In this respect, the right to health is directly linked to the right to social security. General health insurance is a health system for the provision and financing of health services, including for foreigners. In this study, firstly, the status of foreigners in terms of being the subject of the right to health is evaluated, and then the conditions for foreigners in Turkey to benefit from the general health insurance, especially on the grounds that the subject matter is health, are put forward according to their status.

Keywords: Health, right to health, foreigner, social security, general health insurance

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.01.2025*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD, Erzurum-Türkiye, bahar.godekmerdan@atauni.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-5470-9723

GİRİŞ

Sağlıklı bir gelecek için toplumun en küçük ve temel yapıtaşı olan bireyin de sağlıklı bir yaşam sürdürmesi şarttır. Bireyin sağlıklı bir yaşam sürdürebilmesi ise büyük oranda sağlık hakkının korunmasına bağlıdır. Göç İdaresi Başkanlığı'nın güncel verilerine göre Türkiye'de, yaklaşık 4 milyon 425 bin 230 yabancı, yasal izinle yaşamaktadır[1]. Bunlardan 3 milyon 99 bin 524'ü geçici koruma[2], 221 bin 353'ü uluslararası koruma[3] statüsündeyken, 1 milyon 104 bin 353 kişi de ikamet izniyle[4] Türkiye'dedir. Türkiye'deki yabancı sayısı, yabancıların sağlık hakkına erişimini, yabancılara sağlık hizmetlerinin sunulmasını ve bunlarla bağlantılı olarak genel sağlık sigortasını önemli hale getirmektedir.

Göçmenlerin[5], özellikle de çalışma amaçlı göç edenlerin hem menşe ülkelerindeki hem de kabul ülkesindeki toplumun genelinden daha sağlıklı olduğu ifade edilmektedir. Bu durum göçmenlerin demografik özelliklerinden bağımsız, *sağlıklı göçmen varsayımı* kavramı ile açıklanmaktadır[6]. Herhangi bir kişi için göç kararının verilebilmesi bile o kişinin bireysel sağlığı ile yakından ilişkili görülmektedir. Ancak göçmenlerin vatandaşlara göre daha sağlıklı olmaları ile elde ettikleri avantajlı durumun, zaman içinde hızla ortadan kalktığı ve göçün hemen ertesinde, yerli topluma göre daha sağlıklı olan bu kişilerin, göç ettikleri ülkede yılların geçmesiyle daha sağlıksız hale geldiği görülmektedir[7]. *Epidemiyolojik paradoks* olarak tanımlanan bu olgu göçmenlerin, sağlığı bozan olumsuz koşullar ile daha fazla karşılaşmalarıyla açıklanmaktadır[8]. Göçmenler ruhsal sağlık açısından on yıl içinde bulundukları yeni topluma göre daha olumsuz hale gelmektedir[9]. Bu paradoksal durum, nüfusları içinde giderek artan oranda göçmen barındıran, göç alan ülkelerin sağlık harcamalarını arttıran bir faktör olarak gündeme gelmektedir. Göçmenlerin

---

1 <https://www.goc.gov.tr/ulkemizdeki-yabanci-sayilarina-iliskin-ortaya-atilan-gercek-disi-iddialar-hakkinda-basin-aciklamasi> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

2 <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> Erişim Tarihi 20 Kasım 2024.

3 <https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler> Erişim Tarihi 20 Kasım 2024.

4 <https://www.goc.gov.tr/ikamet-izinleri> Erişim Tarihi 20 Kasım 2024.

5 Burada göçmen kavramı, İskân Kanunundaki (m. 3/1-d) şekliye Türk soyundan gelip, Türk kültürüne bağlı olan ve yerleşmek amacıyla Türkiye'ye gelen kişileri ifade etmek için değil, kişisel rahatlık amacıyla ve dışarıdan herhangi bir zorlama unsuru olmaksızın hür iradesiyle göç etmeye karar veren kişilerin durumlarını ifade etmek için kullanılmıştır. İskân Kanunu RG 26.9.2006 – 26301.

6 Alberto Palloni and Jeffrey Morenoff, 'Interpreting The Paradoxical in The Hispanic Paradox: Demographic And Epidemiologic Approaches' (2001) 954 (1) Annals of the New York Academy of Sciences 140; Nilay Etiler and Kuvvet Lordoğlu, 'Göçmenlerin Sağlık Sorunları: Ev Hizmetlerinde Bir Alan Araştırması' (2010), Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler 93,100.

7 Etiler and Lordoğlu (n 6) 99.

8 Yao Lu, 'Test of the Healthy Migrant Hypothesis: A Longitudinal Analysis Of Health Selectivity of Internal Migration in Indonesia' (2008) 67 Social Sciences and Medicine 1131,1331.

9 Dinesh Bhugra and others,'WPA Guidance On Mental Health And Mental Health Care in Migrants' (2011) 10 (1) World Psychiatry 1, 5.

sağlık durumlarının pek çok araştırmanın konusu haline gelmesi, insani nedenlerle önemseniyor gibi gözükse de esasında daha çok bu ekonomik kaygının sonucunda olduğu belirtilmektedir[10].

Bir göçmen, ülkesini kendi iradesi ve daha iyi bir hayat arayışı ile terk etmektedir. Ancak göçmenlerin aksine mülteciler, ülkelerini terk etmeyi kendileri seçmemekte, bunu yapmaya bir anlamda mecbur kalmaktadırlar. Ekonomik nedenlerle göç edenler ile mülteciler arasındaki en önemli fark, ekonomik göçmenlerin ülkelerinin kendilerine sağladığı devlet korumasından faydalanıyor olmalarıdır. Oysa aksine mülteciler açısından korumasından faydalanılacak bir devletten söz etmek mümkün değildir. Bunlar arasında bir diğer fark ise göçmenlerin sağlıklı olduğu varsayımına rağmen sığınmacı ve mültecilerin, güç yaşam koşulları, barınma, beslenme ile ilgili sorunlar, sağlık hizmetlerine ve sosyal hizmetlere ulaşmada güçlükler gibi pek çok nedenle sağlık açısından en savunmasız gruplar arasında olmasıdır[11].

Uluslararası sözleşmeler ve 1982 Anayasasında[12] güvence altına alındığı üzere, vatandaş- yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes, temel insan hakları arasında yer alan sağlık ve sosyal güvenlik haklarına sahiptir. Ancak, yabancıların hak ve özgürlükleri konusunda, neredeyse her devletin kendine özgü kısıtlamalar yaptığı gözlemlenmektedir. Anayasa uyarınca, *"Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir"* (m. 16). O halde Devletin yabancı kişilere karşı sağlık ve sosyal güvenlik hakkından doğan yükümlülükleri, hukukun meşru saydığı ölçüler temelinde farklılaşabilecek ve Devlet imkân ve şartları elverdiği ölçüde bu yükümlülüklerini yerine getirirken vatandaş ile yabancı ve hatta yabancılar arasında da statülerine göre bazı farklılıklar doğabilecektir. Tüm bunlarla birlikte 2020 yılında ilan edilen Pandemi, göç eden kişilerin sağlık hizmetlerine erişimini önemli bir konu haline getirmiştir. Zira virüs, ırk, renk, dil, din veya cinsiyet ayırt etmeksizin herkesi etkilemiş hatta korumasız gruplar salgından daha çok zarar görmüştür. Geçici Koruma Yönetmeliği'nde (GKY)[13], sağlık hakkının, geçici korunanlara bir hak değil hizmet olarak sunulduğu görülmektedir. Bu nedenle özellikle salgın döneminde, sağlık hakkı mı yoksa sağlık hizmeti mi tartışması farklı bir boyut kazanmıştır. Haklar ve hizmetler arasındaki farkları şöyle sıralayabiliriz: haklar herkes içindir, hizmetler ise ihtiyaçlara göredir ve öncelik açısından yere ve zamana göre değişebilir; haklar yasal yükümlülük ve sorumlu-

---

10 Etiler and Lordoğlu (n 6) 100. Göç İdaresi Başkanlığı'nın 2024 yılına ait Kurumsal Mali Durum ve Beklentiler Raporu'na göre, sadece geçici koruma statüsü altındaki Suriyelilere yapılan harcamaların 10 milyarı aştığı ifade edilmiştir. <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Kurumsal/Strateji/Performans-Raporu/2024/07-Temmuz/31-Temmuz/2024-Yili-Kurumsal-Mali-Durum-Beklentiler-Raporu.pdf> Erişim Tarihi 22 Kasım 2024.

11 Özge Karadağ and Kerim Hakan Altıntaş, Refugees and Health (2010) 9 (1), TAF Preventive Medicine Bulletin 55, 55.

12 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863.

13 Geçici Koruma Yönetmeliği, RG 22.10.2014-29153.

luk içerir, hizmetler içinse yükümlülük ve sorumluluk yoktur; haklar talep edilebilir, hizmetler ise talep edilemezler. Böylece Devletin, geçici korunanlara belirli asgari standartları sağlayabileceğini fakat kişilere talep edilebilecek sübjektif bir hak sağlamayacağını vurgulamak için sağlık hakkı değil sağlık hizmetleri şeklinde düzenlendiği ifade edilmektedir. Bu fikrin gerekçesi ise geçici korumanın geçici niteliğine vurgu yapılarak açıklanmaktadır[14]. Ancak her ne kadar sağlık hakkı değil sağlık hizmeti şeklinde düzenleme yapılsa da GKY'nde sağlık hizmetlerinin ayrıntılı şekilde düzenlendiği görülmektedir[15].

Bu çalışma, öncelikle yabancılar özelinde sağlık hakkının uluslararası metinlerdeki ve Anayasa'daki düzenlemesini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Sağlık hakkı temel bir insan hakkı olarak kabul edilmekle birlikte[16] yabancılar da dâhil ülkedeki sağlık hizmetlerine erişim ve bu hizmetlerden yararlanma hakkını da ifade etmektedir. Genel sağlık sigortası ise, bu hakkın gerçekleştirilmesine yardımcı olan bir sistemdir. Genel sağlık sigortası, bireylerin sağlık sorunlarıyla karşılaştıklarında oluşan sağlık harcamalarını karşılama amacı taşır ve sağlığın korunmasını hedefler. Bu nedenle çalışmanın devamında sağlık hakkını tamamlayıcı şekilde ve yine yabancılar özelinde genel sağlık sigortasını anlatmak kaçınılmazdır.

I. SAĞLIK VE SAĞLIK HAKKI

Sağlık kavramı ilk bakışta tanımlanması güç olarak görünmese de aksine kavramın sahip olduğu dinamik yapıdan ötürü genel geçer bir tanım vermek göründüğü kadar kolay değildir. Dünya üzerindeki ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmeler, sağlık kavramına olan bakışı da etkilemiş ve dolayısıyla sağlık kavramına yüklenen anlamlar tarihsel süreçte farklılaşmıştır[17].

Sağlık kavramına ilişkin yapılan ilk tanımlarda, sağlık kavramının salt biyolojik açıdan ele alındığı görülmektedir. Buna göre sağlık kavramı başlangıçta yalnızca "vücudun hasta olmaması hali" şeklinde tanımlanmıştır[18]. Oysa sağlık, sadece hastalık dönemini değil hastalık öncesinde de önem verilmesi gereken beslenme, spor ve yaşam şekli yanında, sağlıklı gıdalar ile temiz hava ve suyu da kapsayan sağlık koşullarına uygun çalışma ve yaşam alanlarından oluşan sağlıklı bir çevreyi, kişinin ve ailenin gereksinimlerini karşılayabilecek nitelikteki bir konutun bulunduğu

---

14 Bahar Küpe, 'Geçici Koruma, Salgın ve Sağlık Hakkı' in Doğa Elçin and Ogün Erşan Aydınlı (eds), Göç ve Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu (Atılım Üniversitesi Yayınları 2021) 109.

15 Küpe (n 14) 110.

16 Tartışmalar için bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı* (1st edn, Legal 2012) 5.

17 Miraç Çelik, 'İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2013) 4

18 Tahmazoğlu Üzeltürk (n 16) 5; Ayşe Tekin, 'Sağlık-Hastalık Olgusu ve Toplumsal Kökenleri Burdur Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi 2007) 22; Bayram Metin, 'Sağlık Hakkının Hukuki Çerçevesi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2018) 3.

yaşamaya elverişli bir ortamı da kapsar genişliktedir[19]. 20.yüzyılda Ivan Illich'in sağlık tanımı ise konuya yabancı kişiler açısından da farklı bakmayı sağlayacak başka bir açılım getirmektedir. Buna göre "*Sağlık bir uyum sağlama meselesidir. Toplumca oluşturulmuş gerçekliklere karşı içgüdüsel değil, otonom ama yine de kültür tarafından şekillendirilmiş bir tepkidir. Sağlık, çevredeki değişimlere uyum sağlayabilme, büyüyebilme ve yaşlanabilme, zarara uğradığında iyileşebilme, acı çekebilme ve ölümü huzurlu bir şekilde bekleyebilme yeteneğidir. Sağlık geleceği de kapsar.*"[20] Dolayısıyla sağlık hakkı, göçmenlerin bulundukları ülkelere entegrasyonlarında da önemli bir unsurdur.

Sağlık hakkının konusunu oluşturan sağlık kavramının ifade edilen çeşitli tanımları olmakla birlikte Dünya Sağlık Örgütünün (DSÖ) tanımı bunlar arasında en yaygın kabul görenidir[21]. Buna göre sağlık, sadece hastalığın olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan da iyilik halinin olmasıdır[22]. O halde kişinin fiziksel, ruhsal ve sosyal anlamda varlığını sürdürme amacına hizmet eden sağlık hakkı en temel insan haklarından biri olarak kabul edilebilir[23].

Sağlık hakkı düzenleme itibariyle ekonomik ve sosyal haklar, diğer bir ifadeyle ikinci kuşak haklar kategorisinde düzenlenmiş olmasına rağmen, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde (İHEB)[24] yaşam hakkı çerçevesinde kabul görmüş evrensel bir haktır[25]. Bu yönüyle sağlık hakkının, başta temel haklar olmak üzere diğer hakların var olabilmesi için hayati öneme sahip olduğu ifade edilebilir. Öyle ki insanın sağlık hakkı olmadan diğer hakları kullanması düşünülemez[26]. Genelde hak ve özgürlüklerin ve özelde birinci kuşak hakların gerçekten kullanılabilmesi sağlığın yerindeliğiyle doğrudan ilintiliyken sağlıklı bir toplum için bireylerin sağlıklı olması da zorunludur.[27]. Kişilerin sağlık hakkından tam olarak yararlanamamaları

---

19 Ünal Er, *Sağlık Hukuku* (2nd edn, Savaş 2019) 2; Hasan Petek, *Sağlık Hukuku* (Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015) 4.

20 Er (n 19) 3; Ivan Illich, *Sağlığın Gaspı* (Süha Sertatiboğlu, 2nd edn, Ayrıntı Yayınları 2011) 182.

21 Dünya Sağlık Örgütü Anayasası <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1 12.1.2024> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024.

22 DSÖ'nün tanımı, pratik yaşamda karşılığını bulmakta zorlanabileceğimiz ölçüde idealist bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Zira bireyin yaşamının herhangi bir döneminde sayılan tüm unsurlar açısından "tam" bir iyilik halinde olmadığı ancak koşullara adapte olarak yine de sağlıklı olabildiği, gözlenebilen bir olgudur. Perihan Elif Bor Ekmekçi, 'Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerine Bir Çalışma' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2014) 94.

23 Ezeli Azarkan, *Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı* (Seçkin Yayınevi 2018) 41.

24 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, RG 27.5.1949-7271.

25 Sağlık hakkının İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 25. maddesinde yer aldığı üzere "yaşama hakkı" ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Esma Gültüvin Gür Omay, 'Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık' (Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Denizli 2010) 300.

26 Ayhan Döner and Mücahit Kelek, 'Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı' (2015) XIX (1-2) EÜHFD 3, 3.

27 Ozan Şafak Koçak, 'Sağlık Hakkı Kapsamında Türkiye'deki Suriyelilerin Sağlık Hizmetlerine Erişimi' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2018) 39; Nihat Bulut, *Sanayi Devrimin-*

onların eğitim hakkı, çalışma hakkı, aile kurma hakkı gibi diğer sosyal haklardan da çeşitli ölçülerde mahrum olmaları anlamına gelmektedir[28]. Sağlık hakkı, özellikle yaşama hakkı açısından önem arz etmekte ve kişilerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmeleri, sağlık hakkından eksiksiz bir şekilde istifade edebilmelerine bağlıdır. Gerçekten de sağlıklı yaşam koşullarından veya sağlık hizmetlerinden mahrum bir şekilde yaşayan bireyler, yaşama hakkı başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğü olması gerektiği gibi kullanamazlar[29]. Bu haklar, İHEB'de de ifade edildiği üzere yiyecek, konut, çalışma, eğitim, insanlık onuru, ayrımcılığa maruz kalmama, eşitlik, işkencenin yasaklanması, mahremiyet ve bilgiye erişim hakları ile toplanma, örgütlenme ve hareket özgürlüklerini kapsamaktadır. Sayılanlar ve diğer hak ve özgürlükler, sağlık hakkının ayrılmaz unsurlarına işaret etmektedir[30].

Dünya Sağlık Örgütü[31] Anayasası'nın başlangıç bölümündeki ifadeyle belirtmek gerekirse sağlık hakkı, *"Ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir."*[32]

Sağlık hakkı aynı zamanda kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesini ve sağlanan imkânlardan faydalanabilmesini de kapsar. Bu anlamıyla sağlık hakkı devlete bazı görevler de yüklemektedir[33].

II. SAĞLIK HAKKININ ÖZNESİ OLARAK YABANCILAR

Sağlık hakkına ilişkin hem ulusal hem de uluslararası geçerliliği ve kısmen de olsa bağlayıcılığı olan insan hakları düzenlemelerinde, sağlık hakkının öznesinin "herkes" olduğu ifade edilmektedir[34].

---

den Küreselleşmeye Sosyal Haklar (On İki Levha Yayıncılık 2009) 206.

28 Sağlıklı olma ve ekonomik rahatlık birbirini destekleyen unsurlardır. Sağlıklı insan kolaylıkla gelir elde edebilir ve gelir düzeyi artarak sağlık hizmetlerine daha kolay erişebilir insanlar daha iyi beslenme şartlarına sahip olurlar ve sağlıklı yaşama özgürlüklerini kullanabilirler. Metin (n 18) 7; Türker Ertaş 'Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2012) 42.

29 Amartya Sen, *Health in Development*, WHO, 52th World Health Assembly, A52/DIV/9, Geneva, (18 May 1999 <http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA52/ewd9.pdf> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024.

30 BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 14 No'lu Genel Yorum.

31 Türkiye Cumhuriyeti, 09.06.1949 tarih ve 5062 sayılı Kanun ile DSÖ Anayasası'nı onaylayarak DSÖ'ne resmen üye olmuştur <https://www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024.

32 Alexander Phelan, 'Human Rights Implications of Pathogen Sharing and Technology Transfer', Sam Halabi, Rebecca Katz (edt), *Viral Sovereignty and Technology Transfer: The Changing Global System For Sharing Pathogens For Public Health Research* (Cambridge University Press 2020) 123; İzzet Mert Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı* (1th edn, Legal Yayıncılık 2012) 14; Sezercan Bektaş, 'Uluslararası Hukuk Ekseninde Devletlerin İleri Sürdüğü "Viral Egemenlik" İddiasının Değerlendirilmesi' (2021) 79 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1421, 1436.

33 Er (n 19) 31, 32.

34 Bulut (n 27) 209; Ertaş (n 28) 100

A. Uluslararası Sözleşmelerde Yabancıların Sağlık Hakkı

22.06.1946 tarihli DSÖ Anayasası, sağlık hakkını, uluslararası boyutta düzenleyen ilk belgedir. Anayasa'nın başlangıç hükmüne göre:

> *"Erişilebilecek en yüksek düzeyde sağlıktan yararlanmak ırk, din, politik inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir."*

Sağlık hakkına ayrımcılık yapılmaksızın herkesin erişebilmesi, sağlık hizmetinin en yüksek kalitede olması gerektiği belirtilmiştir. DSÖ Anayasasında tüm milletlerin sağlığının önemli olduğu ve bunun için devletlerin iş birliğinin gerektiği, bir devlette sağlığın korunmasına ilişkin elde edilen gelişmenin tüm devletleri etkileyeceği, bir devlette bulaşıcı hastalıklarla ilgili bir gelişme olması durumunda tüm devletlerin tehlikede olacağı ifade edilmiştir[35].

Bu düzenlemelerden DSÖ Anayasası'nın esas amacının tüm insanları en yüksek düzeyde sağlık hakkından yararlandırma olduğu kabul edilse bile, devletlerin egemenlik alanı içerisindeki yabancılar da dâhil herkese kusursuz bir fiziksel, ruhsal ve sosyal iyi olma halini temin etmelerinin imkânsızlığı karşısında DSÖ'deki bu ibarenin sağlıklı olma hakkı anlamına gelemeyeceği ifade edilmektedir [36].

DSÖ Anayasası'nın hazırlanmasının akabinde, sağlık hakkının koruma altına alındığı diğer bir uluslararası belge de İHEB'dir. Bildirge'nin 25. maddesinin 1. Paragrafı uyarınca: *"Herkesin gerek kendisi gerek ailesi için yiyecek, giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak* üzere sağlığına ve *refahına uygun yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkı ve işsizlik, hastalık, maluliyet, dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında sosyal güvenceye sahip olma hakkı vardır. Analık ve çocukluk durumları, anne ve çocuğu özel bakım ve yardım görmeye hak sahibi kılar. Tüm çocuklar, ister evlilik içinde isterse evlilik dışında doğmuş olsun, aynı sosyal korumadan yararlanacaklardır."* şeklinde düzenlenmektedir[37]. Görüldüğü gibi hüküm, herhangi bir ayrım yapmaksızın herkese, kendisi ve ailesiyle birlikte sağlık ve sosyal güvenlik hakları çerçevesinde sağlık hakkını tanımaktadır[38]. İHEB' de sağlık hakkı ayrı bir hak olarak sayılmamış, Bildirge'nin hazırlık evresinde sağlık hakkı temelinde düzenlenen hüküm, nihai halinde *"yeterli bir yaşam*

---

35 Simge Demir Bayram, 'Sağlık Kamu Hizmetinin Dayanağı Olan ve Sağlık Hakkını Güvence Altına Alan Düzenlemeler ile İlkeler' (2021) 6 (2) YBHD 175, 179.

36 Ertaş (n 28) 26.

37 Judith Asher, *Right to Health a Resource Manual for NGO's* (Martinus Nijhoff Publishers 2010) 28.

38 Tahmazoğlu Üzeltürk (n 16) 192; Bahar Konuk Sommer and Bengül Kavlak, 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 15 (177) Legal Hukuk Dergisi 4281, 4292.

standardının olması için gereken bileşenlerden biri" şeklinde açıklanmıştır[39]. Son hali ile de bu madde, sağlık hakkı için önem teşkil eden bir özellik göstermektedir.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme'de[40] ise sağlık hakkının öznesi olarak *"herkes"* ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz. Bu düzenleme esasında sağlık hakkının doğası gereği, herkes tarafından kullanılması gereken bir hak olmasının sonucu olup, beraberinde çocuklar, kadınlar mülteciler gibi toplumdaki savunmasız kişilerin korunmasını gerekli kılmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesi taraf devletlere bu sorumluğu açık bir şekilde yüklemektedir[41]. Nitekim ilgili hüküm taraf devletlerin: *"…her şekliyle ırk ayrımcılığını yasaklamak ve ortadan kaldırmak ve ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken ayrımı yapmaksızın, özellikle aşağıdaki haklardan yararlanmada herkesin kanun önünde eşitlik hakkını garanti altına alma…"* yükümlülüğünü üstlenecekleri düzenlemesini getirmiş olup, bu hususta taraf devletlerin ayrım yapamayacağı alanlardan birisi olarak da aynı maddenin devamında "*sağlık ve tedavi hakkı*" ifade edilmiştir. Gerçekten de ayrımcılık yapma yasağının, sağlık hakkının yerine getirilmesinde ayrı bir önemi vardır.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS)[42], uluslararası insan hakları hukuku içinde sağlık hakkı konusunda en kapsamlı düzenlemeyi içermektedir. ESKHS'nin sağlık hakkını düzenleyen 12. maddesinde dil, din ve diğer herhangi bir statü temelinde ayrımcılık yapılamayacağı hükmü getirilmiştir. Buradan hareketle sağlık hakkının öznesinin herhangi bir statüsü nedeniyle dışlanmaksızın "*herkes"* olduğu ileri sürülebilir[43]. Nitekim Sözleşmenin yetkili yorum organı olan Komite'nin 14 ve 20 no'lu Yorumlarından da taraf devletin yetki alanında bulunan herkesin, sağlık hakkının öznesi olduğu anlaşılmaktadır. Komite'ye göre, vatandaşlık bağının bulunup bulunmaması, ESKHS haklarına özne olmayı etkileyen bir unsur değildir: *"Vatandaşlık, Sözleşmede tanımlanan haklardan yararlanmaya engel oluşturmamalıdır. O halde yasal belgelere sahip olmayanlar da dâhil, bir devletin sınırları içerisindeki herkes sağlık hizmetlerine erişim hakkına sahiptir. Sözleşme, yasal statülerine ve geçerli belgelere sahip olup olmamalarına bakılmaksızın, mülteciler, sığınmacılar, vatansız kişiler, göçmen işçiler ve uluslararası insan ticareti mağdurları gibi ülke vatandaşı olmayan kişiler de dâhil olmak üzere,*

---

39 Ayhan Döner, İnsan Haklarının Korunması ve Avrupa Sistemi (1th edn, Seçkin Yayıncılık 2003) 35.

40 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Sözleşme'nin Onaylanmasını Uygun Bulan 3 Nisan 2002 tarih ve 4750 sayılı Kanun, RG 9.4.2022-24721.

41 Manisuli Ssenyonjo, 'The Applicability of International Human Rights Law to Non-State Actors: What Relevance to Economic, Social and Cultural Rights?, Economic, Social and Cultural Rights in International Law' (Hart Publishing, Oxford 2009) 321; Ertaş (n 28) 28.

42 Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin Onaylanmasını Uygun Bulan 4 Haziran 2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanun, RG 18.6.2003-25142.

43 Özgür Temiz, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı'(2014) 69 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 165, 172.

herkes için geçerlidir[44]*"*. Bununla birlikte, taraf devletlerin sağlık hakkı öznelerine karşı ödevlerinin farklı olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Komite de bu ödevlerin yerine getirilmesinde farklılıklar olabileceği; ancak, farklılaştırmanın ayrımcı uygulamadan kaçınmayı mümkün kılacak haklı temeller üzerinde kurulması gerektiği yorumunda bulunmuştur[45].

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi[46] (MSHS) doğrudan sağlık hakkını düzenlemez ancak İnsan Hakları Komitesi (İHK) bir denetim organı olarak, sözleşme taraflarının, Sözleşmeye uygun hareket edip etmediğini ve Sözleşmeyi uygulayıp uygulamadığını denetlemek için görev yaparken, yaşama hakkı ve ayrımcılık yasağı dolayısıyla sağlık hakkını inceler[47]. İHK'nın genel yorumlarında ve içtihatlarında, medeni ve siyasal hakların kapsamı geniş yorumlanmış ve çalışmanın odaklandığı yabancıların sağlık hakkına dolaylı koruma sağlanmıştır[48]. MSHS m. 2/1 hükmü devletlerin *"kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tâbi olan tüm bireyler"* için Sözleşmedeki hakların güvence altına alacağını belirterek, ülke içerisinde bulunan diğer devletlerin vatandaşları veya bir devletin vatandaşlığına tâbi olmayan vatansız kişileri de sözleşmenin kapsamına dâhil etmiştir. Sözleşmeye taraf olan devletler böylece, Sözleşmede tanınan hakları sadece kendi vatandaşlarına değil, ülkelerinde ve yetki alanlarında bulunan tüm insanlar bakımından uygulayacaklarını kabul etmişlerdir. Ayrıca ayrımcılığa uğramama hakkının, mütekabiliyet ve diğer sebeplerle sınırlandırılması veya bazı devletlerin vatandaşlarına tanınmaması söz konusu olamaz. İHK, devletin bu hususdaki yükümlülüğünün yer bakımından uygulamasını da geniş tutmuştur. Buna göre devlet, Sözleşmede yer alan diğer haklar bakımından uyguladığı ayrımcılık yapmama ilkesini, ülkesi dışında iktidarını kullandığı, fiili denetim altında tuttuğu yerlerde de uygulamak zorundadır.

Avrupa Sosyal Şartı[49], sağlık hakkının Avrupa Konseyi çerçevesinde korunduğu bir diğer uluslararası sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca, "Âkit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde

---

44 20 No'lu Genel Yorum para 30 <https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=1669>; Temiz (n 43) 172.

45 14 No'lu Genel Yorum, para 12, 18, 19 <https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=140; Temiz (n 43) 172.

46 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Onaylanmasını Uygun Bulan 4 Haziran 2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun, RG 18.6.2003-25142.

47 Nurten Yaylacı 'Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2021) 117.

48 İnsan Hakları Komitesi 15 No'lu Genel Yorum, para 15/2; 31 No'lu Genel Yorum para 10; Genel Yorumun Türkçe metni için Lema Uyar, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006) 85; Nesrin Dabanlıoğlu, 'Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Öngördüğü Denetim Sistemi' (Yüksek Lisans Tezi, EBYÜ 2011) 33.

49 Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasını Uygun Bulan 27 Eylül 2006 tarih ve 5547 sayılı Kanun, RG 09.04.2007- 26308.

kullanılması*nı sağlamak amacıyla ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle iş birliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra sağlığın korunması hakkı olarak söz ettiği sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için,* üç ayrı ancak b*irbiriyle bağlantılı yol öngörmüş olup bunlar sağlığı bozan etkenleri ortadan kaldırmak, sağlık eğitimi ve kaza ve hastalıkların önlenmesidir*"[50]. O halde Avrupa Sosyal Şartı, sağlık hakkını koruma altına alırken diğer uluslararası belgelerden farklı bir sistem öngörmektedir. Bu düzenleme, sağlık hakkından değil, "*sağlığın korunması hakk*ından*"* söz etmektedir[51]. Ancak Şartın Birinci Bölümünde yer verilen *"en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemden faydalanma"* hakkı, kişilere taraf devlet yetkisi altında en yüksek sağlık düzeyinden yararlanma hakkını getirmiştir.

Avrupa Sosyal Şartının sağlık hakkının öznesi yönünden kapsamını belirten hüküm ise daha dikkat çekicidir. Buna göre: *"12. maddenin 4. f*ıkrası *ve 13. maddenin 4.* fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere 1 ilâ 17. *maddeler ve 20 ilâ 31. maddelerde belirtilen kişiler, bu maddeler 18. ve 19. madde hükümleri ışığında yorumlanmak koşuluyla, yabancılardan yalnızca ilgili Taraf ülkesinde yasal olarak oturan ya da düzenli olarak çalışan diğer Tarafların vatandaşlarını kapsar."*

Diğer uluslararası belgelerden farklı olarak Avrupa Sosyal Şartı'na göre sağlık hakkının kişi bakımından kapsamında herkes yoktur. Gerçekten de Şart, yabancıların sağlık hakkından faydalanması açısından açıkça, yalnızca ilgili taraf ülkesinde yasal olarak oturan ya da izinli olarak çalışan diğer tarafların vatandaşlarını koruma altına almıştır[52]. Bu nedenle, hükmün koruyuculuğunun kapsamının, diğer uluslararası belgelerdeki korumalardan daha düşük seviyede olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca şartın kişiler yönünden kapsamının vatandaşlar ve taraf ülkede yasal olarak bulunan yabancılar olarak belirlenmesi diğer belgelere göre koruyuculuk kapsamının daha dar olduğunu göstermektedir. Şartın etkili bir zorlayıcı mekanizmaya sahip olmaması ve taraf devletlere ortaya konulan düzenlemeler için seçim hakkı tanıması yönüyle eleştiriye açık nispeten güçsüz bir belge olarak tanımlanmaktadır[53].

Bunlar dışında Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (m. 5)[54] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi

---

50 Ssenyonjo (n 41) 320.

51 Temiz (n 43) 173.

52 Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, (1th edn, Seçkin 2007) 210-212, 222-224; Ertaş (n 28) 32; Ssenyonjo (n 41) 320.

53 Algan (n 51) 210-212: Şahabettin Baki Kalan 'Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sağlık Hakkı' (Yüksek Tezi, KTO Karatay Üniversitesi 2022) 16.

54 Her Türlü Irk Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin Onaylanmasını Uygun Bulan 3.4.2002 Tarihli 4750 sayılı Kanun, RG 9.4.2002 – 24721. m. 5/e-iv; "Sözleşmeci Devletler, bu Sözleşmenin ikinci maddesinde yer alan temel yükümlülüklerine uygun olarak, her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan, özellikle aşağıdaki hakları kullanırken hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt eder: (iv) Sağlık, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı".

(m. 12)[55], Çocuk Hakları Sözleşmesi (m. 24)[56] ve Engelli Hakları Sözleşmesi'nde de (m. 25)[57] sağlık hakkına ilişkin hükümler yer almakta ve hepsinde sağlık hakkı kişilere ulusal kimliklerinden ve hukuki statülerinden bağımsız olarak tanınmaktadır. Bu nedenle, gerek uluslararası koruma statüsü veya başvuru sahiplerinin gerekse geçici koruma altına alınanların, bahsi geçen sözleşmeler kapsamında, herhangi bir hukuki statüden bağımsız olarak yalnızca insan olmaları dolayısıyla, sağlık hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir[58].

B. Anayasa'da Yabancıların Sağlık Hakkı

Anayasanın sağlık hakkını doğrudan düzenleyen bir hükmü bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla Anayasa'da "Sağlık hakkı" kavramı doğrudan kullanılmamış ancak sağlık hakkını çağrıştıran ifadeler yer almıştır[59]. Bu bağlamda Anayasanın "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesi şu şekildedir:

> *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*
>
> *Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*
>
> *Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*
>
> *Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*
>
> *Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."*

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı 17. maddesinin 1. fıkrası ise, *"herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* ifadesini haizdir. Her iki hüküm birlikte ele alındığında sağlık hakkından doğrudan değil dolaylı olarak bahsedildiği sonucuna ulaşılabilir[60].

---

55 Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin Onaylanmasını Uygun Bulan 11.6.1985 Tarihli ve 3232 sayılı Kanun, RG 25.6. 1985-18792.

56 Çocuk Hakları Sözleşmesinin Onaylanmasını Uygun Bulan 9.12.1994 Tarihli ve 4058 sayılı Kanun, RG 11.12.1994-2213.

57 Engelli Hakları Sözleşmesinin Onaylanmasını Uygun Bulan 3.12.2008 Tarihli ve 5825 sayılı Kanun, RG 18.12.2008-27084.

58 Temiz, (n 43) 172; Konuk Sommer and Kavlak (n 38) 4293.

59 Oktay Uygun, 'İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları' (2008) 7 (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 323, 345.

60 Ülkü Çınar 'Sağlık Hukuku' (Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2003) 31; Simge Demir Bayram (n 35) 197.

Nitekim, Anayasanın 56. maddesi tek başına okunduğunda kişilere tanınmış olan sübjektif hakkın, sağlık hakkının doğrudan kendisine değil, dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına atıf yaptığı görülmektedir. Kanaatimizce, sağlık hakkının, sağlıklı olmak, sağlıklı kalmak ve sağlık hizmetlerine erişmek gibi tüm yönlerini içeren bir ifade ile bu hakkın herkes için güvence altına alınan asgari düzeyinin Anayasa'da açıkça belirtilmesi gerekliliktir. Başka bir anlatımla her ne kadar Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri ile birlikte yorumlayarak sağlık hakkının anayasal güvence altına alındığını söyleyebilsek de sağlık hakkı söz konusu unsurları içeren bir biçimde, bağımsız olarak düzenlenmelidir[61].

Doğrudan düzenlenmese de sağlık hakkına ilişkin Anayasada yer verilen düzenlemelerde, "herkes" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeyi, hukuk önünde eşitlik ilkesi ve özellikle ayrımcılık yapmama hükümleri ışığında yorumlamak doğru olur. Devletin bu öznelerin her birine karşı sağlık hakkından doğan ödevleri ise elbette hukukun meşru saydığı ölçüler temelinde farklı olabilecektir.

Anayasa'nın söz konusu bu hükümleri, yabancıların sağlık hakkı açısından yorumlandığında, Anayasa ile güvence altına alınan sağlık hakkının, temel bir insan hakkı olarak herkese, insan olması ve insan onuru ile yakından ilgili olması sebebiyle tanınması, korunması ve denetlenmesi gerektiğine kuşku yoktur[62]. Herkesin, hakkın öznesi olduğu doğrudur. Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yetkisi altında bulunan kişilere tanıdığı haklar ve bu haklardan doğan ödevlerin farklılaşması mümkündür. Örneğin vatandaşlık bağı bulunmayan kişilerin sağlık hakkına ilişkin devletin ödevleri ve bunun görünümü olarak sunulan sağlık hizmetlerinin kapsamı farklılaşabilecektir. Çalışmamızın temeli de bu farklılıklar üzerinedir. Sağlık hakkının Anayasadaki düzenlemesinde de "herkes" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeyi, hukuk önünde eşitlik ilkesi ve özellikle ayrımcılık yapmama hükümleri ışığında yorumlamak doğru olur. Devletin bu öznelerin her birine karşı sağlık hakkından doğan ödevleri ise elbette hukukun meşru saydığı ölçüler temelinde farklı olabilecektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin yetkisi altında bulunan herkesin eşit olarak hak öznesi olduğunda kuşku bulunmamalıdır. Bununla birlikte ihtiyaç ya da vatandaşlık temelinde uygun farklılaştırmalara olanak vardır. Sadece yabancılık değil, gebelik, doğum ve emzirme gibi özel durumlar nedeniyle tanınan haklar veya çocukluk, yaşlılık ve engellilik gibi özel niteliklere bağlı olarak tanınan haklar ve bunlardan doğan ödevler de bu kapsamdadır. Bu kişilerin yaşadıkları toplum ve sosyal şartları gereği bu şekilde pozitif bir ayırıma giderek spesifik özne olarak korunması gerektikleri de bir gerçektir[63]. Ancak tüm pozitif ayırımlara rağmen temelde sağlık hakkının öznesinin bir birey olarak insan olduğu anlaşılmalıdır[64].

---

61 Hamide Tacir, 'Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı'(Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010) 67.

62 Tahmazoğlu Üzeltürk (n 16) 300.

63 Yaylacı (n 47) 160; Kalan (n 53) 40.

64 Kalan (n 53) 40.

Yabancıların hakları konusunda temel ölçüt Anayasa'nın 16. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre*: "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir"*. Yabancıların hakları milletlerarası hukuktan doğan sorumluluklar ihlal edilmemek kaydıyla kanunla sınırlanabilecektir. Daha önce ifade edildiği gibi ESKHS'nin hükümlerinin, Anayasanın 16. maddesinde yollama yapılan sorumluluklar kapsamında bulunduğu açıktır. Kişilerin, sağlık haklarının kapsamı, modern sağlık hizmetlerinin sunuluşuna göre, "koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma", "tıbbi kaynaklara ulaşma" ve "sağlık hizmeti sağlayıcılarına karşı ileri sürülebilecek haklar" olarak daraltılabilir veya "mümkün olan en yüksek sağlık standardına erişim" biçiminde genişletilebilir[65].

Herkesin sağlık hakkının öznesi olması ve sağlık hizmetleri yürütürken devletlerin yükümlülükleri arasında bir sınır vardır ve bu sınırda sağlık hizmetlerinin kime nasıl sunulacağı yönünde görüş ve uygulama farklılıklarının da ortaya çıkacağı açıktır[66].

Aynı şekilde sosyal güvenlik hakkından yararlanma bakımından ülkesellik (mülkilik) ilkesi geçerlidir. Bunun anlamı, bir ülkede oturan ya da bulunan kimseler ister vatandaş ister yabancı olsun sosyal güvenlik hakkından eşit olarak yararlanırlar. Zira 1982 Anayasasının 60. maddesinde *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar"* hükmüne yer verilmiştir. Ancak, yabancıların sosyal güvenlik haklarından yararlanmaları bakımından kanunla getirilen istisnalar mevcuttur[67].

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ ÖZNESİ OLARAK YABANCILAR

Sosyal riskle ve tehlikelerle karşılaşan her bireye sosyal koruma sağlamayı amaç edinen sosyal güvenlik hakkı bir insan hakkıdır ve herkes için tanınmıştır. Vatandaş-yabancı, çalışan-çalışmayan, küçük-yetişkin şeklinde hiçbir ayrım gözetmeksizin herkese tanınan sosyal güvenlik hakkı[68], sağlık hakkı ile bağlantılı olması nedeniyle sağlık hakkının öznesi olarak yabancıların yerini belirledikten sonra incelenmesi gereken bir diğer önemli haktır. Zira Anayasa'nın 60. maddesi; herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu, devletin bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alacağını ve teşkilatı kuracağını belirtmektedir. Yine Anayasa'nın 56. maddesinin son fıkrasında, sağlık hizmetlerinin yaygın bir biçimde yerine getirilmesi için genel sağlık sigortasının kurulabileceği şeklinde düzenlenmektedir. Esasen sosyal güvenlik kapsamında bulunma bakımından Türk vatandaşı veya yabancı olmanın bir farkı yoktur. Sosyal güvenlik hakkı Anayasa'da temel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir[69].

---

65 Temiz (n 43) 174.

66 Kalan (n 53) 129.

67 Senem Ermumcu, 'Sığınmacıların ve Mültecilerin Sosyal Güvenlik Hakkı' (2013) 4 (2) Çalışma İlişkileri Dergisi 58, 59.

68 Can Tuncay and Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (19th edn, Beta Yayınevi 2017) 97-98.

69 Kadir Arıcı*, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, (1th edn, Gazi Kitabevi 2015) 261; Resulhan Bal, '5510

Türkiye'de sağlık hizmetleri oldukça geniş imkânları olan ve karışık bir yapıya sahiptir. Genel sağlık sigortalısı veya özel sağlık sigortalısı olanlar sigortanın kapsamına göre sağlık hizmetlerinden faydalanabilir, sigortalı olmayanlar ise sağlık hizmetlerinden ücretli olarak faydalanabilir[70]. Bu doğrultuda genel sağlık sigortasının kişi bakımından kapsamında yabancıları ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Zira sağlık hakkı, temel bir insan hakkı olarak kabul edilirken, genel sağlık sigortası bu hakkın uygulanmasını destekleyen bir mekanizmadır. Genel sağlık sigortası, bireylerin sağlık hizmetlerine erişimini güvence altına alır ve sağlık riskleri ile karşılaştıklarında oluşan masrafları karşılayarak kişilere ekonomik koruma sağlar. Bu bağlamda, sağlık hakkı ile genel sağlık sigortası arasındaki ilişki, bireylerin sağlık hizmetlerine eşit erişimini ve bunun sürdürülebilirliğini sağlamaktadır.

Genel sağlık sigortasındaki "genel" kavramı, toplumdaki her bireyin sağlık sigortası kapsamına alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır[71]. Öyle ki bazı ülkelerde o ülkede bulunan yabancıların da dâhil herkesin koruma kapsamına alındığı görülmektedir. Ancak genel ifadesine rağmen ülkedekilerin sadece bir kısmının sigorta kapsamına alınması da olasıdır. Kapsamın hangi içerikte olduğu farketmeksizin genel sağlık sigortası, kapsamında bulunanlar için zorunlu olarak uygulanan bir sigortadır. Genel sağlık sigortasının konusunun sağlık olduğu çok açıktır. Ancak yabancıların sağlık hizmetlerinden faydalanırken, genel sağlık sigortasının kapsamını tespit etmek önemlidir. Sağlık kavramının içeriğinin genişliğinden dolayı yabancılar için sağlıkla ilgili hangi hizmetlerin gerçekleştirileceği ilgili ülkenin kanun koyucusunun düzenlemesine bağlı olmaktadır[72].

Türk hukukunda, sosyal güvenlik hakkından ilk olarak, kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idarelerde görev yapan memur, müstahdem ve işçiler yararlanırken, 1961 Anayasasından sonra ise sosyal güvenlik, vatandaşların bir kısmına tanınan bir hak olmaktan çıkarak, herkes için tanınan anayasal bir hak olmuştur[73]. Anayasanın 16. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin, kanunla milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılabileceği düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak, Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen bir hak olan sosyal güvenlik hakkının kullanımı, zaman zaman kanunî düzenlemelerle yaban-

---

Sayılı Kanun Kapsamında m.4/1 (a) Bendi Gereği Sigortalı Sayılanların Sigortalılığı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2023) 61.

70 <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Brosurler/4_SAGLI%CC%87K_BROSURU_-2.pdf> Erişim Tarihi 14 Kasım 2024.

71 Tuncay and Ekmekçi (n 68) 569; Arıcı (n 69) 409; Yalçın Bostancı, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2007) 59.

72 Ali Nazım Sözer, 'Genel Sağlık Sigortası: Reform mu Deform mu?' (Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Ankara 2006), 124,125; Yasemin Başmanav, 'Genel Sağlık Sigortasının Kişi Bakımından Kapsamı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2014) 46.

73 Arıcı (n 69) 97.

cılar açısından sınırlandırılabilmekte ya da birtakım şartlara bağlanabilmektedir[74].

Türk hukukunda yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunmayan kişi olarak tanımlanmıştır (YUKK m. 3/1-ü). Bu tanıma göre başka bir devletin vatandaşı, mülteci, şartlı mülteci, geçici korunan kişi, vatansız, göçmen ve özel statülü kişinin yabancı olduğu kabul edilmektedir[75].

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda (SSGSSK)[76] ise genel sağlık sigortası (GSS) bakımından yabancılar, uluslararası koruma başvurusu veya uluslararası koruma statüsü sahipleri, vatansız kişiler, yabancı uyruklu askeri personeller ve yabancı öğrenciler şeklinde ayrıca değerlendirilmiş ve bu kişilerin genel sağlık sigortası kapsamında oldukları düzenlenmiştir[77].

YUKK'nın yürürlüğe girmesine kadar ki süreçte yabancıların sağlık sigortaları ile ilgili bir yasal düzenleme mevcut değildi. YUKK ile birlikte önceki dönemde yabancılar ile ilgili mevzuatımızda olmayan bir yenilik getirilerek Türkiye'ye vize ile giriş yapmak isteyen yabancılar ile giriş yaptıktan sonra vize süresinden daha uzun kalmak amacıyla ikamet izni almak isteyen yabancılar için Türkiye'de bulunacakları zaman zarfında sağlık sigortasına sahip olma zorunluluğu hüküm altına alınmıştır[78].

A. Yabancı ülke vatandaşları

Yabancıların bulundukları ülke mevzuatına tâbi olmaları *mülkilik ilkesinin* gereği olarak görülmekteyken, kendilerini çalıştıran işveren tarafından geçici olarak Türkiye'ye gönderilenlerin kendi ülkelerinde sigortalı oldukları için genel sağlık sigortası kapsamı dışında tutulması ise *içe yansıma ilkesi* olarak görülmektedir[79]. Bu genel açıklamadan sonra ifade etmek gerekir ki ülkemizde bulunan yabancılar, statülerine göre farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Sosyal güvenlik hukukunda bu ayrım; Türkiye'de çalışma izni olup çalışanlar, sadece oturma izni bulunanlar, tedavi için kabul edilenler, yabancı öğrenciler ve vatandaşlıktan çıkma izni almış olanlar şeklinde incelenmektedir[80]. Ancak çalışmada, sosyal güvenlik hukukundaki bu ayrımı yabancılar hukukundaki yabancı türleriyle birlikte dikkate alarak bir değerlendirme ortaya koyma çabası içinde olacağız.

---

74 Elif Hande Altıntaş, 'Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı' (2019) 2 YBHD 391,406.

75 Ali Nazım Sözer, *Türk Genel Sağlık Sigortası* (4th edn, Beta Yayınevi 2024) 210.

76 RG 16.6.2006 – 26200.

77 Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, (4th edn, Beta Yayınevi 2019) 334.

78 Çağdaş Taner 'Türkiye'de İkamet İzni Başvurusunda Bulunan Yabancıların Sağlık Sigortasına İlişkin Uygulamaların Analizi' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022) 81.

79 Sözer, GSS (n 75) 210.

80 Sözer, GSS (n 75) 210.

1. Çalışma izniyle veya ikamet izniyle Türkiye'de bulunanlar

Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin iç hukukumuzdaki düzenleme, SSGSSK ile yapılmıştır. Bu Kanuna göre sigortalı sayılmak için, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılmak gerekmektedir (SSGSSK m.4/1-a). Yabancıların Türkiye'de çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi almadan çalışmaları mümkün değildir. Uluslararası İşgücü Kanunu'nda[81] ise *"Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini kanuni süresi içinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hük*ümlerine göre yerine getirirler*"* (UİK m. 22/2) ifadeleri ile çalışma iznine sahip ya da çalışma izninden muaf olan yabancıların, sigortalı sayılacağı düzenlenmiştir[82]. Dolayısıyla SSGSSK'nın 4/1-a hükmü, yabancılar için de uygulanabilecektir[83]. Ancak yabancıların m. 4/1-a hükmü kapsamında sigortalı sayılması, sosyal güvenlik anlaşması yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç, mütekabiliyet esasına bağlanmıştır (SSGSSK m. 4/2-c). İlave olarak hizmet akdi ile çalışanların dışında, hizmet akdi ile çalıştırılmasa da m. 4/1-b hükmüne göre bağımsız çalışan yabancılar ile m. 4/1-c bendi kapsamında kamu idarelerinde görev yapan yabancılar da sigortalı sayılmıştır[84]. Yabancıların, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmet görevlerinde bulunamayacakları göz önünde bulundurulduğunda, sadece kamu idarelerinde sözleşmeli olarak çalışan ve SSGSSK'nın m. 4/1-a hükmü kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş yabancıların, 4/1-c bendi kapsamında sigortalı sayılabilecekleri ifade edilmektedir[85].

Her ne kadar Türkiye'ye çalışmak için gelen ve çalışma izni alan yabancıların, sigortalı oldukları kabul edilse de bunun birtakım istisnaları bulunmaktadır[86]. "*Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal g*üvenlik mevzuatına tâbi olanlar *sigortalı sayılmazlar (SSGSSK m.6/1- e)."*

---

81 RG 13.8.2016-29800.

82 Tuncay and Ekmekçi (n 68) 299-300; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli, *Türk Yabancılar Hukuku* (7th edn, Savaş Yayınevi 2023) 256; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (5th edn, Beta 2018) 265; Arıcı (n 69) 225-226; M. Fatih Uşan, İş Hukuku C:1, (2nd edn, Gazi Kitabevi, 2009) 80-81; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, (Yenilenmiş 31st edn, Beta Yayınları 2018) 261; Hatice Hilal Tiritoğlu Ersoy, 'Türkiye'de Mültecilerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları' (2019) 2 (4) YBHD 435,466.

83 Ekşi (n 82) 265; Doğan, Yılmaz and İzmirli (n 82) 256.

84 Altıntaş (n 74) 407.

85 Tuncay and Ekmekçi (n 68) 312; Altıntaş (n 74) 407 dpn 90.

86 Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 82) 257.

Bu kapsamda kalan kişilerin Türk vatandaşı veya yabancı olması fark etmeksizin sigortalı sayılmadığını görmekteyiz. Anılan hükme göre Türkiye'de sigortalı sayılamayacak yabancılar üç gruptur[87]:

Bunlardan ilki, karşılıklılık ilkesi gereğince uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında kalan yabancılardır. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında Türkiye'de sağlık hizmetlerinden yararlanan yabancıların, bu durumu belgelendirmeleri kaydıyla özel ya da kamu sağlık sigortası yaptırmak zorunda olmamaları, esasında sağlık sigortası yaptırma bakımından bir muafiyet yaratmamakta aksine yabancılar, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde sağlık hizmetlerinden yararlandıklarından Türkiye'de geçerli bir sağlık sigortasına sahip oldukları varsayılmaktadır[88]. Bir başka deyişle bu kişilere öncelikle uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmalı, eğer burada hüküm yoksa SSGSSK hükümleri uygulanmalıdır[89]. Yurt dışında genel sağlık sigortası kapsamında olan kişilerin sigortaları, Türkiye'de geçerli sayılmamaktadır. Ancak imzalanan uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri[90] kapsamında, bu kişilerin sigortaları Türkiye'de de geçerli olabilmektedir[91].

UİK da çalışma izni alarak ya da çalışma izni muafiyetini haiz olarak çalışan yabancıların ve bunları çalıştıran işverenlerin, sosyal güvenlik açısından SSGSSK'na tâbi olduklarını, fakat Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinin saklı olduğunu öngörmüştür (UİK m. 22). Nitekim ülkemizle diğer ülkeler arasında imzalanmış bulunan ikili ya da çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmelerinde de iki ülke vatandaşlarının, diğer ülkede geçici veya daimî çalışmaları halinde hangi ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olacaklarına ilişkin hükümler bulunmaktadır[92].

Konu ile ilgili bir başka düzenleme Genel Sağlık Sigortası Tescil, Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliğidir[93] ve Yönetmelik 6/10 hükmüne göre:

> *"Genel sağlık sigortalısı olmamakla beraber, ülkemizin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşme hükümleri gereğince, akit ülkelerden sağlık yardım hakkını*

---

87 Ekşi (n 82) 265.

88 Saliha Halıcı, Türkiye'de Yabancıların Eğitim ve Öğretim Hakkı (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2017) 27-28.

89 Tuncay and Ekmekçi (n 68) 299.

90 Ülkelerin listesi için bkz <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/ae180cac-8b02-465d-b637-99f2ca238213/Yurt-Disi-Saglik-Islemleri-2023-09-19-10-23-32> Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

91 Taner (n 78) 88; Ülkemizin imzalamış olduğu otuz beş sosyal güvenlik anlaşmalarından on dokuz tanesi sağlık yardımlarını kapsamaktadır. Bu ülkeler; Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, **Çekya**, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İtalya, Karadağ, K.K.T.C., Kuzey Makedonya, Lüksemburg, Macaristan, Romanya, Sırbistan ve Tunus'tur.

92 Tuncay and Ekmekçi (n 68) 299.

93 RG 18/4/2014-28976.

kazanmış sigortalılar, gelir ve aylık sahipleri ile bunların bakmakla yükümlü oldukları aile bireyleri, Türkiye'de geçici veya daimî olarak bulundukları sırada genel sağlık sigortalısı gibi akit ülke adına sağlık yardımlarından yararlanma hakkına sahiptirler."

SSGSSK'ya göre sigortalı sayılmayan başka bir grup ise bir kuruluş tarafından o kuruluş adına veya hesabına Türkiye'de üç ayı geçmeyen bir iş görmek amacıyla gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen yabancılardır[94]. Ayrıca yabancı ülkelerin büyükelçilik veya konsolosluk mensuplarının özel hizmetlerinde çalıştırılan ve gönderen devlet veya üçüncü devletçe sigortalı olduklarını belgeleyen yabancılar da sigortalı sayılmayacaklardır[95]. Belirtmek gerekir ki bu kişiler üç aylık süreden sonra tüm sigorta hakları itibariyle SSGSSK hükümlerine tabi olacaklardır. Ayrıca üç aylık sürenin sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkede kurulu kuruluş tarafından, geçici olarak gönderilenler için olduğunu, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkeler için bu sürenin sözleşmede belirlendiğini ifade edebiliriz[96].

Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar ise sigortalı sayılmayacak bir diğer gruptur.

İkamet izni başvuruları esnasında, yabancıların statülerine uygun şekilde hangi türde sigorta yaptırabilecekleri gerek mevzuat gerekse İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı'nın internet tabanlı çalışan e-ikamet randevu sisteminde belirtilmiştir. Sağlık ve sağlık hizmetlerine ulaşım haklarının evrensel niteliği gereği, Türkiye'de ikamet izni ile kalmak isteyen yabancılar için sağlık sigortasına sahip olma şartını, yasa koyucu YUKK kapsamında ilk kez düzenlenmiştir[97].

İkamet izni sahibi ve başka ülkelerin sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan yabancılar bazı şartlarla genel sağlık sigortasından yararlanabilmektedirler (SSGSSK m. 60/1-d). SSGSSK'na göre zorunlu sigorta kapsamında olan yabancıların, genel sağlık sigortalısı olabilmeleri için öncelikle ikamet izni almış olmaları gereklidir[98]. Diğer taraftan aynı hükümde yer almasa bile onu izleyen SSGSSK m. 61/1-c hükmünde, sigortalı olan yabancının genel sağlık sigortalısı olabilmesi, en az bir yıldır Türkiye'de ikamet ediyor olması şartına bağlanmıştır. Bunlar dışında genel sağlık sigortalısı olabilmenin diğer koşulları arasında; mütekabiliyet esasına göre yabancının vatandaşı olduğu ülkede Türk vatandaşlarına sağlık sigortası hakkı

94 Aysel Çelikel and Günseli (Öztekin) Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (18th edn, Beta yayın 2012) 209; Doğan, Yılmaz and İzmirli (n 82) 257; Ekşi, s. 265; Altıntaş (n 74) 408.

95 Doğan, Yılmaz and İzmirli (n 82) 256; Çelikel and Gelgel (n 94) 210.

96 Tuncay and Ekmekçi (n 68) 300.

97 Taner (79) 130.

98 Doğan, Yılmaz and İzmirli (n 82) 257.

tanınıyor olması, yabancının kendi ülkesinde sigortalı olmaması ve son olarak ilgilerin talebi aranmaktadır. Ancak burada tartışılması gereken bir sorun vardır. Zira Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur (YUKK m. 19). Ayrıca geçerli çalışma izni ve 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 10. maddesine istinaden verilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır (YUKK m. 27). Bunların yanı sıra yabancılardan, ikamet izni alabilmeleri için ikamet izni süresini kapsayan geçerli sağlık sigortasına sahip olmaları şartı aranır (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/13). O halde burada SSGSSK'na göre yabancıyı genel sağlık sigortalısı saymak için aranan şartlar ile YUKK'nun yabancıya ikamet izni verilme şartlarını birlikte değerlendirmek gerekecektir. Bir yandan yabancının genel sağlık sigortalısı sayılabilmesi için Türkiye'de bir yıldır ikamet ediyor olması aranıyorken bir yandan da yabancının Türkiye'de ikamet izni alabilmesinin, ikamet izni başvurusunda geçerli bir sağlık sigortasına sahip olması aranmaktadır. O halde yabancının henüz ikamet izni alma başvurusu yaparken, ikamet iznine esas teşkil edecek genel sağlık sigortasına sahip olması beklenemez.

Kısa dönem ikamet iznine başvuru yapacak yabancıların YUKK kapsamında alacakları ikamet izinlerinde yaptırılacak olan sağlık sigortasının asgari koşulları 10/05/2016 tarih ve 16 sayılı Vize ve İkamet İzni Taleplerinde Yaptırılacak Sağlık Sigortalarına İlişkin Genelge'de[99], düzenlenmiştir. Buna göre yabancının aşağıdakilerden birine sahip olması yeterli sayılır:

- İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında Türkiye'de sağlık hizmetlerinden faydalanıldığına dair il sosyal güvenlik birimlerinden alınan belge,
- Sosyal Güvenlik Kurumundan alınmış e-imzalı/imzalı ve kaşeli/mühürlü provizyon belgesi, (SGK'dan getirilecek provizyon belgeleri aile ikamet izinlerinde hem destekleyici hem de aile bireylerini kapsayacak biçimde olmalıdır.)
- Sosyal Güvenlik Kurumuna genel sağlık sigortalısı olmak için yapılan başvuruya dair e-imzalı/ imzalı ve kaşeli/mühürlü belge,
- Özel sağlık sigortası

Anılan Genelge'ye göre yabancının uygulamada *yabancı sağlık sigortası* şeklinde anılan özel sağlık sigortasını yaptırmak suretiyle ikamet izni başvurularını tamamlayabilecekleri, ancak daha sonra genel sağlık sigortasının kapsamına dâhil olunduğunu gösterir belge ibraz ederek, özel sağlık sigortasını sonlandırabilecekleri ifade edilmektedir (m. 3/1-c). Belirtmek gerekir ki yabancı sağlık sigortasının sağlık hizmetlerinde sağladığı avantajların dışında, önemli bir işlevi bulunur. Türkiye'de ikamet izni almak üzere yapılan başvurular sırasında sağlık sigortası beyanı gerekir. Bu bağlamda, yabancı uyruklu kişiler başvuru süreçlerinden önce yabancı sağlık sigortası yaptırmalıdır[100].

---

[99] Resmî Gazete Dışındaki Kaynak No 2016/16 (Hazine Müsteşarlığı) Kabul Tarihi 10.05.2016.

[100] Taner (n 79) 78.

Türkiye'de genel sağlık sigortası kapsamında olanların geçerli sağlık sigortası olduğu kabul edilmekle birlikte, geçerli sağlık sigortası için sunulan poliçelerde, ilgili kurumların düzenlemelerinde yer alan hususlar ve ibareler aranmaktadır. Yurt içinden yapılan başvurularda, yabancı şirketler tarafından yapılan özel sağlık sigortaları, Türkiye'de akdettirilmeleri kaydıyla kabul edilmektedir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında Türkiye'de sağlık hizmetlerinden yararlanabilen kişilerde, bu durumu belgelemeleri halinde özel ya da kamu sağlık sigortası şartı aranmayacağı ifade edilmektedir (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/13). Genel sağlık sigortası kapsamında olmayan veya Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruda bulunmayanlardan, bir yıl ve üzeri ikamet izni taleplerinde, yılsonunda yenilenmek kaydıyla bir yıl süreli özel sağlık sigortası aranmaktadır (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/14).

İkamet izni başvurularında geçerli bir sağlık sigortasına sahip olma, kural olarak zorunlu olsa da istisnaî bazı durumlarda sağlık sigortası şartı aranmamaktadır. Bu durumlardan ilki, Hazine Müsteşarlığınca, özel sağlık sigortasının yapılmasının mümkün olmadığının bildirilmesidir. Bu ihtimalde, geçerli sağlık sigortası şartı aranmadan ikamet izni başvurusunun kabul edileceği düzenlenmiştir (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/15). Dolayısıyla, ikamet izinleri arasında bir ayrım yapılmadığından, öğrenci ikamet izni de dâhil olmak üzere ikamet izni başvurusunda bulunan herkes bu istisnadan yararlanabilecektir[101]. Geçerli sağlık sigortasına sahip olma şartı bakımından getirilen bir diğer istisna, Dışişleri Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan sözleşme, protokol ve ilgili mevzuat çerçevesinde ülkemizde ücretsiz olarak tedavileri yapılmakta olan veya yapılmak üzere ülkemize getirilen yabancılardan bu durumlarını belgelemeleri kaydıyla, sağlık sigortası şartı aranmayacağına ilişkin düzenlemedir (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/16).

Genel sağlık sigortası kapsamına alınan yabancıların eşleri ve çocukları da sigorta kapsamına girmektedir. İkamet izni ile Türkiye'de bulunan yabancı aileler bakımından eşlerden birinin asli diğerinin bağlı sigortalı olduğu, hangisinin asli sigortalı olacağının eşlerin tercihine bırakıldığı söylenebilir[102]. Ayrıca genel sağlık sigortası, bireyin sigortalı sayıldığı tarihten önce mevcut olan kronik hastalıkları dışında kalan diğer hastalıklarının tedavisini kapsamaktadır (SSGSSK m. 64/1-c)[103].

2. Geçici olarak Türkiye'de bulunanlar

Türkiye'de yabancılara sunulan sağlık hizmetlerinin genel ya da özel sağlık sigortaları kapsamında sunulduğunu belirtebiliriz. Ancak ikamet izni veya çalışma izni almaksızın Türkiye'de geçici olarak bulunan yabancıların, örneğin seyahat, akraba ziyareti, alış-veriş gibi özel sebeplerle gelenler, genel sağlık sigortası kapsamında değildirler. O halde Türkiye'de ikamet izni veya çalışma izni alarak bulu-

101 Halıcı (n 88) 27, 28.

102 Sözer, GSS (n 75) 211.

103 Arif Türker Kızılova, 'Türkiye'de Genel Sağlık Sigortası: Gelişimi, Uygulanması ve Sorunları' (Yüksek Lisans Tezi Uludağ Üniversitesi 2015) 106.

nan yabancılar ile geçici olarak bulunan yabancıların da sosyal güvenlik haklarına erişiminin farklı olduğunu söyleyebiliriz.[104].

Ülkemizde gerek turistik amaçlı bulunan gerekse daimî olarak ikamet eden sözleşmeli ülke sigortalıları, kayıtlı oldukları ülke sigorta kurumundan alacakları sağlık yardım belgesini, Türkiye'de bulundukları ya da ikamet ettikleri yerdeki sosyal güvenlik il müdürlükleri/ sosyal güvenlik merkezlerine ibraz etmeleri gerekmektedir. Diğer bir deyişle yurt dışında sigortalı bir yabancının, Türkiye'de sağlık hizmeti talep edebilmesi için önce bağlı olduğu sigorta kurumundan Türkiye'de sağlık hizmeti talep edeceğine ilişkin belge alması, sonrasında bunu SGK yurtdışı işlem servisine sunarak sağlık yardım belgesi alması şeklinde iki aşamalı bir işlem yapması gerekir[105].

İbraz edilen belge karşılığında SGK'nın ilgili biriminden alacakları Yurt Dışı Provizyon Aktivasyon Sağlık Sistemi (YUPASS) Numarası ile Kurumun anlaşmalı olduğu tüm sağlık tesislerinden genel sağlık sigortalıları gibi sağlık yardımlarından, yasal olarak kendilerinin ödemeleri zorunlu olan katkı ve katılım payları hariç olmak üzere ücretsiz olarak yararlanabileceklerdir.

Uluslararası sosyal güvenlik anlaşmalarının hükümleri doğrultusunda turistik amaçlı olarak ülkemizde bulunan sözleşmeli ülke sigortalıları ülkemizde bulundukları süre boyunca durumlarının acil müdahaleyi gerektirdiği hallerde, genel sağlık sigortası kapsamında belirlenen tüm sağlık hizmetlerinden faydalanabilmektedir. Bu kapsamda sağlık yardımlarından yararlanmak için ilgililerin ülkemizde genel sağlık sigortalısı ya da genel sağlık sigortalısının bakma yükümlüsü olmaması gerekmektedir[106].

Uluslararası sosyal güvenlik anlaşmalarında öngörülen sağlık yardım belgesi olmadan veya söz konusu belge Türkiye'deki ilgili kuruma ibraz edilmeden, kendi imkânları ile tedavi olup masraflarını kendileri karşılayan sözleşmeli ülke sigortalıları, sözleşmeli ülkelerde tâbi oldukları sigorta kurumuna başvurarak sağlık yardım masraflarının iadesini talep edebilirler. Ödeme yapılıp yapılmayacağına, mevzuatına göre ilgili ülkenin yetkili kurumu kendisi karar vermektedir[107].

Turizm vizesi Türkiye'ye turistik veya resmi ziyaret, iş görüşmesi, konferans, seminer, toplantı, festival, fuar, sergi, sportif etkinlik, kültürel ve sanatsal etkinlik gibi amaçlarla gelmek isteyen yabancılara verilmektedir (YUKK Uyg. Yönt. m.11/1-a). Bundan da anlaşılacağı üzere turizm vizesi kişiye sadece turistik amaçlarla ülkeye girme hakkı tanımaktadır. Turizm vizesi ile Türkiye sınırlarında bu-

---

104 Sözer, GSS (n 75) 212.

105 Sözer, GSS (n 75) 212.

106 <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/a8767f43-a6d4-4526-967f-d41cd56d36be/Yurtdisi-2023-09-19-10-31-39> Erişim Tarihi 30 Aralık 2024.

107 <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/a8767f43-a6d4-4526-967f-d41cd56d36be/Yurtdisi-2023-09-19-10-31-39> Erişim Tarihi 30 Aralık 2024.

lunan yabancıların, özel ve devlet hastanelerinin sunduğu sağlık hizmetlerinden öngörülen ücret karşılığında yararlanmaları mümkündür. Ancak bu yabancıların, Türkiye Cumhuriyeti›nin Türk vatandaşlarına sağladığı genel sağlık sigortasından faydalanmaları mümkün değildir[108].

İkamet izni almaksızın Türkiye'de geçici olarak bulunan yabancılar, eğer bu süre kendileri tarafından sağlık korumasını gerektirecek kadar uzun olarak nitelenmekte ise isteğe bağlı sigorta yaptırmak yoluyla da Türkiye'deki sağlık sisteminden faydalanabilirler[109]. YUKK kapsamında alınacak vize başvurularında ise seyahat sağlık sigortası yaptırılır (YUKK 15/1-e).

Bahsi geçenler dışında bir de sadece tedavi görmek için Türkiye'ye gelen yabancılar vardır ki onların durumları da Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda[110] şu şekilde düzenlenmiştir:

"Ülkemizde tedavi talebinde bulunan ve bu talepleri Dışişleri Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen yılda en fazla dört yüz yabancı hastanın[111]*; SSGSSK'nun 63. maddesinin birinci fıkrasının (b), (c), (d) ve (f) bentleri kapsamında karşılanması mümkün olan giderleri ile gerektiğinde hastaların kendileri ve en fazla iki kişiyi geçmeyen refakatçilerinin her biri için günlük olarak (1300) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutara kadar olan konaklama giderleri ile gidiş-dönüş olmak üzere yol masrafları,* Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bütçesine bu amaçla konulacak ödenek tutarının aşılmaması ve tedavinin Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurumları ile Devlete ait üniversite hastanelerinde yapılmış olması kaydıyla, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından karşılanır"[112].

3. Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybedenler

Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış veya kazanacağına dair inandırıcı emareler bulunan ve Türk vatandaşlığından ayrılmak için çıkma izni alan kişilerin, Türk vatandaşlığını kaybetmelerinin sosyal güvenlik hukukunda birtakım sonuçları doğmaktadır. O nedenle çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını

---

108 Meltem Erdil, *Geçici Korunanların Sağlık Hakkı* (Adalet Yayınevi 2023) 97.

109 Sözer, GSS (n 75) 211.

110 3359 Sayılı Kanun, RG 15.5.1987-19461.

111 Ahmet Sürerdamar, Sağlık Turistinin Taraf Olduğu Hukuki İlişkilerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2024) 19; Uluslararası Sağlık Hizmetleri A.Ş. verilerine göre: 2019 yılında toplam 756.926 kişi, 2020 yılında toplam 435.691 kişi, 2021 yılında toplam 729.592 kişi, 2022 yılında toplam 1.381.807 kişi, 2023 yılında toplam 1.538.643 kişi ve 2024 yılının ilk çeyreğinde 428.072 yabancı hasta, sağlık turizmi ve turistiğin sağlığı kapsamında ülkemizde sağlık hizmeti almıştır. <https://www.ushas.com.tr/saglik-turizmi-verileri> Erişim Tarihi 20 Nisan 2024; bu veriler dikkate alındığında 400 kişilik kontenjan sınırının, özellikle komşu devletlerdeki çatışmalar nedeniyle tedavisi ülkemizde yapılan kişiler için getirildiği ifade edilmektedir. Sözer, GSS (n 75) 213, dpn 352.

112 Ek Madde 14, Ek: 6.2.2014-6518.

kaybederek yabancı statüsüne geçen ve imtiyazlı yabancılardan olan bu kişilerin durumunu ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Bu kişiler her ne kadar hukuken yabancı konumunda olsalar da Türkiye bu kişilerin içerisinde bulunduğu şartları göz önünde bulundurarak, imtiyazlı yabancı statüsüne getiren Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun[113] 28. madde düzenlemesini yapmıştır[114].

Hükme göre, *"(1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır. (2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, … sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbidirler"*.

Bahsi geçen düzenlemeye göre çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan eski Türk vatandaşları bir diğer deyişle mavi kart hamilleri, kazanılmış sosyal güvenlik hakları bakımından Türk vatandaşı gibi değerlendirileceklerdir. Ancak sağlık güvencesinin, korunan sigorta haklarının kapsamında olabilmesi için bir yıllık ikamet şartının yerine getirilmesi gereklidir. Zira çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler şayet yerleşim yerlerini yurt dışına taşımışlarsa ve ikamet şartını yerine getirmiyorlarsa genel sağlık sigortasının kapsamı dışına çıkmış olacaklardır[115]. Çünkü Türkiye'de ikamet etmeyen kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmazlar (SSGSSK m. 60).

UİK'na göre süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır (m. 10/4). Turkuaz kart sahipleri ise süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır (UİK m. 11/4). Öyleyse turkuaz kart sahipleri de süresiz çalışma izni sahipleri gibi özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır (UİK m.10/4). Dolayısıyla hem turkuaz kart sahipleri hem de TVK'nın 28'inci maddesi kapsamındaki imtiyazlı yabancı statüsüne sahip kişiler, sosyal güvenlik hakkından Türk vatandaşına tanınan şekilde şartları yerine getirmek koşuluyla Türk vatandaşları gibi yararlanacaktır.

---

113 RG 12.6.2009-27256.

114 Necla Öztürk, 'Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış' (2021) 41 (2) Public and Private International Law Bulletin, 955,958; Altıntaş (n 74) 393.

115 Aksi için bkz. Nüvit Gerek, 'Son Değişikliklerden Sonra Genel Sağlık Sigortasının Kişiler Bakımından Kapsamı' (2012) 1 (25) Sicil Dergisi 199, 200; "5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci maddesi uyarınca Türk vatandaşlığından çıkarılanlar bir yıldır ülkemizde ikamet etme şartı aranmaksızın 5510 sayılı Kanunun 60/I, d maddesi uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır."

4. Yabancı Öğrenciler

İkamet izni alabilmek için geçerli bir sağlık sigortasına sahip olmak gereklidir. Genel olarak ikamet izni alabilme bakımından yerine getirilmesi gereken bu şart (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/13), ülkemizde eğitim görecek yabancı öğrenciler için, öğrenci ikamet izni bakımından özel olarak düzenlenmiş olup, öğrenci ikamet izni talebinde bulunacak olan yabancının talep ettiği ikamet izni süresini kapsayacak şekilde, geçerli bir sağlık sigortasına sahip olması gerektiği hükme bağlanmıştır[116].

Geçerli sağlık sigortasına sahip olmak, diğer ikamet izni başvurularında olduğu gibi öğrenci ikamet izni alabilmek bakımından da zorunludur. Buna karşılık yabancı öğrenci, SSGSSK hükümlerine göre, kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde genel sağlık sigortalısı olmak için başvurduğu takdirde, kendisinden ayrıca sağlık sigortası istenmez (YUKK Uyg. Yönt. m. 35/8). Böylece genel sağlık sigortası kapsamına alınan yabancıların geçerli bir sağlık sigortasına sahip olduğu kabul edilir (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/13).

SSGSSK m. 60 hükmünde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir[117]. Buna göre:

> *"Ülkemizde öğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, birinci fıkranın (d) bendindeki karşılıklılık şartı ve 52. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki Türkiye'de bir yıldan beri yerleşik olma şartları aranmaksızın ilk kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları hâlinde genel sağlık sigortalısı olurlar…"*

Üniversitelerde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, öğrenimleri devam ettiği sürece, karşılıklılık ve Türkiye'de bir yıldan fazla süredir ikamet etme şartı aranmadan ancak genel sağlık sigortası primleri kendileri tarafından ödenmek kaydıyla genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır[118].

Kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde başvuruda bulunmayanlar eğitimleri süresince genel sağlık sigortası hükümlerine tâbi olmayacak, SSGSSK uyarınca belirlenen prime esas günlük kazancın alt sınırının üçte birinin 30 günlük tutarı üzerinden genel sağlık sigortası primi ödeyeceklerdir (SSGSSK m. 60/7). Süre içerisinde başvuruda bulunmayarak genel sağlık sigortalısı olma hakkının kaybı, yabancının özel sağlık sigortası yaptırmasını zorunlu kılar (YUKK Uyg. Yönt. m. 35/8). Bu anlamda, sağlık sigortasının yaptırılacağı şirketler bakımından bir sınırlama getirilmiş; yurt içinden yapılacak ikamet izni başvurularında, yabancı şirketler tarafından yapılan özel sağlık sigortalarının kabulünün ancak bunların Türkiye'de akdedilmeleri halinde mümkün olacağı hükme bağlanmıştır (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/13). Böylece genel sağlık sigortası kapsamında olmayan veya Sosyal Güvenlik

116 Halıcı (n 88) 26.

117 Ek fıkra: 13.2.2011-6111; Değişik: 21.5.2013-6486.

118 Gerek (n 114) 199.

Kurumuna başvurmayan bir yabancının bir yıl ve üzeri ikamet izni taleplerinde yılsonunda yenilenmek şartıyla bir yıl süreli özel sağlık sigortası yaptırması şarttır (YUKK Uyg. Yönt. m. 22/14).

İkili sosyal güvenlik anlaşmaları hakkında söylenenler burada da geçerlidir. O nedenle Türkiye'de öğrenim görecek yabancıların, ikili sosyal güvenlik anlaşmaları çerçevesinde Türkiye'de sağlık hizmetlerinden yararlandıklarını belgelendirmeleri Türkiye'de geçerli bir sağlık sigortasına sahip olduklarının varsayılması için yeterli olacaktır. Bu şartları taşıyan bir yabancının öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunması durumunda da ayrıca geçerli bir sağlık sigortası sunması gerekmeyecektir. Yine daha önce belirtildiği üzere YUKK Uyg. Yönt. 22/15 ve 22/16 madde hükümleri kapsamında sağlık sigortası aranmayacak kişiler için söylenen istisnalar, yabancı uyruklu öğrenciler bakımından da geçerlidir[119].

Kamu kurumları aracılığıyla Türkiye'de eğitim, araştırma, staj veya kurslara katılacaklardan barınma, iaşe veya sağlığa ilişkin giderleri ilgili kamu kurumlarınca karşılanan yabancılardan geçerli sağlık sigortası istenmeyeceği de hükme bağlanmıştır (YUKK Uyg. Yönt. m. 28/14).

5. Mülteci, Şartlı Mülteci, İkincil Koruma Statüsü Sahipleri ve Vatansızlar

YUKK ve gerekçesi[120] incelendiğinde, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statülerinin, uluslararası koruma statüleri olarak tespit edildiği ve uluslararası koruma için başvuruda bulunanların ise "başvuru sahibi" olarak adlandırıldığı görülmektedir. YUKK'da aranan yasal süreçlerin yerine getirilmesinden sonra başvuru sahiplerinin uluslararası koruma taleplerinin olumlu karşılanması halinde, başvuru sahipleri uluslararası koruma statüsü durumlarına göre mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü elde ederler.

SSGSSK'nın 3. maddesinde de YUKK ile uyumlu olarak uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi ve vatansız kişiler; İçişleri Bakanlığı tarafından başvuru sahibi, mülteci, ikincil koruma veya şartlı mülteci statüsü sahibi veya vatansız olarak tanınan kişiler şeklinde değiştirilmiştir[121].

Uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar bakımından, sağlık sigortası ile ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir. YUKK Uyg. Yönt. m. 107/1'e göre, bahsi geçen yabancılardan, herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanlar, SSGSSK'na tâbi kılınmışlardır. SSGSSK m. 60/1-c-2 hükmünde ise m. 60/1-a ve m. 60/1-b bentlerine göre sigortalı sayılmayan kişilerden, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi olanlar ve vatansız olarak tanınan yabancılar genel sağlık sigortasının kapsamına dâhil edilmiştir[122].

---

119 Halıcı (n 88) 28.

120 <https://www.goc.gov.tr/genel-gerekce18> Erişim Tarihi 3 Aralık 2024.

121 Değişik: 4.4.2013-6458/123 m.

122 Anılan hüküm daha önce "vatansız ve sığınmacılar" şeklinde iken YUKK'nın 123. maddesi ile

Uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişilerden herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanlar, uluslararası koruma başvuru kaydından itibaren bir yıl süre[123] ile SSGSSK hükümlerine tâbidir. Özel ihtiyaç sahipleri ve Bakanlıkça sigorta kaydının devamı uygun görülenler için bir yıl süre sınırı aranmaz[124].

Genel sağlık sigortasından faydalanacak kişilerin primlerinin ödenmesi için Göç İdaresi Başkanlığı bütçesine ödenek konulmaktadır. Primleri Başkanlık tarafından ödenenlerden ödeme güçlerine göre primin tamamı veya belli bir oranı talep edilmektedir. Başvurusu hakkında idarece olumsuz karar verilen yabancılar ise genel sağlık sigortası kapsamından çıkarılır (m. YUKK 89/3). Bu bağlamda YUKK'ya göre uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişiler, başka bir ülkede herhangi bir sağlık güvencesine sahip değillerse genel sağlık sigortasından yararlanabilecek ve primleri Göç İdaresi Başkanlığı tarafından ödeme gücüne göre tahsil edilecektir[125]. Anılan YUKK hükmü, sadece uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişilerin yardım ve hizmetlere erişimini düzenlerken, hükümde vatansızlardan bahsedilmemiştir. Ancak vatansızların hukuki durumunu düzeltmek amacıyla hazırlanan Vatansız Kişilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'de[126], vatansız kişinin yabancıların hukuki durumunda kabul edilmesi ve SSGSSK'da vatansızların ayrıca genel sağlık sigortası kapsamına giren kişilerin kapsamına düzenlemiş olması nedeniyle, YUKK'daki düzenleme eksik görülerek vatansızlar da hükmün kapsamına dâhil edilebilir.

SSGSSK m. 61/I-b'ye göre uluslararası koruma başvurusu yapan veya uluslararası koruma statüsü alan veya vatansız sayılan kişiler korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır ve ilgili kurumlarca kapsama alındıkları tarihten itibaren bir ay içinde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına bildirilirler.

"uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi ve vatansız olarak tanınan kişiler" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

123 7196 sayılı kanunla YUKK'nın 89. maddesinde değişiklik yapılarak hükme "uluslararası koruma başvuru kaydından itibaren bir yıl süre ile" ve "Özel ihtiyaç sahipleri ve Bakanlıkça sigorta kaydının devamı uygun görülenler için bir yıl süre sınırı aranmaz." ibareleri eklenmiştir**.** RG: 24.12.2019-30988.

124 "Kanun hükmü gereğince kayıt tarihinden itibaren ülkemizde bir yılını dolduran, 18 yaş üstü uluslararası koruma başvuru ve statü sahiplerinin genel sağlık sigortaları sonlandırılmıştır. Bu sebeple, 18 yaş üstü uluslararası koruma başvuru ve statü sahiplerinden herhangi bir sağlık güvencesi olmayan, ödeme gücü bulunmayan ve özel ihtiyaç sahibi olanların kayıtlı oldukları İl Göç İdaresi Müdürlüklerine özel ihtiyaç durumlarını gösteren belgeler ile müracaat etmeleri halinde bir yıl süre sınırı aranmaksızın genel sağlık sigortaları karşılanmaya devam edilecektir." <https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-kapsamindaki-yabancilarin-genel-saglik-sigortalari-hakkinda> Erişim Tarihi: 11.9.2024.

125 Ermumcu (n 67) 67.

126 Vatansız Kişilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin Onaylanmasını Uygun Bulan 01.07.2014 tarih ve 6549 sayılı Kanun, RG 10.07.2014-29056.

Uluslararası koruma başvurusu veya uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar ile vatansızlar genel sağlık sigortalısı sayıldıklarından kendilerinden ayrıca sağlık sigortası yaptırma şartını yerine getirmeleri istenemez (SSGSSK m. 60/1- c/7)[127].

6. Geçici Koruma Kapsamında Olanlar

GKY'de geçici koruma kapsamındakilere uygulanacak sağlık hizmetleri ile ilgili hizmetlerin oldukça ayrıntılı şekilde düzenlendiğini söylemek mümkündür[128]. GKY'de sevk merkezine gelen yabancılardan acil sağlık hizmetine ihtiyacı olduğu değerlendirilenlere bu hizmetin öncelikli olarak sağlanacağı ifade edilmiştir. GKY'nin "Sağlık hizmetleri" başlıklı 27. maddesinde ise sağlık hizmetlerinin; Sağlık Bakanlığı'nın kontrolünde yürütüleceği, sağlık hizmetlerini yürütmek üzere sürekli faaliyet gösterecek sağlık merkezleri kurulabileceği, sağlık merkezinin bulunması halinde, yeterli sayıda ambulans ve sağlık personeli bulundurulacağı, temel ve acil sağlık hizmetleri ile bu kapsamdaki tedavi ve ilaçlardan Bakanlıkça belirlen tutar veya oran üzerinden katılım payı alınabileceği[129], sağlık hizmeti bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından genel sağlık sigortalıları için belirlenmiş olan Sağlık Uygulama Tebliği'ndeki bedeli geçemeyeceği ve bu bedelin Sağlık Bakanlığı kontrolünde, Göç İdaresi Başkanlığı[130] tarafından ödeneceği ifade edilmiştir. Ayrıca geçici korunanların acil ve zorunlu haller dışında, özel sağlık kuruluşlarına doğrudan başvuramayacakları; bulaşıcı hastalık riskine karşı önlem ve tedbir alma, üreme sağlığıyla ilgili bilgilendirme yapma, madde bağımlılığı ve psikolojik sorunlarla mücadele ve çocukların aşılanmasıyla ilgili tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir.

GKY'de birtakım değişiklikler yapılmıştır. Daha önce geçici korumadan yararlanan yabancıların temel ve acil sağlık hizmetlerinden yararlanabileceği ve bu kapsamdaki tedavi ve ilaçlardan hasta katılım payı alınmayacağını ifade edilirken artık Bakanlıkça belirlenen tutar ve oran üzerinden katılım payı alınabilmektedir. Ayrıca organizasyonu artık AFAD değil Göç İdaresi Başkanlığı yapmaktadır[131].

YUKK yürürlüğe girdiği zaman 89/3-a hükmünde geçici korunanların GSS kapsamında güvenceleri olduğu belirtilmiş ancak bu güvencenin süresine ilişkin

---

127 Halıcı (n 88) 28.

128 Melike Çallı 'Türkiye'de Mültecilerin ve Sığınmacıların Sağlık Hakkı' (2016) 2 (3) İş ve Hayat Dergisi 131, 150; Erdil (n 107) 106.

129 Geçici Koruma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik RG 25.12.2019-30989.

130 8.1.2018 tarihli ve 2018/11208 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Yönetmeliğin 3. maddesiyle, daha önce "AFAD" olan ibare "Genel Müdürlük" şeklinde değiştirilmiş; sonrasında ise 29 Ekim 2021 tarihli ve 31643 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 85 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Genel Müdürlüğün statüsü Başkanlık olarak değiştirilmiştir. <https://www.goc.gov.tr/baskanligin-gorevleri> Erişim Tarihi 9 Nisan 2024.

131 Neşe Baran Çelik 'Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri '(2015) 1 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 117.

herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 24 Aralık 2019 tarihinde *"Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"*[132] ile YUKK'nın bahsi geçen hükmünde değişiklik yapılmış ve geçici korunanlara yönelik olarak GSS'nin süresi düzenlenmiştir. İlgili değişiklik: *"6458 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

> *"a) Herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanlar uluslararası koruma başvuru kaydından itibaren bir yıl süre ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine tabidir. Özel ihtiyaç sahipleri ve Bakanlıkça sigorta kaydının devamı uygun görülenler için bir yıl süre sınırı aranmaz. Genel sağlık sigortasından faydalanacak kişilerin primlerinin ödenmesi için Genel Müdürlük bütçesine ödenek konulur. Primleri Genel Müdürlük tarafından ödenenlerden ödeme güçlerine göre primin tamamı veya belli bir oranı talep edilir. Başvurusu hakkında idarece olumsuz karar verilen yabancılar genel sağlık sigortası kapsamından çıkarılır." şeklinde düzenlenmiştir.*

İlgili düzenleme gereğince artık geçici korunanların yalnızca bir yıl süre ile GSS'den faydalanabilecekleri belirtilmiştir. Ancak İçişleri Bakanlığı tarafından sigortasının devam etmesi uygun görülenler ile refakatsiz çocuklar, işkenceye ya da cinsel saldırıya maruz kalanlar, engelliler, yaşlılar, hamileler gibi özel ihtiyaç sahibi olanlar açısından süre sınırı aranmayacağı kabul edilmiştir.

Geçici koruma kapsamında ülkemizde bulunan yabancıların sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesi öncelikle kayıt yaptırmalarını gerektirmektedir. Kayıttan sonra artık ikamet ilinde sağlık hizmetlerinden faydalanabilir; ikamet ili dışında ise ancak İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından düzenlenen yol izin belgesi olan kişiler, belgenin geçerli olduğu sürelerde sağlık hizmeti alabilir. Geçici koruma kimlik belgesi olmayanlar ise ancak acil sağlık hizmetlerinin yanı sıra bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunma hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir[133].

SONUÇ

Türkiye'de 2024 yılı itibarıyla, farklı statülerde dört milyonu aşan sayıda yabancı bulunmaktadır. Bu yabancılardan bazıları, savaş, ideolojik çatışmalar gibi sebeplerden ötürü ülkelerini terk edip kaçarak Türkiye'den korunma talep etmekte, bazıları ise turizm, eğitim, ticari faaliyet veya tedavi olma gibi amaçlarla Türkiye'de ikamet etmektedir. Bu çalışmada sağlık hakkının öznesi olarak yabancıların durumu

---

[132] Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 24 Aralık 2019-30988.

[133] <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Brosurler/4_SAGLI%CC%87K_BROSURU_-2.pdf> Erişim Tarihi 12 Mart 2024.

incelenmeden önce sağlık ve sağlık hakkı kavramları açıklanmıştır. Görülmüştür ki sağlık ve sağlık hakkı kavramları, yabancının bulunduğu ülkeye uyumu ile birlikte tanımlanmış ve değerlendirilmiştir. Türkiye'de yaşayan yabancıların sayısı, bu kişilerin sağlık hakkına ve sağlık hizmetlerine erişimini önemli hale getirmekte, bununla birlikte ayrıca sağlık hakkı diğer hakların gerektiği gibi kullanılmasında da rol almaktadır. Zira sağlık hakkından mahrum kalan kişiler diğer temel hak ve özgürlüklerini de gerektiği gibi kullanamamaktadır.

Sağlık hakkı, uluslararası sözleşmelerde düzenleme alanı bulmuştur. Sağlık hakkının düzenlendiği uluslararası belgelere örnek olarak; Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Avrupa Sosyal Şartı gösterilebilir. Avrupa Sosyal Şartı dışındaki belgelerin ortak özellikleri sağlık hakkını dil, din, ırk, cinsiyet gözetmeksizin herkese tanımalarıdır. Avrupa Sosyal Şartı'nda ise sağlık hakkı yalnızca Şarta taraf olan devletlerde yasal olarak oturan ya da izinli çalışan diğer taraf devletlerin vatandaşlarına tanınmıştır.

Anayasada sağlık hakkı doğrudan düzenlenmemiş, diğer haklar yorumlanarak dolaylı düzenlendiği sonucu çıkarılmıştır. Bu noktada sağlığın bir ihtiyaçtan öteye giderek bir hak olarak Anayasada, ayrı bir hükümle ve herkesi kapsar şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ise Türk yabancılar hukuku alanına birçok yenilik getirmiştir. Sağlık hakkının korunmasına yönelik uluslararası sözleşmeler ve mevzuatımızda yer alan hükümler kapsamında, ikamet izni alarak Türkiye'de kalmak isteyen yabancılar için düzenlenen sağlık sigortasına sahip olma şartı bu yeniliklerden biridir. Sağlık sigortaları, sağlık hakkının korunması ve olası sağlık sorunları neticesinde, tedavi hizmetlerinden kesintisiz faydalanılması amacıyla geliştirilmiş yöntemlerdir. Türkiye'de sadece çalışma izni veya ikamet izni başvuru sahipleri için değil; geçici olarak Türkiye'de bulunanlara, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlere, yabancı öğrencilere, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü sahipleri ile vatansızlara ve geçici korunanlara özgü kurallar ile hangi statünün hangi tür sağlık sigortasından hangi koşullarla yararlanacağı mevzuat kapsamında belirtilmiştir.

Sosyal güvenlik anlaşması yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi olan yabancılar mütekabiliyet esasına bağlı şekilde sigortalı sayılırken belirli şartlarla bağımsız çalışan yabancılar ile kamu idarelerinde sözleşmeli olarak çalışan yabancılar da genel sağlık sigortasının kapsamındadır. Karşılıklılık ilkesi gereğince uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında kalan yabancılar, bir kuruluş tarafından o kuruluş adına veya hesabına Türkiye'de üç ayı geçmeyen bir iş görmek amacıyla gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen yabancılar ve Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağım-

sız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar ise çalışma iznine sahip olmasına rağmen sigortalı sayılmayan yabancılardır. İkamet izni veya çalışma izni almaksızın Türkiye'de geçici olarak bulunan yabancılar genel sağlık sigortası kapsamında değildirler. Türkiye'de bir yıldan kısa süre için oturma iznine sahip kişiler, yurt dışında sigortaları olmasa da zorunlu genel sağlık sigortası uygulamasının dışında kalmaktadırlar. Ancak ülkemizde ikamet eden yabancıların, ikamet süreleri bir yılı dolmasa da isteğe bağlı sigorta yoluyla genel sağlık sigortasından yararlanmaları mümkündür. Türkiye'de çalışma izni olan yabancılar ise herhangi bir süre sınırı olmaksızın sigorta kapsamına girmektedirler.

TVK'nın 28. maddesinde mavi kart hamillerinin, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceği hükmü nedeniyle, bu kişilerin Türk vatandaşı gibi işlem görüp göremeyecekleri tartışma konusu olmakla birlikte, ikametlerini yurtdışına taşımış olma ihtimalleri yüksek olduğundan genel sağlık sigortası için gerekli ikamet şartını taşımayacak ve genel sağlık sigortalısı sayılmayacaklardır. İkametlerini taşımamış olmaları ihtimalinde ise diğer şartları bulunuyorsa genel sağlık sigortası kapsamında kabul edilebilirler. Üniversitelerde yükseköğrenim gören yabancı öğrenciler ise öğrenimlerinin devam etmesi, karşılıklılık ve Türkiye'de bir yıldan fazla süredir ikamet etme şartı aranmadan ancak genel sağlık sigortası primleri kendileri tarafından ödenmek kaydıyla genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

Uluslararası koruma başvurusu veya statüsü olan kişiler, sağlık güvencesi ve ödeme gücü bulunmuyorsa, SSGSSK kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanma hakkına sahiptir. Sağlık sigortası kapsamındaki düzenlemelere tabi olan kişiler, başvuru kaydı tarihinden itibaren bir yıl süreyle SSGSSK'ya dâhildir. Bakanlıkça belirlenen özel ihtiyaç sahibi kişiler için bu bir yıl sınırı aranmaz. Genel sağlık sigortasından faydalanacak kişilerin primleri, Göç İdaresi Başkanlığı bütçesinden karşılanmaktadır. Vatansızların durumu içinse, YUKK'daki düzenlemenin eksik olduğu ve vatansızların da yardım ve hizmetler başlıklı hükme dâhil edilip sigorta kapsamına alınarak bu eksikliğin giderilebileceği ifade edilebilir. Geçici korunanlar ise kayıt yaptırmış olmak koşuluyla, temel ve acil sağlık hizmetlerinden ve bu kapsamdaki tedavi ve ilaçlardan daha önce hasta katılım payı alınmadan faydalanırken artık Bakanlıkça belirlenen tutar ve oran üzerinden katılım payı alınabilmektedir. Daha önce süre şartı öngörülmeksizin genel sağlık sigortası kapsamına alınmış geçici korunanlar için, güvencenin süresine ilişkin bir yıllık süre düzenlemesi yapılmıştır. Ayrıca yine daha önce organizasyonu AFAD yaparken bugün Göç İdaresi Başkanlığı yapmaktadır.

KAYNAKÇA

Algan B, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, (1th edn, Seçkin 2007)

Altıntaş EH, 'Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı' (2019) 2 YBHD 391.

Arıcı K, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, (1th edn, Gazi Kitabevi 2015)

Asher J, *Right to Health a Resource Manual for NGO's* (Martinus Nijhoff Publishers 2010).

Azarkan E, *Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı* (Seçkin Yayınevi 2018)

Bal R, '5510 Sayılı Kanun Kapsamında m.4/1 (a) Bendi Gereği Sigortalı Sayılanların Sigortalılığı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2023)

Baran Çelik N, 'Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri '(2015) 1 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67.

Başmanav Y, 'Genel Sağlık Sigortasının Kişi Bakımından Kapsamı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2014)

Bektaş S, 'Uluslararası Hukuk Ekseninde Devletlerin İleri Sürdüğü "Viral Egemenlik" İddiasının Değerlendirilmesi' (2021) 79 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1421.

Bor Ekmekçi PE, 'Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerine Bir Çalışma' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2014)

Bostancı Y, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2007)

Çelik M 'İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2013)

Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, İş Hukuku Dersleri, (Yenilenmiş 31th edn, Beta Yayınları 2018)

Çelikel A and (Öztekin) Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (18th edn, Beta Yayın 2012)

Çınar Ü, 'Sağlık Hukuku' (Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2003)

Demir Bayram S, 'Sağlık Kamu Hizmetinin Dayanağı Olan ve Sağlık Hakkını Güvence Altına Alan Düzenlemeler ile İlkeler' (2021) 6 (2) YBHD 175.

Dinesh Bhugra and others,'WPA Guidance On Mental Health And Mental Health Care in Migrants' (2011) 10 (1) World Psychiatry 1.

Doğan V, Yılmaz A Ç and Ayhan İzmirli L, *Türk Yabancılar Hukuku* (7th edn, Savaş Yayınevi 2023)

Döner A ve Kelek M, 'Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı' (2015) XIX (1-2) EÜHFD 3.

Döner Ayhan, İnsan Haklarının Korunması ve Avrupa Sistemi (1th edn, Seçkin Yayıncılık 2003)

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (5th edn, Beta 2018)

Er Ü, *Sağlık Hukuku* (2nd edn, Savaş 2019)

Erdil M, *Geçici Korunanların Sağlık Hakkı* (Adalet Yayınevi 2023)

Ermumcu S, 'Sığınmacıların ve Mültecilerin Sosyal Güvenlik Hakkı' (2013) 4 (2) Çalışma İlişkileri Dergisi 58.

Ertan İM, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı* (1th edn, Legal Yayıncılık 2012)

Etiler N and Lordoğlu K, 'Göçmenlerin Sağlık Sorunları: Ev Hizmetlerinde Bir Alan Araştırması' (2010), Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler 93.

Gerek N, 'Son Değişikliklerden Sonra Genel Sağlık Sigortasının Kişiler Bakımından Kapsamı' (2012) 1 (25) Sicil Dergisi 199.

Gür Omay EG, 'Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık' (Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Denizli 2010) 300.

Öztürk N, 'Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış' (2021) 41 (2) Public and Private International Law Bulletin, 955.

https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/ae180cac-8b02-465d-b637-99f2ca238213/Yurt-Disi-Saglik-Islemleri-2023-09-19-10-23-32.

Illich I, *Sağlığın Gaspı* (Süha Sertatiboğlu, 2nd edn, Ayrıntı Yayınları 2011)

Kalan ŞB, 'Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sağlık Hakkı' (Yüksek Tezi, KTO Karatay Üniversitesi 2022)

Karadağ Ö and Altıntaş KH, Refugees and Health (2010) 9 (1), TAF Preventive Medicine Bulletin 55.

Kızılova AT, 'Türkiye'de Genel Sağlık Sigortası: Gelişimi, Uygulanması ve Sorunları' (Yüksek Lisans Tezi Uludağ Üniversitesi 2015)

Koçak OŞ, 'Sağlık Hakkı Kapsamında Türkiye'deki Suriyelilerin Sağlık Hizmetlerine Erişimi' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2018)

Konuk Sommer B and Kavlak B, 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 15 (177) Legal Hukuk Dergisi 4281.

Küpe B, 'Geçici Koruma, Salgın ve Sağlık Hakkı' in Doğa Elçin and Ogün Erşan Aydınlı (ed), Göç ve Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu (Atılım Üniversitesi Yayınları 2021) 109.

Lu Y, 'Test of the Healthy Migrant Hypothesis: A Longitudinal Analysis Of Health Selectivity of Internal Migration in Indonesia' (2008) 67 Social Sciences and Medicine 1131.

Melike Çallı 'Türkiye'de Mültecilerin ve Sığınmacıların Sağlık Hakkı' (2016) 2 (3) İş ve Hayat Dergisi 131.

Metin B 'Sağlık Hakkının Hukuki Çerçevesi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2018)

Bulut N, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar (*1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2009)

Palloni A and Morenoff J, 'Interpreting The Paradoxical in The Hispanic Paradox: Demographic And Epidemiologic Approaches' (2001) 954 (1) Annals of the New York Academy of Sciences 140.

Petek H, *Sağlık Hukuku* (Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015)

Phelan A, 'Human Rights Implications of Pathogen Sharing and Technology Transfer', Sam Halabi, Rebecca Katz (edt), *Viral Sovereignty and Technology Transfer: The Changing Global System For Sharing Pathogens For Public Health Research* (Cambridge University Press 2020)

Halıcı S,Türkiye'de Yabancıların Eğitim ve Öğretim Hakkı (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2017)

Sen A, *Health in Development*, WHO, 52th World Health Assembly, A52/DIV/9, Geneva, (18 May 1999 <http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA52/ewd9.pdf>

Sözer AN, Türk Genel Sağlık Sigortası (4th edn, Beta Yayınevi 2024)

Sözer AN, 'Genel Sağlık Sigortası: Reform mu Deform mu?' (Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Ankara 2006)

Sürerdamar A, Sağlık Turistinin Taraf Olduğu Hukuki İlişkilerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2024)

Ssenyonjo M, 'The Applicability of International Human Rights Law to Non-State Actors: What Relevance to Economic, Social and Cultural Rights?, Economic, Social and Cultural Rights in International Law' (Hart Publishing, Oxford 2009).

Tacir, H 'Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010)

Tahmazoğlu Üzeltürk S, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık* Hakkı (1st edn, Legal 2012)

Taner Ç, 'Türkiye'de İkamet İzni Başvurusunda Bulunan Yabancıların Sağlık Sigortasına İlişkin Uygulamaların Analizi' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022)

Tekin A, 'Sağlık-Hastalık Olgusu ve Toplumsal Kökenleri Burdur Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi 2007)

Temiz Ö, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı' (2014) 69 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 165.

Tiritoğlu Ersoy HH, 'Türkiye'de Mültecilerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları' (2019) 2 (4) YBHD 435.

Tuncay C and Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (19th edn, Beta Yayınevi 2017)

Türker Ertaş 'Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2012)

Uşan MF, İş Hukuku C:1, (2nd edn, Gazi Kitabevi, 2009)

Uyar L, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006)

Dabanlıoğlu N, 'Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Öngördüğü Denetim Sistemi' (Yüksek Lisans Tezi, EBYÜ 2011)

Uygun O, 'İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları' (2008) 7 (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 323.

Yaylacı N, 'Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2021)

Web siteleri

www.ushas.com.tr/saglik-turizmi-verileri.

www.goc.gov.tr/genel-gerekce18.

www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-kapsamindaki-yabancilarin-genel-saglik-sigortalari-hakkinda.

www.goc.gov.tr/baskanligin-gorevleri.

www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Brosurler/4_SAGLI%CC%87K_BROSURU_-2.pdf

www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa.

www.goc.gov.tr/ulkemizdeki-yabanci-sayilarina-iliskin-ortaya-atilan-gercek-disi-iddialar-hakkinda-basin-aciklamasi.

apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1.

insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=1669.

insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=140.

www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638.

www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler.

www.goc.gov.tr/ikamet-izinleri.

www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Brosurler/4_SAGLI%CC%87K_BROSURU_-2.pdf.

www.sgk.gov.tr/Content/Post/a8767f43-a6d4-4526-967f-d41cd56d36be/Yurtdisi-2023-09-19-10-31-39.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1683975

ALMAN MEDENİ HUKUKUNDA VESAYET KURUMU VE REFORMUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

The Guardianship Institution in German Civil Law and Innovations of the Reform

Hatice KARACAN ÇETİN*

Özet

Alman Medeni hukukunda vesayet kurumu, 1990 yılında yapılan Kanun değişikliği ile velayet altında olmayan küçüklerin korunmasına özgülenmiştir. Bununla birlikte Vesayet Hukukunu oluşturan hükümlerin, küçüğün, özellikle kişi varlığının korunmasında yetersiz kalması reform ihtiyacını doğurmuştur. Uzun süren çalışmalardan sonra Vesayet ve Yasal Danışmanlık hukuklarında reform gerçekleştirilmiştir. Reformda Medeni Kanun başta olmak üzere pek çok Kanunda değişiklik yapılmış; değişiklikler 2023 yılının başında yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemede vesayet kurumu kendine özgü karakteri çerçevesinde baştan düzenlenmiştir. Vesayette küçüğün kişisel bakımı ile malvarlığının korunması birbirinden ayrılmıştır. Kişisel bakımın güçlendirilmesi için küçüğün vesayetten doğan hakları tek tek sayılmış ve bu hakların vesayetin her aşamasında göz önünde bulundurulması sağlanmıştır. Vasi ile küçük arasında sağlıklı bir kişisel ilişki kurulabilmesi için gerekli tedbirler alınmıştır. Vasi türleri sistemli bir şekilde sayılarak vesayete dahil olan diğer kişiler ile vasi arasındaki ilişki ve sorumluluk açıklığa kavuşturulmuştur. Malvarlığının korunmasına ilişkin hususlar ise yasal danışmanlık hukukuna aktarılarak atıflar oraya yönlendirilmiştir. Alman Vesayet Hukukunda reformu gerektiren sebeplerin çoğu Türk Hukuku için de söz konusudur. Türk Medeni Kanunu'nda vesayet hala küçüklerin yanı sıra yetişkinleri de kapsamaktadır. Belirtilen sebeplerle bu makalede Alman Hukukunda vesayet kurumu, reformun sebepleri ve sonuçları ile birlikte ele alınmış ve Türk Hukuku için önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Alman medeni hukuku, vesayet kurumu, vasi, kayyım, küçük, 2023 Reformu.

Abstract

In German Civil Law, the institution of guardianship was allocated to the protection of minors from 1990. However, the inadequacy of the provisions in Guardianship Law to protect the minor, especially his/her personal care, has led to the reform. After long-term studies, a reform was made in the Guardianship and Legal Custodianship Laws. In the reform, amendments were made to many laws, especially the Civil Code; the amendments entered into force at the beginning of 2023. In the new regulation, the guardianship institution was reorganized within the framework of its unique character. In guardianship, the personal care of the minor and the protection of his/her assets were separated. In order to strengthen personal care, the rights of the minor arising from guardianship were listed one by one. Necessary measures were taken to establish a healthy personal

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.01.2025*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Dr. Öğretim Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi AFB Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Samsun-Türkiye, hatice.karacan@omu.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-8801-6802

relationship between the guardian and the minor. The types of guardians were systematically listed and the relationship and responsibility between the guardian and other persons included in the guardianship were regulated in detail. Matters concerning the protection of property have been transferred to the Legal Custodianship Law and references have been directed there. Most of the reasons that necessitate the reform in German Guardianship Law are also valid for Turkish Law. In Turkish Civil Code, guardianship still covers adults as well as minors. For the reasons stated, this article examines the institution of guardianship in German Law, together with the reasons and results of the reform, and offers suggestions for Turkish Law.

Keywords: German civil law, guardianship institution, guardian, curatorship, minor, 2023 Reform.

GİRİŞ

Alman Hukukunda vesayet kurumu, Alman Medeni Kanunu (BGB)[1] yürürlüğe girdiği dönemde hem küçükleri hem de yetişkinleri kapsamaktaydı. Ancak 1990 yılında yapılan değişiklikle yetişkinler için yasal danışmanlık kurumu ihdas edilerek vesayet kurumu küçüklerin korunmasına özgülenmiştir. Bununla birlikte vesayete ilişkin hükümlerin güncel ihtiyaçları karşılayamaması, küçüğün özellikle kişi varlığını korumada yetersiz kalması; öte yandan yetişkinler için ihdas edilen yasal danışmanlık kurumunda vesayete yapılan atıfların Kanunun uygulamasını karmaşık hale getirmesi ve daha pek çok sebep Alman Vesayet ve Yasal Danışmanlık Hukuklarında kapsamlı bir reform yapılmasına sebebiyet vermiştir.

Reformda BGB başta olmak üzere pek çok Kanunda değişiklik yapılmış, değişiklikler 2023 yılının başında yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemede vesayet kurumu, kendine özgü karakteri çerçevesinde yeniden kurgulanmıştır. Küçüğün kişisel bakımı ile malvarlığının korunması birbirinden ayrılmıştır. Vesayet Hukukunda küçüğün kişisel bakımına ağırlık verilmiş; malvarlığına ilişkin hususlar ise Yasal Danışmanlık Hukukuna aktarılarak vesayette atıflar oraya yönlendirilmiştir.

Makalede Alman Medeni Hukukunda vesayet kurumu, reforma götüren sebepler ve reformda yapılan değişikliklerle birlikte kapsamlı olarak incelenmiştir. Bu konunun seçilmesinin sebebi Alman Hukukunda reformun gerekçesi olarak gösterilen sebeplerin çoğunun Türk Vesayet Hukuku için de söz konusu olmasıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)[2] vesayete ilişkin kısmı büyük ölçüde malvarlığının korunmasına ilişkin olup küçüğün kişisel bakımına yönelik hüküm yok denecek kadar azdır. Daha da ötesi TMK'da vesayete ilişkin düzenlemeler halen hem küçükleri hem de yetişkinleri kapsamaktadır. Halbuki kişisel durumları ve gelişimleri göz önünde bulundurulduğunda küçüklerin korunması, yetişkinlerin korunmasından farklı yaklaşımı gerektiren bir faaliyettir. İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB)[3] 2013 yılında yapılan değişiklikle küçüklerin ve yetişkinlerin korunması birbirinden ayrılarak vesayet kurumu küçüklerin korunmasına özgülenmiştir. Ancak

---

1 Bürgerliches Gesetzbuch, 2.1.2002 tarihinde yayımlanan versiyonu, BGBl 2002 I, 42, 2909; 2003 I, 738.

2 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/ 24607.

3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kabul Tarihi: 10.12.1907, AS 24 233.

söz konusu değişiklikten sonra ZGB'de doğrudan vesayet kurumunu düzenleyen çok az sayıda hüküm kalmıştır. Bunlar ZGB'nin 327a, 327b ve 327c maddeleridir. Söz konusu hükümlerde Velayet ve Kayyımlık (Beistandschaft) kurumlarına atıfta bulunulmaktadır. Halbuki Alman Medeni Hukukunda vesayet kurumu, söz konusu reform değişikliğiyle birlikte, kendine özgü karakteri çerçevesinde kurumsallaştırılmıştır. Araştırma konusu olarak Alman Medeni Hukukunda vesayet kurumunun seçilmesinin bir diğer nedeni de budur.

Makalemizin ilk bölümünde Alman Medeni Hukukunda küçükleri korumaya yönelik kurumlar karşılaştırmalı olarak kısaca ele alındıktan sonra ikinci bölümde Vesayet Hukukunda gerçekleştirilen reform hakkında bilgi verilecek, üçüncü bölümde vesayet kurumu, reformun getirdiği yeniliklerle birlikte ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Sonuç bölümünde Türk Vesayet Hukuku açısından ulaşmış olduğumuz sonuçlara yer verilecektir.

I. ALMAN MEDENİ HUKUKUNDA KÜÇÜKLERİ KORUMAYA YÖNELİK KURUMLAR

A. Velayet Kurumu

Alman hukukunda ebeveyn velayeti (elterliche Sorge) §1626 BGB ve devamında düzenlenmiştir.[4] §1626 I BGB'ye göre reşit olmamış çocuğa (minderjährige Kind) bakmak ebeveynler için hem hak hem de yükümlülüktür. Ebeveynler, çocuğun bakımıyla ilgilenirken ve onu büyütürken, onun gelişen yeteneğini; bağımsız ve sorumlu bir şekilde hareket etme ihtiyacını dikkate alır (§1626 II BGB). Ebeveynlerin bu hak ve yükümlülüğü Alman Anayasasında (GG[5]) da ifade edilmiştir. GG m. 6 II'ye göre çocukların bakımı ve yetiştirilmesi ebeveynlerin en doğal hakkı olmasının yanı sıra her şeyden önce onların görevidir ve faaliyetleri devletin gözetimi altındadır. Bu gözetim aile mahkemeleri tarafından sağlanır (§ 151 FamFG[6]).

B. Vesayet Kurumu

Alman hukukunda vesayet kurumu (Vormundschaft)[7] asıl inceleme konumuz olması sebebiyle aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağından bu başlık altında vesayetin velayetten farkları belirtilecektir. Alman hukukunda vasi, velayette olduğu

---

4 Reformun odak noktası vesayet ve yasal danışmanlık hukukları olmakla birlikte kısmen velayet hukukunda da değişiklikler yapılmıştır. Velayet hukukunda yapılan değişiklikler için bkz Felix R Walter, 'Elterliche Vermögenssorge nach dem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts' (2023) 10 Neue Zeitschrift für Familienrecht 241.

5 Federal Almanya Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland).

6 Aile Meseleleri ve Çekişmesiz Yargı Prosedürü Hakkında Kanun (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit), Kabul Tarihi: 17.12.2008, BGBl 2008 I, 2586, 2587.

7 '*Vormundschaft'* terimi kişi ve eşya üzerinde koruyucu güç ve hakimiyeti ifade eden '*Mund'* (eski dilde hem 'el' hem de 'güç' anlamında '*Munt'*) kelimesinden türemiştir. Bkz Dieter Schwab, *Familienrecht* (30. bs, C H Beck 2022) 494.

gibi, küçüğün şahsına ve malına bakma görevi ve hakkına sahiptir (§1789 I BGB). Ayrıca hem velayet hem de vesayette çocuğun refahı (Wohl) temel ilkedir (§1790 I BGB). Her iki kurumda da ilgili mahkeme aile mahkemesidir (§151 FamFG). Bununla birlikte velayet ve vesayet arasında temel bazı farklar vardır. Öncelikle vasi, ebeveynin GG m. 6 II'de güvence altına alınan haklarına sahip değildir. Bu sebeple vasinin faaliyeti ebeveyne göre daha fazla kısıtlanabilir ve daha sıkı denetim altında tutulur.[8] Küçükle ebeveyn arasında olması umulan psikolojik bağ en azından başlangıçta vasiden beklenmez.[9]

Veli genellikle çocuk ile birlikte yaşarken vasi isterse küçüğü yanına alabilir ancak bu zorunlu değildir. Vasi küçüğü yanına alır ise birbirlerine karşı yardımlaşma ve saygı yükümlülüğü doğar; velayet altındaki çocuğun anne babasına karşı ev ve işyerinde yardım yükümlülüğünü düzenleyen §1619 BGB vesayette de uygun düştüğü ölçüde uygulanır (§1791 BGB). Vesayette küçük, vasi yanına almadığı takdirde koruyucu aile (Pflegeeltern) yanında ya da yurtta kalır. Çocuğun günlük işlerini karşılayan bu kişi '*bakıcı* (Pflegeperson)' olarak anılır. Bakıcı ile vasi arasındaki ilişki §1796 BGB'de düzenlenmiştir.

C. Reşit Olmayanlar için Kayyımlık

Alman hukukunda '*kayyımlık (Pflegschaft)'* doğmamış çocuklar, reşit olmayanlar ve yetişkinlerin yanı sıra bir malvarlığı (örneğin tereke) için de uygulama alanı bulan bir kurumdur. Bununla birlikte BGB'de, '*reşit olmayanlar için kayyımlık* (Pflegschaft für Minderjährige)', diğer kayyımlık hallerinden (Sonstige Pflegschaft) ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olup yapısal olarak vesayetin üzerine inşa edilmiştir. Nitekim Kanunda aksi belirtilmedikçe, vesayete ilişkin hükümler, reşit olmayanlar için kayyımlık hallerine de uygun düştüğü ölçüde uygulanır (§1813 I BGB). Diğer kayyımlık hallerinde ise atıf yasal danışmanlık kurumuna yapılmıştır (§1888 BGB). Reşit olmayanlar için kayyımlık işleri aile mahkemelerinin (Familiengericht) görev alanına girerken (§1809 II, §1811 III BGB) diğer kayyımlık halleri yasal danışmanlık mahkemelerinin (Betreuungsgericht) ya da miras ile ilgili ise veraset mahkemelerinin (Nachlassgericht) görev alanına girer (§1885 BGB).

Reşit olmayanlar için kayyımlık başlığı altında BGB'de üç tür kayyımlık düzenlenmiştir. Bunlar '*tamamlayıcı kayyımlık* (Ergänzungspflegschaft)', '*doğmamış çocuklar için kayyımlık* (Pflegschaft für ein ungeborenes Kind)' ve '*hibe kayyımlığıdır* (Zuwendungspflegschaft)'. Tamamlayıcı kayyım ebeveynlerin ya da vasilerin yapamadığı işler için onların bildirimi üzerine atanır; görevlendirildiği hususlarda küçüğün çıkarları doğrultusunda onun refahı için gerekli işlemleri yapma ve küçüğü

---

[8] Örneğin, küçüğün parasının yatırım hesabı dışında bir hesaba yatırılması (§1848 BGB) ve hak ve menkul kıymetlerin elden çıkarılmasında (§1849 BGB) mahkemeden onay şartı veli için aranmaz iken vasi için aranır (§1799 I BGB).

[9] Bu farklardan dolayı vesayet, velayetten bağımsız kurallarla düzenlenmiştir. Bkz Schwab (n 7) 497.

temsil etme hak ve yetkisine sahip olur (§1809 BGB). Henüz doğmamış çocuk için kayyımlık, onun gelecekteki haklarını korumak amacıyla öngörülmüştür (§1810 BGB). Hibe kayyımlığı ise velayet ya da vesayet altındaki küçüğe vasiyet ya da bağışlama yoluyla karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin bu kazandırmaya konu malvarlığının veli ya da vasi tarafından yönetilmesini istememesi durumunda söz konusu olur (§1811 I BGB). Hibe kayyımının kim olacağını bağışlayan ya da vasiyette bulunan belirleyebilir, hatta onu vasinin tabi olduğu pek çok kısıtlamadan da muaf tutabilir (§1811 II BGB).

Reşit olmayanlar için kayyımlıkta, kayyımın atanması, kayyımlığın yürütümü, yasal temsil, ücret ve masraflar ile mahkemenin denetimine ilişkin hususlarda vesayete ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (§1813 I BGB). Vesayetten farklı olarak, ebeveynlerin, ölüme bağlı tasarrufla kayyım belirleme ya da belirli kişileri kayyımlıktan dışlama imkanları yoktur (§1813 II BGB). Tamamlayıcı kayyımlık kayyım atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması, kayyıma devredilen işin tamamlanması, velayet ve vesayetin sona erdiği hallerde sona erer (§1812 BGB).

Belirtilenlerin dışında, BGB'nin vesayeti düzenleyen kısmında reşit olmayanlar için '*ilave kayyımlık* (Zusätzlicher Pfleger)' ile '*kayyım olarak bakıcı* (Pflegeperson als Pfleger)' öngörülmüştür. Bu iki kurum aşağıda ilgili başlıklar altında ele alınacaktır.

II. ALMAN HUKUKUNDA VESAYET KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Alman Hukukunda Vesayet kurumu kamu hukuku ile özel hukukun kendine özgü bir şekilde buluştuğu bir alan olarak görülmektedir. Federal Anayasa Mahkemesinin bir kararında[10] ifade ettiği üzere vesayet hukuku her zaman güçlü bir kamu hukuku etkisi altında olmuştur. Roma ve Germen hukuklarında bile vesayet esasen ailenin (veya klan) sorumluluğunda ise de devlet etkisi erken dönemde gelişmiştir. Roma'da Cumhuriyetin ilk dönemlerinden itibaren vasiler devlet kararıyla atanmış, imparatorluk döneminde ise güçlü bir devlet denetimi öngörülmüştü. Almanya'da, Roma hukukunun kabul edilmesinden önce dahi hükümdarın üst düzey vesayeti vardı ve bu genel hukukta mahkemelere devredilmişti. O zamanlardan bu yana vesayetin kurulması ve yürütülmesi ailenin sağladığı korumayı tamamlayan; devletin muhtaç ve sosyal açıdan korunmasız kişileri desteklemeye yönelik tüm kamu ve özel hukuk yükümlülüklerinin en önemlilerinden biri olarak görülmüştür.[11] Bununla

---

10 10 Şubat 1960 tarih ve 1 BvR 526/53, 1 BvR 29/57 numaralı karar için bkz BVerfGE 10, 302.

11 Romalıların '*tutela'* ve '*cura'* olmak üzere iki tür vesayet bildiği, bunlardan tutela'nın temyiz gücünü kazanmamış (unmündig) erkekler ve hayatı boyunca (sonraki zamanlarda reşit oluncaya kadar) kadınlar için, cura'nın ise temyiz gücüne sahip (mündig) ancak henüz 25 yaşını doldurmamış kişilerin yanı sıra akıl hastaları, müsrifler ve gaipler için uygulandığı; vasinin öncelikle babanın vasiyetinde belirlediği kişi, ikinci sırada yakın akraba, son olarak yetkili makamlarca atanan kişi olduğu, müşterek hukukta 16. Yüzyılda 25 yaşına kadar tüm küçüklerin vesayet altına alınmasıy-

birlikte çeşitli sebeplerden dolayı bu görev ağırlıklı olarak kamu değil özel kişiler tarafından yürütülmektedir. Nitekim vasi ile vesayet altındaki küçük arasındaki ilişki özel hukukun bir parçası olup kamu hukuku etkisi bu ilişkinin kurulması, denetimi ve sona ermesinde kendini göstermektedir.[12]

Vesayet kurumu Alman hukukunda, başlangıçta, kendi işlerini kendisi yönetemeyen yetişkinler ile velayet altında olmayan küçükler için öngörülmüştü. Daha sonra BGB'de 1990 yılında yapılan değişiklikle[13] yetişkinlerin korunması için yasal danışmanlık kurumu ihdas edilerek vesayet kurumu küçüklere özgülenmiştir.[14] Bununla birlikte vesayet hukuku 19. yüzyılın sonlarında yaygın olan; akrabaları ile yaşayan ve onlar tarafından bakılan yetimlere göre şekillendiğinden günümüz gerçekleri ile bağdaştırılmamaktaydı.[15] Öte yandan BGB ilk yürürlüğe girdiği dönemde vesayet yetişkinleri de kapsadığından, vesayet hukuku büyük ölçüde malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlerden oluşmaktaydı.[16] Küçüğün kişisel bakımını güçlendirmek amacıyla zaman içinde yapılan değişiklikler[17] ise vesayet hukukunun daha da karmaşık hale gelmesine sebep olmuştur.[18] Bu yüzden küçüklerin vesayetine ilişkin BGB'de yer alan hükümlerin güncelliğini yitirdiği ifade edilmekte ve reform ihtiyacı dile getirilmekteydi.[19]

---

la tutela ve cura arasındaki farkın ortadan kalktığı ve her vasinin yetkili makamlarca atanması ve üst düzey vesayet makamı tarafından denetlenmesi şartının getirildiği; tutela ve cura ayrımının giderek vesayet ve kayyımlığa ilişkin kurumların temelini oluşturduğu, vesayetin özel kişilerce yürütülmesinin özellikle büyük şehirlerde her zaman başarılı olmaması sebebiyle profesyonel resmi vesayete yönelindiği yönünde tarihsel süreç için bkz Rudolf Schmidt, *Bürgerliches Recht Das Familienrecht*, cilt 4 (2. bs, Duncker und Humblot 1957) 98, 99.

12 Schwab (n 7) 495. Türk Medeni Hukukunda da '*özel vesayet*' olarak adlandırılan aile vesayeti (TMK m 398-402) istisna olup asıl olan kamu vesayetidir. Bkz Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk özel hukuku Cilt III: Aile hukuku* (16. bs, Filiz Kitabevi 2021) 415; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile hukuku İkinci Cilt* (25. bs, Beta 2024) 475.

13 Yetişkinler için Vesayet ve Kayyımlık Hukukunun Reformu Hakkında Kanun (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, Betreuungsgesetz - BtG), Kabul Tarihi: 12.09.1990, BGBl 1990 I, 2002.

14 İsviçre Medeni Kanunu'nda da 2013 yılının başında yürürlüğe giren değişiklikle yetişkinlerin korunması küçüklerin korunmasından ayrılmıştır (AS 2011 725; BBl 2006 7001). ZGB'de vesayete ilişkin kısım '*Yetişkinlerin Korunması*' başlığı altında yeniden düzenlenmiştir (ZGB m 360 vd). Türk Hukukunda yetişkinler için benzer bir değişiklik önerisi bulunmaktadır. Bkz Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle ve Murat Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (1. bs, Beta 2017).

15 Bkz Eva Bode, 'Das modernisierte Vormundschaftsrecht' (2023) 18 Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 125, 125.

16 Günümüzde sosyal devletin sağladığı yardımlar sebebiyle küçüğün kişisel bakımı ve refahı ekonomik güvenliğine göre daha çok ön planda tutulmaktadır. Bkz ibid.

17 Örneğin 29 Haziran 2011 tarihli 'Vesayet ve Yasal Danışmanlık Hukuklarında Değişiklik Kanunu (Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts)', BGBl 2011 I, 1306.

18 Walther/ Reinhard Wiesner ve Friederike Wapler (edr), *SGB VIII: Kinder- Und Jugendhilfe: Kommentar* (6.bs, CH Beck 2022) para SGB VIII §§55 aF, 109.

19 BT-Drs 19/24445, 119; Gabriele Müller-Engels, 'Vormundschafts- und Betreuungsrechtsreform 2023: Wissenswertes für den Erbrechtler' (2022) 17 Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis

B. Alman Vesayet Hukukunda 2023 Yılında Yürürlüğe Giren Reform

1. Reform Kanunu ve Reforma Götüren Sebepler

Alman Hukukunda Vesayet hukukunu da kapsayan Reform 4 Mayıs 2021 tarihli '*Vesayet ve Yasal Danışmanlık Hukukunun Reformu Hakkında Kanun (Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts)'*, -bundan sonra Reform Kanunu olarak anılacaktır- ile gerçekleştirilmiştir[20]. Reform Kanunu 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m 16).

Alman Vesayet Hukukunun, bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz üzere, 19. Yüzyıldan kalan yaklaşımı yansıtması, malvarlığına ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiş iken küçüğün kişisel bakımına ilişkin yeterli düzenleme bulunmaması; özellikle malvarlığının yönetiminde Kanunun teknolojik ve bankacılık uygulamalarındaki gelişmelerin gerisinde kalması; yetişkinlerin korunmasına yönelik yasal danışmanlık kurumunda vesayete yapılan atıfların kanunun uygulamasını zorlaştırması, dernek vasiliğinin Kanuna sonradan dahil edilmesinin vesayet türlerine ilişkin düzenlemeleri dağınık ve dolayısıyla karmaşık hale getirmesi vesayet hukukundaki reform ihtiyacını doğuran sebepler arasında sayılmaktadır.[21] Eski düzenlemede, ebeveynlere tanınan, belirledikleri vasiyi bazı kısıtlamalardan muaf tutabilme imkanının §1852 BGB'de baba esas alınarak düzenlenmesi, daha sonra anne açısından §1855 BGB'de bu hükme atıf yapılması da eşitlik ilkesine aykırı görülmekteydi.[22]

2. Reformun Hedefleri

Vesayet hukuku açısından Reform Kanununun temel hedeflerini, vesayet hukukunun yeniden yapılandırılması, küçüğe en uygun vasinin seçilebilmesi için mahkemenin göz önünde bulundurması gereken çerçeve koşulların belirlenmesi; vesayet altındaki küçüğün kişisel konumu ile bakımının ve küçük ile vasi arasındaki kişisel ilişkinin güçlendirilmesi; vesayetin kişiselleştirilmesi, başka bir ifadeyle somut bir kişinin vesayeti alması ve sorumluluğu taşıması; küçük karşısında onun bakımından sorumlu olan kişilerin (başta vasi olmak üzere kayyım ve bakıcı) sorumluluklarının netleştirilmesi, varlık yönetiminde bürokrasinin azaltılması ve Kanunun uygulamasını kolaylaştırmak amacıyla standartların yeniden şekillendirilmesi ve dilin modernize edilmesi olarak özetlemek mümkündür.[23]

666, 666.

20 BGBl 2021 I, 882. Kanunun tasarısı için bkz BT-Drs 19/24445, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/244/1924445.pdf > Erişim Tarihi 22 Şubat 2024.

21 Walther/Wiesner ve Wapler (n 18) para SGB VIII §§55 aF, 109; Edda Elmauer ve Karolina Kukielka, 'Die Vereinsvormundschaft nach der aktuellen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 1101, 1101; Bode (n 15) 125; Sebastian Zander, 'Auswirkungen der Vormundschafts- und Betreuungsrechtsreform auf die notarielle Praxis' (2022) 88 Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 320, 320, 321.

22 Bode (n 15) 125.

23 BT-Drs 19/24445, 2 vd; ibid; Julie Strube, 'Vormundschaftsrechtsreform: Die Auswahl Des Vormunds Durch Das Familiengericht' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 957, 957.

3. Reformun Getirdiği Yenilikler

Reform Kanunu ile küçük, haklarıyla birlikte vesayet hukukunun merkezine yerleştirilmiş, vasinin yetiştirme yükümlülüğü, vasi ile bakıcı arasındaki ilişki açıkça düzenlenmiş, vasi türleri sistematik bir şekilde sayılmış, çocuk için en uygun vasi bulununcaya kadar '*geçici vasilik*' kurumu tesis edilmiştir.[24] Vesayet hukukunda küçüğün, vasinin ve kayyımın hukuki konumları netleştirilmiştir.[25] Küçüğün vesayetten doğan hakları tek tek sayılmış (§1788 BGB), bunun karşısında vasinin, küçüğün kişisel bakımına ilişkin yükümlülükleri, eskiye göre çok daha kapsamlı olarak düzenlemiştir (§1795 BGB vd). Reşit olmayanlar için kayyımlık, diğer kayyımlık hallerinden ayrılarak, vesayetten hemen sonra ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir (§1809-§1813 BGB). Bununla birlikte vesayet altındaki küçüğü ifade eden '*Mündel*' terimi korunmuştur[26]. Nitekim '*Kind* (çocuk)' ve '*Minderjährige* (reşit olmamış)' ifadelerinin kavramı tam olarak yansıtmadıkları kabul edilmektedir.[27] Örneğin bir kişi reşit olduktan sonra da anne babanın çocuğu olarak kalacaktır. Halbuki vesayet altındaki küçük (der Mündel) hiçbir zaman reşit değildir.[28]

Reform Kanunu ile vesayet hukukunda küçüğün kişisel bakımı güçlendirilirken malvarlığının korunması ve yönetimine ilişkin hususlar da modernize edilmiştir.[29] Vesayet altındaki küçüğün kişi varlığı (§1795- §1797 BGB) ve malvarlığına ilişkin hususlar ayrılarak malvarlığına ilişkin hususlarda yasal danışmanlık hukukuna atıf yapılmıştır (§1798- §1801 BGB). Nitekim Reform Kanunu ile malvarlığının korunmasına ilişkin merkezi norm vesayet hukukundan yasal danışmanlık huku-

---

24 Walther/Wiesner ve Wapler (n 18) SGB VIII §§55 aF, 109.

25 Koch/Elisabeth Koch (ed), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cilt 9 Familienrecht I (9. Auflage, C H Beck 2022) para Einl. FamR, 218.

26 Alman öğretisinde uzun süredir '*Entmündigung'*, '*Mündel'* ve '*Geistesschwäche'* gibi terimlerin modasının geçtiği ve etkilenenlerin gereksiz bir şekilde dışlanmasına ve damgalanmasına yol açtığı kabul edilmekteydi. Bkz Wolfgang Jäckle, 'Das neue deutsche Betreuungsrecht : ein Modell für die Schweiz?' in Eltje Aderhold (ed), *Festschrift für Hans Hanisch* (Heymann 1994) 130.

27 Bode (n 15) 125.

28 TMK'nın lafzından (TMK m 12, m 404 vd) hareketle çalışmamızda '*Mündel'* teriminin karşılığı olarak '*küçük'* terimini tercih ettik. Öğretide de vesayet altındaki çocuklar için '*küçük'* terimi yerleşmiştir. Bkz Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk özel hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku* (23. bs, Filiz Kitabevi 2022) 84; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 12) 417; Hayriye Şen Doğramacı, '§13. Vesayet Düzeni' in Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk- II Aile Hukuku* (2. bs, Adalet Yayınevi 2024) 459; Akıntürk ve Ateş (n 12) 479. Bununla birlikte Velayet Hukukunda (bkz TMK m 335 vd) ve Kamu Hukuku Dallarında '*çocuk'* terimi kullanılmaktadır. Bkz Firdevs Yüzbaşı Tobaz, 'Ebeveynlerin Çocuklarının Kişisel Verilerini Sosyal Medyada Paylaşmasının (Sharenting) Nedenleri ve Konuyla İlgili Hukuki Düzenlemeler Üzerine Bir İnceleme' (2022) 20 Legal Hukuk Dergisi 463.

29 Helena Klinger ve Duygu Damar, 'Minderjährigenschutz Bei Dispositionskrediten Nach Der Reform Des Vormundschafts- Und Betreuungsrechts' (2022) 22 Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 842, 842.

kuna aktarılmıştır.[30] Böylece hem velayet hem de vesayette küçüğün malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlerde dolaylı olarak değişiklik meydana gelmiştir.

Küçüklerin korunması açısından Reform Kanunu ile FamFG ve SGB VIII[31]'de de önemli değişiklikler yapılmıştır. Vasi atanmasına ilişkin BGB'de yer alan usul hükümleri FamFG'ye aktarılmıştır.[32] SGB VIII'de ise vesayet ve kayyımlıkta idarenin yükümlülüklerini düzenleyen hükümler reformun hedefleri çerçevesinde yeniden kaleme alınmıştır. Reform Kanunu ile velayet, vesayet ve yasal danışmanlık hukuklarında yapılan değişiklikler noterlik[33] ve bankacılık[34] uygulamalarını da etkilemiştir.[35]

Anılan Kanunlardan başka, Reform Kanunu ile Medeni Kanunun Yürürlük Kanunu'nda (EGBGB)[36] yapılan iki değişiklik vesayet hukukunu da ilgilendirmektedir. EGBGB'nin m 7 II hükmüyle uluslararası özel hukuk alanında hukuki işlem ehliyeti (Geschäftsfähigkeit) kişinin vatandaşı olduğu değil yerleşim yerinin bulunduğu devlet hukukuna bağlanmıştır. Böylece Almanya'da yerleşim yeri bulunan yabancı uyruklu kişilerin hukuki işlem ehliyetleri Alman hukukuna göre belirlenecektir.[37] Yine m 24 EGBGB'de yapılan değişiklikle vesayetin kurulması, yürütülmesi, değiştirilmesi ve sona erdirilmesine ilişkin hususlarda uygulanacak hukuk artık küçüğün vatandaşlığına göre değil yerleşim yerine göre belirlenecektir. Bu değişiklikler sayesinde özellikle refakatçisi bulunmayan reşit olmamış sığınmacılar için kanunun uygulaması kolaylaştırılmak istenmiştir.[38]

---

30 Velayet, vesayet ve yasal danışmanlık kurumlarına ilişkin olarak BGB'de değişiklikten önce yer alan hüküm içi atıflar (özellikle yürürlükten kaldırılan §1908i BGB) ortaya çıkardığı zorluk sebebiyle eleştirilmekteydi. Bu yeni atıf sisteminin uygulamayı önemli ölçüde basitleştirdiği kabul edilmektedir. Görüş ve eleştiriler için bkz Zander (n 21) 321.

31 Sosyal Güvenlik Kanunu'nun Sekizinci Kitabı- Çocuk ve Gençlik Hizmetleri- (Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe –), 11.9.2012'de yayımlanan versiyonu, BGBl 2012 I, 2022.

32 BT-Drs 19/24445, 157.

33 Reform Kanununun noterlik uygulamasındaki yansımaları için bkz Zander (n 21) 322 vd.

34 Reform Kanununun bankacılık uygulamalarındaki etkileri için bkz Jan Bley ve Dominik Pastor, 'Auswirkungen Der Betreuungsrechtsreform Auf Die Kreditwirtschaftliche Praxis' (2022) 22 Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 758.

35 Reformda yapılan bu değişiklikler olumlu karşılanmakla birlikte uygulamada çocuğun kendi ailesi (Herkunftseltern) ile vasi ve bakıcı arasında anlaşmazlık çıkması nadir olmamasına rağmen, aile ile ilişkilere neredeyse hiç değinilmemiş olması öğretide eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz Heike Wunderlich, 'Die lang erwartete Vormundschaftsrechtsreform : Überblick und Kritik aus der Sicht der familiengerichtlichen Praxis' (2020) 15 Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 448, 454.

36 Medeni Kanun'un Yürürlük Kanunu (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche), 21. 9.1994'te yayımlanan versiyonu, BGBl 1994 I, 2494; 1997 I S. 1061.

37 EGBGB'de öngörülen geçiş hükmüne göre önceki düzenlemenin yürürlükten kalktığı 31.12.2022 tarihi itibariyle kazanılmış olan ehliyetler korunacaktır (EGBGB m. 229 §54 I). Geçiş hükümlerinin açıklaması için bkz Loer/Dagmar Brosey ve diğerleri, *Betreuungsrecht: Kommentar* (7. bs, CH Beck 2023) para EGBGB m. 229 §54, 1-6.

38 Wunderlich (n 35) 454; Bode (n 15) 128. Gerekçe için bkz BT-Drs 19/24445, 156.

III. REFORM SONRASI ALMAN VESAYET HUKUKU

A. Vesayet Kurumunun BGB'deki Sistematik Yeri

Alman hukukunda vesayet kurumu BGB'nin, Aile Hukukunu düzenleyen 4. Kitabının üçüncü kısmında (Abschnitt), evlilik ve hısımlıktan sonra §1773 ve devamı paragraflarda düzenlenmiştir. Bu kısmın ilk başlığında (Titel) '*vesayet'* düzenlenmiş olup, ikinci başlıkta '*reşit olmayanlar için kayyımlık* (Pflegschaft für Minderjährige)', üçüncü başlıkta yetişkinler için '*yasal danışmanlık* (rechtliche Betreuung)' ve son olarak dördüncü başlıkta '*diğer kayyımlık halleri* (sonstige Pflegschaft)' düzenlenmiştir.

Vesayet kurumu, ilgili başlıkta, beş alt başlığa (Untertitel) ayrılarak düzenlenmiştir. İlk alt başlıkta vesayetin kuruluşu (Begründung der Vormundschaft), ikinci alt başlıkta vesayetin yürütülmesi (Führung der Vormundschaft), üçüncü alt başlıkta aile mahkemesinin danışmanlık ve gözetimi (Beratung und Aufsicht durch das Familiengericht), dördüncü alt başlıkta vesayetin sona ermesi (Beendigung der Vormundschaft) ve beşinci-son alt başlıkta ücret ve masrafların ödenmesi (Vergütung und Aufwendungsersatz) düzenlenmiştir. Bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında mümkün olduğunca Kanundaki sırasıyla ele alınacaktır.

B. Vesayetin Kuruluşu

1. Vesayeti Gerektiren Haller

Vesayetin kuruluşu ilk alt başlıkta §1773 BGB ve devamı paragraflarında düzenlenmiştir. Reform Kanununun ilk maddesi ile öncelikle bu başlığın içindekiler kısmı tamamen değiştirilmiştir. Kenar başlığı '*Vesayetin şartları; vasi atanması*' olarak yeniden kaleme alınan[39] §1773 BGB' de eski 1773 ve 1774. Paragraflar birleştirilmiş ve reşit olmayana vasi atanması gereken haller bentler halinde sayılmıştır. §1773 I BGB'ye göre '*Aşağıdaki hallerde Aile Mahkemesi küçüğün vesayetini düzenler ve ona vasi atanmasına karar verir: 1. küçük velayet altında değil ise, 2. kişiliği ve malı ile ilgili konularda anne ve babasının onu temsil hakkı bulunmuyorsa*[40] *ya da 3. ailevi durumu (Familienstand) tespit edilemiyorsa.*' Hükmün ikinci fıkrasına göre çocuğun,

---

[39] Değişiklikten önce hükmün kenar başlığı '*Şartlar* (Voraussetzungen)' şeklinde olup bu başlık hükme 'Borçlar Hukukunun Modernizasyonu Hakkında Kanun (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)' (Kabul tarihi: 26.11.2001, BGBl. 2001 I, 3138) m 1 II ile eklenmişti. Bu madde ile BGB'nin diğer hükümlerinin kenar başlıklarının hepsi yeniden düzenlenmiştir.

[40] §1666 I BGB'ye göre '*Çocuğun fiziksel, zihinsel veya ruhsal sağlığı veya malvarlığı tehlike altındaysa ve ebeveyni bu tehlikeyi önleme konusunda isteksiz veya önleyebilecek durumda değil ise aile mahkemesi tehlikenin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak zorundadır*.' Velayetin ebeveynden tamamen ya da kısmen alınması hükümde sayılan tedbirlerden biridir (§1666 III b. 6). Ancak vasi velayetin tamamen alındığı hallerde atanmakta, velayetin kısmen (örneğin sadece kişisel bakım ya da belirli bazı işler için) alındığı hallerde çocuğa vasi yerine tamamlayıcı kayyım (Ergänzungspfleger) atanmaktadır. Velayetin ebeveynden sadece birinden alınması halinde öncelikle velayetin diğer ebeveyne tek başına bırakılıp bırakılamayacağı araştırılmakta, bu mümkün olmadığı takdirde vasi atanmaktadır. Schwab (n 7) 496.

doğumunda bir vasiye ihtiyacı olacağı varsayılır ise, daha çocuk doğmadan vesayet düzenlenebilir ve bir vasi atanabilir. Atama çocuğun doğumuyla etkili olur (f II).

Alman Hukukunda küçüğün vesayet altına alınması kural olarak aile mahkemesinin resen vereceği kararla olur (§1773 BGB, §151 I 4 FamFG). Bununla birlikte vesayetin Kanundan doğduğu haller de vardır. Bunlardan ikisi 'kanuni idari vesayet (Gesetzliche Amtsvormundschaft)' başlığı altında §1786 ve §1787 BGB'de düzenlenmiştir. §1786 I BGB'ye göre ebeveynleri evli olmayan ve vasiye ihtiyaç duyan bir çocuğun doğumunda, çocuğun daimî ikametgahı Almanya'da bulunuyorsa Çocuk Koruma İdaresi (Jugendamt) kendiliğinden vasi olur. §1787 BGB uyarınca annenin kimliğini açıklamadığı gizli doğumlarda da yine aynı idare çocuğun doğumuyla birlikte vasi olur. §1751 I BGB'ye göre ebeveynlerin evlat edinmeye rıza göstermesi halinde de Çocuk Koruma İdaresi vasi olur.

2. Vasi Türleri

Alman Medeni Kanunu hazırlanırken, aile ortamında çocuğa ücretsiz olarak bakan kişi ideal vasi olarak düşünülüyordu. Ancak yaşanan tecrübeler bu düşüncenin gerçeklerle örtüşmediğini göstermiştir. Belirtilen nitelikteki kişileri bulmanın zorluğu vesayetin profesyonelleşmesine yol açmıştır. İlk zamanlar vasi devlet tarafından sağlanmakla birlikte çalışanları veya gönüllü üyeleri aracılığıyla vasiliği üstlenen özel dernekler vardı.[41] Zaman içinde vesayeti ücretli olarak yürüten profesyonel vasiler de ortaya çıkmıştır.[42]

Bu gelişmelerin bir sonucu olarak §1774 BGB'de vasi türleri dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre vasi olarak atanabilecek kişiler 1. vesayeti gönüllü olarak yürüten gerçek kişi (gönüllü vasi), 2. vesayeti mesleği gereği bağımsız olarak yürüten gerçek kişi (profesyonel vasi), 3. Bölgesel Gençlik Yardım Kuruluşu (Jugendhilfe) tarafından tanınan bir vesayet derneğinin (Vormundschaftsverein)[43], tamamen veya kısmen o dernekte vasi olarak çalışan personeli (dernek vasisi) ve 4. Çocuk Koruma İdaresidir (Jugendamt). Hükmün ikinci fıkrasına göre vesayet derneği ve Çocuk Koruma İdaresi geçici vasi olarak atanabilir.

Yeni düzenleme çerçevesinde '*gönüllü vasi* (ehrenamtlicher Vormund)', '*profesyonel vasi* (Berufsvormund)', '*dernek vasisi* (Vereinsvormund)' ve '*idari vasi* (Amtsvormund)' olmak üzere dört tür vasi bulunmaktadır. Gönüllü olarak vasilik yapan gerçek kişiler hala Kanunun ideali olarak ilk sırada sayılmıştır. Ayrıca vasi atamasında gönüllü vasilere öncelik verilmiştir. §1779 II BGB'ye göre vesayeti gönüllü olarak yürütmeye uygun ve istekli bir gerçek kişi bulunması halinde bu kişinin diğer üç bentte sayılan vasilere göre önceliği vardır.

---

41 Almanya'da vesayet ve yasal danışmanlık alanında faaliyet gösteren dernekler yüz yılı aşan köklü bir geleneğe sahiptir. Söz konusu derneklerin tarihsel gelişimi için bkz Elmauer ve Kukielka (n 21) 1101 vd.

42 Tarihi gelişim için bkz Schwab (n 7) 497.

43 Bir derneğin vesayet derneği olarak kabul edilebilme şartları ve usulü §54 SGB VIII'de düzenlenmiştir.

Reform Kanunu ile vesayet derneğinin çalışanının vasi olarak atanması kanunda ilk kez düzenlenmiştir (§1774 I 4 BGB). Dernek vasisi, vasi olarak atandığında, bu faaliyetini iş ilişkisi kapsamında derneğin kurumsal desteğiyle yürütür. Vesayet derneği ise artık sadece geçici vasi olarak atanabilecektir (§1774 II 1 BGB). Bunun sebebi kanun koyucunun derneğin kendi insan kaynakları çerçevesinde geçiş sürecinde küçük için en uygun vasiyi bulacağı kanaatidir.[44] Gelecekte, vesayet derneğinin değil fakat dernek vasisinin nihai vasi olarak atanmasının, çocuk koruma idaresinin yetkisine tecavüz etmeksizin, vesayetin kişiselleştirilmesine hizmet edeceği de ifade edilmektedir.[45]

İdari vasi olarak §1774 BGB'ye göre Çocuk Koruma İdaresi hem geçici hem de sürekli vasi olarak atanabilir. Atama için Çocuk Koruma İdaresinin onayı aranmaz.[46] İdare, vasinin görevlerinin yerine getirilmesini çalışanlarına devreder ve çalışan, devir kapsamında küçüğün temsilcisi olur. (§55 II ve IV SGB VIII). Reformda §55 V SGB VIII'de yapılan değişiklik ile Çocuk Koruma İdaresinin kayyımlık ve vasilik görevleri işlevsel, organizasyonel ve kişisel olarak kurumun diğer görevlerinden ayrılmıştır. Bu sayede idari vasinin, vesayet görevini, idarenin çıkarlarından bağımsız olarak küçüğün çıkarları doğrultusunda yürütebileceği kabul edilmektedir.[47]

Yeni düzenlemede Çocuk Koruma İdaresinin çalışanlarının vasi olarak atanması imkânı, bu durum kurumun yönetimine ve personel işlerine müdahale teşkil edeceği düşüncesiyle kabul edilmemiştir. Ancak öğretide vesayet derneğinin çalışanları vasi olarak atanabilirken aynı imkânın Çocuk Koruma İdaresi çalışanları için öngörülmemiş olması eksiklik olarak kabul edilmektedir. Eleştirilere göre geçmiş yıllardaki istatistiklere bakıldığında Kurumun vasi olarak atandığı haller derneklere kıyasen sayıca kat be kat fazladır. Kaldı ki iç işlerine müdahale riski aynı şekilde dernekler için de söz konusudur.[48]

3. Geçici Vasi

Reformun yeniliklerinden biri olan '*geçici vasi* (vorläufiger Vormund)' kurumunun öngörülmesinin amacı, tasarıda, her olayda yeterli araştırma yapılmadan Çocuk Koruma İdaresinin vasi atanmasına ilişkin otomatizmi kırmak, böylece mevcut şartlar altında küçüğün refahına en iyi hizmet edecek kalıcı vasiyi bulmak şeklinde ifade edilmiştir.[49] Bu sayede küçüğün vasi atanmasına ilişkin karara ka-

[44] Elmauer ve Kukielka (n 21) 1104.

[45] Bkz Bode (n 15) 126.

[46] Birgit Hoffmann, 'Reform des Vormundschaftsrechts: Besonderheiten bei und nach der Bestellung des Jugendamts zum Pfleger/Vormund sowie im Kontext von Vormundschaften kraft Gesetzes' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 1005, 1006.

[47] Bkz Walther/Wiesner ve Wapler (n 18) para SGB VIII §§55 aF, 110.

[48] Eleştiriler için bkz Elmauer ve Kukielka (n 21) 1103, 1104.

[49] BT-Drs 19/24445, 197, 198.

tılımı da sağlanmış olacaktır.[50] Yeni düzenlemede vasi seçme ve atama sürecinin, eskiye oranla daha uzun zaman alacak şekilde kurgulanmış olması bir diğer neden olarak gösterilmektedir.[51]

Geçici vasi, uzun vadede küçüğe en uygun vasi bulununcaya kadar geçiş dönemi için atanabilir.[52] §1774 II BGB uyarınca sadece vesayet derneği ve Çocuk Koruma İdaresi geçici vasi olarak atanabilir.[53] Geçici vasinin atanması §1781 BGB'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

> [V] *esayet kararı verildiği an itibariyle özellikle küçüğün kendi kişisel ortamında uygun vasiyi seçmek için gerekli araştırmalar tamamlanmadıysa ya da vasi atanabilmesi için geçici bir engel söz konusuysa aile mahkemesi geçici bir vasi atar.* (f I) *Vesayet derneği geçici vasinin görevlerini bireysel çalışanlarına devreder, §1784 BGB uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Vesayet derneği, hangi çalışanının geçici vasi görevini yürütmek üzere görevlendirildiğini geçici vasi olarak atanmasından itibaren en geç iki hafta içinde aile mahkemesine bildirmelidir.* (f II)[54]

Aile mahkemesi, geçici vasi atanmasından itibaren en geç üç ay içinde mümkün olan en kısa sürede vasi atamalıdır. Aile mahkemesi tarafından başlatılan soruşturmalara rağmen küçüğe en uygun vasi henüz belirlenememiş ise bu süre, taraflar dinlendikten sonra mahkeme kararıyla en fazla üç ay daha uzatılabilir (f III). Böylece mahkemeye küçük için en uygun vasiyi bulması için daha fazla süre tanınmak istenmiştir. Çocuk Koruma İdaresinin veya bir vesayet derneği çalışanının nihai vasi olarak atanabilmesi için idarenin ya da söz konusu derneğin daha önce geçici vasi olarak atanmış olması gerekmektedir (f IV). Nihai vasinin atanması ile birlikte geçici vasinin görevi sona erecektir (f V).

---

50 Elmauer ve Kukielka (n 21) 1104.

51 Werner Dürbeck, 'Vormundschaftsrechtsreform: Der vorläufige Vormund - ein Fremdkörper im Verfahrensrecht?' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 1053, 1054. TMK m. 423'te öngörülen düzenleme öğretide '*geçici vasilik*' olarak adlandırılmakta ise de BGB'deki geçici vasiden farklıdır. Adlandırma için bkz Dural, Öğüz ve Gümüş (n 12) 432.

52 Eğer küçüğe uygun bir vasinin bulunmadığı tespit edilir ise yine geçici vasi atamaksızın doğrudan nihai vasi atanabilir. Bkz Bode (n 15) 126.

53 Kanunda her ne kadar vesayet derneklerinin geçici vasi olarak atanması mümkün hale getirilmiş ise de uygulamada maliyetler sebebiyle geçici vasi olarak vesayet derneği yerine her olayda Çocuk Koruma İdaresinin (Jugendamt) tercih edilmesinden; öte yandan gerek maliyetler gerekse küçüğün geçici vasi ile ilişkisini kesmesi sebebiyle nihai olarak başka bir vasinin atanmayabileceğinden endişe edilmektedir. Bkz Elmauer ve Kukielka (n 21) 1104.

54 Söz konusu hüküm çerçevesinde, öğretide, ebeveynlerin, §1782 BGB uyarınca dışladığı kişiler ile hali hazırda yurtta çocuğa bakan kişilerin geçici vasi olarak görevlendirilemeyeceği, ayrıca geçici vasi ataması yapılırken küçüğün dinlenmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bkz Walther/Wiesner ve Wapler (n 18) para SGB VIII §§55 aF, 110.

Geçici vasi kurumuna ilişkin öğretide farklı yaklaşımlar vardır. Kurumu olumlu değerlendiren bir görüşe göre geçici vasilik, küçüğe en uygun vasinin bulunması için zaman kazandırırken, bu süreçte bazı karmaşık ve zor süreçlerin çözülmesi gönüllü vasilik için zemin oluşturabileceği gibi geçici vasi ile küçük arasında kişisel ilişki kurulur ise geçici vasi nihai vasi olarak atanabilir.[55] Öte yandan düzenlemeyi hem küçük hem mahkeme hem de nihai vasi açısından ilave yük teşkil edeceği endişeleriyle eleştirenler de vardır. Eleştirilere göre küçük birden fazla kişi ile vasisi olarak kişisel ilişki kurmak zorunda kalacak, aile mahkemesi açısından yasal süreç uzayacak, nihai vasi ise, geçici vasinin aldığı kararları, kendisi almamış olsa bile uygulamak zorunda kalacaktır.[56] Bu eleştirilen hususlar esasen tasarıda geçici vasiliğin dezavantajları olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte söz konusu dezavantajların küçük için en uygun vasiyi seçmenin sağladığı faydalardan ağır basmadığı ifade edilmiştir.[57]

Eleştirilerin yanı sıra geçici vasi kurumu anayasal bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Federal Anayasa Mahkemesine göre[58] çocukları ebeveynlerinden ayırmak velayet hakkına yönelik en büyük müdahalelerden biri olup GG m 6 uyarınca buna yalnızca çocuğun uzun vadeli tehlikelerden korunması amacıyla ve orantılılık ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalınarak izin verilebilir. Orantılılık ilkesi açısından ise vasi seçimi, anayasaya uygunluk denetiminde velayetin kaldırılması kararının ayrılmaz bir parçasıdır. §1666 ve §1666a BGB uyarınca velayetin geri alınması, vasi olarak çocuğun uygun bir akrabası veya sosyal bağlantısı olan biri yerine dışarıdan birinin atanması durumunda somut olayın koşulları çerçevesinde orantısız olabilir. Dolayısıyla ebeveynlerden velayet haklarını tamamen ya da kısmen geri alan hâkim çocuğun ailesinden ya da sosyal çevresinden bir vasinin varlığına ilişkin gerekli araştırmayı yapmadan geçici bir vasi atadığı takdirde orantılılık testini geçemeyecek, karar anayasaya aykırı olacaktır. Öğretide, bu durumlarda geçici vasiye ilişkin §1871 BGB'nin hariç tutulması ve en uygun vasinin seçimi için öncelikle araştırmanın sonunun beklenmesi gerektiği savunulmaktadır.[59] Usul hukuku açısından §1781 BGB'nin §49 FamFG'de düzenlenen ihtiyati tedbir davalarında göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı da çözülmesi gereken bir sorun olarak görülmektedir.[60]

---

55 Bode (n 15) 126.

56 Wunderlich (n 35) 450.

57 BT-Drs 19/24445, 198.

58 22 Eylül 2014 tarih ve 1 BvR 2018/14 numaralı Karar için bkz <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/09/rk20140922_1bvr210814.html>Erişim Tarihi 15 Ocak 2025.

59 Bkz Dürbeck (n 51) 1055.

60 Hükmün sadece ana davalarda göz önünde bulundurulması gerektiği, gerekçenin aksine (BT-Drucks 19/24445, 197), ihtiyati tedbir kararlarında göz önünde bulundurulmaması gerektiği, nitekim velayet davası henüz netleşmemişken mahkemenin uygun bir vasi aramasının anlamlı olmayacağı yönünde ibid 1056.

4. Vasinin Seçimi

a. Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, küçük için en uygun vasiyi seçmek reformun temel hedeflerinden biri olmuştur. Bu amaçla mahkemenin vasi seçerken göz önünde bulundurması gereken hususlar ayrı bir başlıkta §1778-§1785 BGB arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. §1778 I BGB'ye göre aile mahkemesi öncelikle ebeveynlerin vasiye ilişkin olarak §1782 BGB çerçevesinde bir tasarrufları olup olmadığına bakmalı, söz konusu hükme göre bir atama yapılmayacaksa, küçüğün şahsının ve mallarının korunması açısından en uygun kişiyi vasi olarak seçmelidir.

Seçilen kişi öncelikle vasi atanmak için gerekli şartları sağlamalıdır. Kanunda kimlerin vasi olarak atanamayacağı §1784 BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre fiil ehliyeti bulunmayan (f I), ergin olmayan; vesayetin yürütülmesi için gerekli hususları kapsayan ya da §1825 BGB çerçevesinde rıza kaydı aranan türde kendisine yasal danışman atanan kişiler, ebeveynler tarafından §1782 BGB uyarınca vesayetten dışlanan kişiler, çocuğun yaşadığı tesis ile bağımlı ya da başka bir yakın ilişkisi bulunan kişiler vasi olarak atanamazlar (f II). Hükümde her ne kadar sayılmamış ise de §72a SGB VIII'de sayılan suçları (bakım ve yetiştirme yükümlülüklerinin ihlali, cinsel saldırı, koruma altındaki kişilere kötü muamele vb) işleyen kişilerin de vasi seçilmek için uygun olmadığı kabul edilmektedir.[61]

b. Vasinin Ebeveyn Tarafından Belirlenmesi

Alman Hukukunda ebeveynler, §1782 BGB uyarınca ölümlerinden sonra velayetleri altındaki çocukları için vasi belirleyebilme ya da vasi atanmaması için belirli kişileri dışlama imkanına sahiptirler. §1782 BGB'ye göre;

> [E]*beveynler, ölümleri anında çocuğun şahsı ve malları açısından velayet hakkına sahip olmaları şartıyla, ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir gerçek kişiyi vasi olarak ya da bir karı-kocayı (Ehegatten) müşterek vasi olarak belirleyebilir ya da vesayetten dışlayabilirler. Vasi belirlemesi ya da vesayetten dışlama, çocuk söz konusu ebeveynin ölümünden önce doğmuş olsaydı ilgili ebeveyn (Elternteil) çocuğun şahsı ve malı açısından velayet hakkına sahip olacak idiyse çocuğun doğumundan önce de hüküm ifade edebilir.* (f I) *Ebeveynlerin vasi belirleme veya dışlama konusunda çelişkili vasiyetlerde bulunması durumunda, son ölen ebeveynin vasiyeti geçerli olur.* (f II)

Ebeveynlerin tasarrufu, belirlenen kişinin vasi olarak atanmasına yasal bir engel bulunmadığı sürece aile mahkemesi için bağlayıcıdır.[62] §1783 BGB'de söz konusu kişinin hangi hallerde vasi olarak atanamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre ebeveynler tarafından belirlenen kişinin §1784 uyarınca vasi olmasına engel bir durumu varsa;

---

61 Bkz Strube (n 23) 958.

62 Schwab (n 7) 498.

atanması küçüğün yararına değilse, küçük 14 yaşını doldurmuş olup da atamaya itiraz eder ise, hukuki ya da fiili sebeplerle vesayeti üstlenmesinin önünde engel varsa ve son olarak aile mahkemesinin talebi üzerine dört hafta içinde vasiliği devralmayı kabul etmemesi halinde bu kişi rızası dışında vesayetten bertaraf edilebilir.

Ebeveynlerin ölüme bağlı tasarruf yoluyla vasi belirleme imkânı reformdan önce de vardı (eski §1776 ve §1777 BGB) ancak reform ile bu imkân belirli kişileri vasilikten dışlamayı da içerecek şekilde[63] ve daha önce baba için var olan doğum öncesinde vasi belirleme imkanından anne de faydalanacak şekilde genişletilmiştir.[64]. Ebeveynler ayrıca belirledikleri vasiyi Kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerden muaf tutabilirler (§1801 III BGB). Ancak ebeveynler söz konusu iradelerini sadece ölüme bağlı tasarruf (letztwillige Verfügung) yoluyla ortaya koyabilirler (§1782 I BGB). Ayrıca hükümde vasi için gerçek kişi olma şartı getirildiğinden Çocuk Koruma İdaresinin ya da bir vesayet derneğinin ebeveynler tarafından vasi olarak belirlenmesi mümkün değildir.[65]

Almanya'da noterlik uygulamalarında vasiyetnamelerde ebeveynlerin vasi atamasına ilişkin isteklerine genellikle yer verilmektedir.[66] Öte yandan ebeveynlerin velayet hakkının ölüm yerine kaza ya da hastalık vb sebeplerle sona erme ihtimali de vardır. Bu hallere ilişkin olarak Tasarıda, ebeveynlerin isteklerinin bağlayıcı olmaksızın mahkemece göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir.[67] Kanun koyucunun bu yaklaşımı öğretide eleştirilmektedir. Eleştirilere göre ebeveynlerin iradesinin bağlayıcılığı konusunda kaza ve hastalık halleri ile ölüm arasında yapılan ayrımın nesnel bir dayanağı yoktur. Ayrıca bu yaklaşım, Anayasa m. 6 II çerçevesinde, ebeveynin iradesinin yeterince dikkate alınmadığı anlamına gelmektedir.[68]

c. Vasinin Mahkeme Tarafından Belirlenmesi

Küçük için, ebeveynler tarafından ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir vasi belirlemesi yapılmaz ya da belirlenen kişi ya da kişiler anılan sebeplerle vasi olarak atanamaz ise aile mahkemesi §1778 I BGB uyarınca küçüğün şahsı ve mallarının

---

63 Ebeveynlere belirli kişileri vasi olarak belirlemenin yanı sıra dışlama imkanının da tanınması öğretide olumlu bir gelişme olarak nitelendirilmektedir. Bkz Claus-Henrik Horn, 'Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts: fast der große Wurf' (2020) 27 Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 748, 749.

64 Böylece nadir de olsa doğumdan önce annenin hayatını kaybettiği ancak bebeğin yaşamaya devam ettiği halleri de kapsaması istenmiştir. Bkz Steffen Ott, 'Die Reform Des Vormundschafts- Und Betreuungsrechts Und Ihre Auswirkungen Auf Die Vormundbenennung Durch Letztwillige Verfügung' [2022] Mitteilungen des Bayersichen Notarvereins 533, 534.

65 ibid 533, 534. Ebeveynlerin Çocuk Koruma İdaresini vesayetten dışlamaları da mümkün değildir. Bkz Hoffmann (n 46) 1005.

66 Zander (n 21) 324.

67 BT-Drs 19/24445, 200.

68 Eleştiriler için bkz Müller-Engels (n 19) 667; David Siegel ve Judith Kraus, 'Die Auswirkungen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts auf die notarielle Praxis' (2022) 121 Deutsche Notar-Zeitschrift 906, 915; Zander (n 21) 324.

korunması açısından en uygun kişiyi vasi olarak seçmelidir. Vasi seçimi anayasal açıdan da önem arz etmektedir. Nitekim uygun bir akraba veya sosyal çevreden biri yerine dışarıdan birinin vasi olarak atanması, velayetin geri alınmasını anayasaya aykırı hale getirebilecek bir durumdur.[69]

Aile mahkemesinin vasi seçerken göz önünde bulundurması gereken hususlar §1778 II BGB'de üç bent halinde sayılmıştır. Buna göre, seçim yapılırken, 1. küçüğün iradesi, aile ilişkileri, kişisel bağları, dini inançları ve kültürel geçmişi, 2. ebeveynlerin gerçek veya varsayılan iradeleri, 3. küçüğün yaşam koşulları göz önünde bulundurmalıdır.

Mahkeme tarafından vasi seçimini düzenleyen §1778 BGB içerik olarak önceki düzenlemeye göre (eski §1779 BGB) önemli değişiklikler içermektedir. İlk olarak, vasi seçiminde küçüğün iradesinin (der Wille des Mündels) öncelikle dikkate alınması gerekliliği reformun getirdiği yeniliklerden biridir. Küçüğün kültürel geçmişi de reformda eklenen kriterlerden biridir (§ 1778 II 1 BGB). Reformun getirdiği bir diğer yenilik 14 yaşını doldurmuş temyiz gücüne sahip küçüklere tanınan, dernek ya da Çocuk Koruma İdaresi tarafından vasi olarak görevlendirilen kişinin seçiminin mahkeme kararıyla incelenmesini talep edebilme imkanıdır (§168 III ve §291 FamFG). Mahkeme, küçüğün herhangi bir önemli nedene aykırı olmayan önerisine uyulmaması veya seçilen kişinin bu bakımı sağlamaya uygun görülmemesi halinde dernek veya makamın başka bir kişiyi seçmesine karar verebilecektir (§168 III ve §291 FamFG). Bu imkân sayesinde 14 yaşını doldurmuş olan küçük her zaman vasi değişikliğini talep edebilecektir.

Yine eski düzenlemeden farklı olarak vasinin sadece uygun olması yeterli olmamakta, küçüğün somut yasam şartları çerçevesinde en uygun kişi olması gerekmektedir (§ 1778 II 3 BGB). Bu ifadesiyle kanun koyucunun bakış açısını değiştirdiği kabul edilmektedir. Buna göre yeni düzenlemede ilk aşamada vasi ile küçük arasındaki eşleşmeye daha sonra uygunluğa odaklanılmaktadır.[70] Yoksa hüküm vasi olarak seçilecek kişinin üstün özelliklere ve yeteneklere sahip olması gerektiği anlamında değildir.[71]

Vasi olarak seçilecek kişinin vesayeti yürütmeye uygun olup olmadığı belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken hususlar §1779 I BGB'de dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre bir gerçek kişi, vesayeti; 1. bilgisi ve deneyimi, 2. kişisel özellikleri, 3. kişisel ilişkileri ve mali durumu ve 4. küçüğün yetiştirilmesinde görev alan diğer kişilerle çalışma yeteneği ve istekliliğine göre küçüğün refahının gerektirdiği şekilde yönetmeye uygun olmalıdır. Bu çerçevede aile mahkemesi gönüllü vasi, profesyonel vasi, dernek vasisi ve Çocuk Koruma İdaresi arasından küçüğün şahsına ve malına bakmaya en uygun vasiyi seçebilir. Bununla birlikte

---

69 Bkz Strube (n 23) 957.

70 Wunderlich (n 35) 448.

71 Strube (n 23) 957.

hükmün ikinci fıkrasında vesayeti gönüllü olarak yürütmeye uygun ve istekli bir gerçek kişi varsa bu kişinin (gönüllü vasinin) diğer üç tür vasiye göre önceliği olduğu ifade edilmiştir. Gönüllü vasinin, diğer vasi türlerine göre küçüğe daha çok zaman ayıracağı, kişisel bağlılık ve ilgi göstereceği kabul edilmektedir.[72] Ancak gönüllü vasinin önceliği yalnızca diğer vasi türleri ile eşit niteliklere sahip olması durumunda geçerlidir.[73]

Profesyonel vasi, dernek vasisi ve idari vasi arasında ise yasal anlamda bir hiyerarşi söz konusu olmayıp aile mahkemesi küçüğün refahını göz önünde bulundurarak §1778 ve §1779 BGB'de öngörülen kriterler çerçevesinde atanacak vasiyi takdir eder.[74] Nitekim değişiklikten önce §56 IV 1 SGB VIII'de yer alan, idarenin, kayyım ya da vasi olarak görevden alınmasının çocuğun yararına olup olmadığını yıllık olarak kontrol etme ve mahkemeyi bilgilendirme yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu sebeple artık Çocuk Koruma İdaresinin diğer tüm vasi türleri karşısında ikincil olduğuna ilişkin yaklaşımın geçerliliği kalmamıştır[75].

Çocuk Koruma İdaresinin her olayda otomatik olarak vasi atanmasını engellemek isteyen Kanun koyucunun, onun karşısında dernek vasisine öncelik vermemiş olması öğretide çelişkili bulunmaktadır. Eleştirilere göre vasi atamasında vesayet derneğinin kişisel olarak belirlenmiş çalışanına idarenin kişisel olmayan görevlisine göre öncelik verilmesi reformun '*kişi odaklılık*' hedeflerine daha uygundur. Ancak böyle bir önceliğe reformda yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak masrafları üstlenme zorunluluğundan dolayı devletin yargı fonları açısından, aynı düzeyde uygun olmaları halinde idari vasinin atanması gerektiği sonucuna dahi ulaşmak mümkün görünmektedir.[76] Bu yorum şekli ise zaman içinde vesayet derneklerinin zayıflamasına sebebiyet verebilecek niteliktedir.[77]

Çocuk Koruma İdaresi, §53 SGB VIII uyarınca, vasi seçiminde mahkemeye yardım etmekle yükümlüdür. İdarenin söz konusu hükümde öngörülen yükümlülükleri reformda genişletilmiştir. İdare vasi olarak atanmaya uygun kişileri aile mahkemesine tavsiye etmeli (§53 I SGB VIII), en uygun vasinin bulunması için hangi işlemlerin yapıldığını, özellikle gönüllü bir vasi bulunamamış ise bunun sebebini gerekçeli olarak açıklamalıdır (§53 II SGB VIII).[78] İdareye ayrıca vasi ve kayyımlara tavsiye ve destek yükümlülüğü getirilmiştir (§53a SGB VIII). Söz konusu hükümde bu husus vasiler ve kayyımlar açısından bir hak olarak ifade edilmiştir. Buna

---

72 ibid 960.

73 BT-Drs 19/24445, 131.

74 Elmauer ve Kukielka (n 21) 1104; Hoffmann (n 46) 1006. Ayrıca bkz BT-Drs 19/24445, 194.

75 Hoffmann (n 46) 1006.

76 Nitekim somut olayda idari vasinin profesyonel vasiye tercih edilebileceğini benimseyen yazarlar da vardır. Bkz Schwab (n 7) 499.

77 Eleştiriler için bkz Elmauer ve Kukielka (n 21) 1104.

78 İdareye, belirtilen hususlarda gerekçelendirme yükümlülüğünün getirilmesi öğretide olumlu karşılanmaktadır. Bkz Elmauer/Wiesner ve Wapler (n 18) para SGB VIII §53, 19.

göre vasiler ve kayyımlar, İdareden küçüğün yetiştirilmesinde onun ihtiyaçlarına uygun düzenli tavsiye ve destek alma hakkına sahiptir (f I ve IV).[79] İdare, vasilerin ve kayyımların küçüğün yetiştirilmesi ve bakımıyla ilgilenmelerini sağlamalı, belirlenen eksikliklerin giderilmesini sağlamak için tavsiyelerde bulunmalıdır (f II).[80]

5. Vasinin Görevi Kabul Yükümlülüğü

Aile mahkemesi tarafından vasi olarak seçilen kişinin vesayeti kabul yükümlülüğü §1785 BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre aile mahkemesi tarafından seçilen kişi, ailevi, mesleki ve diğer koşullar dikkate alındığında kendisinden bu görevi üstlenmesi beklenebiliyorsa, vesayet görevini üstlenmekle yükümlüdür (f I). Söz konusu kişi vesayeti kabul ettiğini açıkladığı takdirde vasi olarak atanabilir (f II). Vesayet derneği ve dernek vasisi de ancak derneğin muvafakatiyle atanabilir (f III). Hükümde her ne kadar seçilen kişi açısından vesayeti kabul yükümlülüğü öngörülmüş ise de Reform Kanunundan sonra haksız retlere karşı zorlayıcı tedbirlerin uygulanması terkedilmiştir.[81]

6. Vasinin Atanması

a. Genel Olarak

Reform Kanunu ile en çok değişiklik yapılan kanunlardan birinin de FamFG olduğunu daha önce ifade etmiştik. BGB'de yer alan ve kısmen maddi hukuku da ilgilendiren usul hukukuna ilişkin hükümler (örneğin mahkeme tarafından vasi seçimine ilişkin eski §1779 III BGB) FamFG'ye aktarılmıştır. Çocuklara ilişkin hususları konu alan yargılama §151 FamFG ve devamı paragraflarda düzenlenmiştir. Vasi atanması dahil vesayete ilişkin işlemler §151 I 4 FamFG uyarınca aile mahkemelerinin görev alanına girmekte olup yargılamaya ilişkin olarak bu kısımdaki ilkeler geçerlidir.

Vasinin seçimi §168 FamFG'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, önemli bir gecikmeye sebebiyet vermeyecekse, vasi seçerken yakın aile üyelerini ve söz konusu çocuğun güvendiği kişileri dinlemelidir (§168 I FamFG). Küçüğe en uygun vasi bulunmasında, aile bağları çerçevesinde çocuğun yakın bağa sahip olduğu kabul edilen aile bireylerinin de vasi seçiminde dikkate alınma hakları olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi, GG m. 6 çerçevesinde ailenin korunmasının yakın akrabalar, özellikle büyük anne-baba ile torunları arasındaki aile bağlarını da kapsadığı, temel hakların korunmasının vasi veya kayyım seçilirken yakın akrabaların dikkate alınma hakkını da içerdiği, dola-

---

79 Söz konusu hüküm sayesinde gönüllü vasilerin belirli bir alanda uzmanlığa sahip olmamalarının onların en uygun vasi olarak değerlendirilmelerine engel teşkil etmeyeceği, idarenin tavsiye ve destekleriyle bu eksikliğin telafi edilebileceği yönünde bkz Strube (n 23) 960.

80 Hükümde sadece vasi ve kayyımlardan söz edildiğinden, hükmün ifadesinin vesayet derneklerin ve dernek vasilerinin tavsiye ve destek ihtiyacı olmadığı şeklinde yanlış anlamaya müsait olduğu yönünde eleştiri için bkz Elmauer/Wiesner ve Wapler (n 18) para SGB VIII §53, 20.

81 Schwab (n 7) 501.

yısıyla bu kişilerin, somut olayda üçüncü bir kişinin seçilmesinin küçüğün yüksek yararına daha iyi hizmet edeceğine dair somut deliller bulunmadığı sürece, akraba olmayan kişilere göre önceliği bulunduğuna karar vermiştir.[82]

b. Birden Fazla Vasi Atanması

'*Birden fazla vasi* (mehrere Vormünder)' başlığını taşıyan §1775 BGB'ye göre sadece eşler birlikte (gemeinschaftlich) vasi atanabilirler. (f I) Birlikte vasi atanan eşler iş birliği yapmakla yükümlüdürler. Aralarında anlaşmazlık çıkması durumunda Aile Mahkemesi görüş ayrılığını karara bağlar (§1793 I b.1). Kardeşler için ise her birine ayrı vasi atanmasını gerektiren özel bir sebep bulunmadıkça tek bir vasi atanmalıdır. (f II)

Reformda eski §1775 BGB'de yer alan, özel durumlarda birden fazla vasi atanabilmesine ilişkin imkân kaldırılmıştır. Bu değişikliğin bir sonucu olarak ebeveynlerin, ölüme bağlı tasarrufla çocuklarının kişisel ya da malvarlığına ilişkin hususlarda farklı kişileri vasi olarak belirlemeleri de artık mümkün değildir.[83] Yasal danışmanlık hukukunda yetişkinler açısından birden fazla yasal danışman atanması mümkün kılınmış iken vesayette bu imkânın kaldırılması öğretide eleştirilmektedir.[84]

C. Vesayetin Yürütülmesi

1. Genel Olarak

Vesayetin yürütülmesi (Führung der Vormundschaft) §1788-§1801 BGB arasında düzenlenmiştir. Başlığın ilk bölümünde (Kapitel) genel hükümlere yer verilmiştir. Burada öncelikle küçüğün hakları bentler halinde sayılmıştır (§1788); daha sonra vasinin bakımı ile küçüğün temsili ve sorumluluğu (§1789), vasinin görevini yerine getirirken göz önünde bulundurması gereken hususlar ve bilgi verme yükümlülüğü (§1790), vasinin küçüğü kendi yanına alması (§1791), vesayetin müştereken yürütülmesi, vasi ile kayyımın birlikte çalışması (§1792) ve anlaşmazlıkların çözümü (§1793), son olarak vasinin sorumluluğu (§1793) düzenlenmiştir. İkinci bölümde küçüğün kişisel bakımı (Personensorge) (§1795-§1797), üçüncü bölümde malvarlığının korunması (Vermögensorge) (§1798-1801) düzenlenmiştir.

2. Küçüğün Hakları

Vesayet hukukunda küçüğün hakları §1788 BGB'de beş bent halinde sayılmıştır. Buna göre küçük özellikle, 1. kendi sorumluluğunu alabilen ve sosyal açıdan yetkin bir kişiliğe sahip olabilmek için gelişim ve yetiştirilme desteği 2. şiddet, bedensel ceza, ruhsal yaralanma ve diğer küçük düşürücü tedbirlerden arındırılmış bakım ve yetiştirilme 3. vasi ile kişisel iletişim kurma, 4. iradesine, kişisel bağlarına, dini

---

82 24 Haziran 2014 tarih ve 1 BvR 2926/13 numaralı Karar için bkz <https://www.bverfg.de/e/rs20140624_1bvr292613.html> Erişim Tarihi 15 Ocak 2025.

83 Bode (n 15) 126.

84 Bkz Horn (n 63) 749.

inançlarına ve kültürel geçmişine saygı ve 5. gelişim düzeyi elverdiği derecede kendisini etkileyen hususlarda katılım sağlama haklarına sahiptir.

Bu haklar Reform Kanunu ile ilk kez yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Düzenlemenin amacı, vesayette kişisel bakımı güçlendirmek ve küçüğün kişisel konumunu vurgulamaktır.[85] Tasarıda, küçüğün eğitim ve bakıma ilişkin haklarının velayete atıfla dolaylı olarak düzenlenmesinin yeterli olmadığı, geçmişte; vasilik makamının genellikle yasal temsilci olarak küçük için gerekli irade açıklamalarında bulunulması ve varsa malvarlığını yönetilmesi ile karakterize edildiği, öte yandan bakımın asıl sorumluluğunun koruyucu ailede ve onu Çocuk Koruma İdaresinde kontrol eden sosyal hizmette bulunduğu; çoğu zaman vasinin küçüğü kişisel olarak tanımadığı, yalnızca dosyayı bildiği; artık küçüğün yetiştirilmesi ve gelişiminde vasinin sorumluluğuna odaklanan bir düşünce değişikliği yaşandığı ifade edilmiştir.[86]

Hükümde sayılan haklar aslında tamamen yeni değildir. Yeni olan, bu hakların, daha önce vasi açısından birer yükümlülük olarak görülürken şimdi küçüğün hakkı olarak öngörülmüş olmasıdır.[87] Bu düzenleme ile küçüğün kendi kendine yeten ve sosyal açıdan yetkin bir kişi olabilmesi için gelişiminin ve yetiştirilmesinin desteklenmesine yönelik hakkı standartlaştırılmıştır.[88] Hükmün ikinci bendinde sayılan haklar velayette çocuğun ebeveynlerine karşı sahip olduğu §1631 II BGB'de sayılanlarla paralel olarak düzenlenmiştir. Hükmün 3 ve 4. Bentlerinde sayılan, küçüğün vasi ile iletişim kurma hakkı ile iradesine, kişisel bağlarına, dini inançlarına ve kültürel geçmişine saygı hakkı vesayete özgü haklardır.

Kişisel iletişim kurma hakkı vasinin küçük ile kişisel ilişki kurması ile anlam kazanır. Yoksa bürokratik görevlerin yerine getirilmesi bu hakkın sağlanması açısından yeterli değildir. Vasi profesyonel kayyımların raporları ya da beyanları ile yetinmemeli, küçüğü ayda en az bir kez yaşadığı yerde ziyaret etmelidir.[89] Kişisel iletişim bağlamında, vasinin ziyaretine küçüğün bizzat karar verip veremeyeceği ya da covid-19 vb dönemlerin söz konusu olması halinde başka bir yerde ya da uzaktan çevrimiçi görüşmenin kanundaki şartı sağlayıp sağlamayacağı hususlarında gerekçede açıklık yoktur. Vasi ile görüşmenin nerede, nasıl ve ne sıklıkla olacağına

---

85 BT-Drs 19/24445, 127.

86 BT-Drs 19/24445, 127, 128.

87 Wunderlich (n 35) 448. İlk bentteki hak esasen yetiştirmenin temel hedefi olarak §1 SGB VIII'de belirtilmiştir. İkinci bentte yer alan şiddetten arındırılmış eğitim ve bakım hakkı velayette §1631 II BGB'nin vesayet hukukundaki yansımasıdır. Üçüncü bentte yer alan vasi ile kişisel iletişim kurma hakkı esasen vasinin küçükle iletişim kurma ve onu belirli aralıklarla ziyaret etme yükümlülüğü olarak mevzuatta yer almaktadır (§1790 III BGB). Küçüğün dini inançları açısından ise reformdan önce '*dini eğitim*' kenar başlığını taşıyan eski §1801 BGB'de vasi küçükle aynı mezhepten değilse dini eğitimin aile mahkemesi tarafından vasiden alınabileceği ifade edilmekteydi. Reform sonrası bu düzenleme yürürlükten kaldırılarak yerine küçüğün dini inancına saygı hakkına Kanunda yer verilmiştir.

88 Bode (n 15) 126.

89 ibid.

küçüğün karar verebilip veremeyeceği hususunda öğretide, §1788 BGB'nin beşinci bendinden hareketle, yaşı ilerledikçe küçüğün daha çok söz sahibi olması gerektiği savunulmaktadır.[90] Haklarını etkin bir şekilde kullanabilmesi için, küçük yaşına uygun bir şekilde bilgilendirilmelidir. Özellikle 14 yaşın üzerindeki küçüklerin dinlenilme ve itiraz hakları konusunda bilgilendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[91]

3. Vasinin Hak ve Yükümlülükleri ile Küçüğü Temsili

a. Genel Olarak

Kanunda vasinin hak ve yükümlülükleri, küçüğün hakları ile uyumlu olarak düzenlenmiştir. Küçüğün şahsına ve mallarına bakmak vasi açısından hem hak hem de yükümlülük olarak nitelendirilmiştir. §1789 I BGB'ye göre vasi -kendisine kayyım ile birlikte devredilmediği sürece- kayyıma devredilen hususlar hariç çocuğun şahsına ve malına ilişkin hususlarda görev (Pflicht) ve hak (Recht) sahibidir. Esasen bu düzenleme değişiklikten önce de benzer şekilde Kanunda yer almaktaydı (eski § 1793 I BGB). Hükümde asıl değişiklik vasinin temsil yetkisi üzerinde olmuştur.

Değişiklikten önce vasinin temsil yetkisi küçüğün kişisel bakımının bağımsız özel bir alanıymış gibi düzenlenmişti (eski § 1793 I BGB). Yeni düzenlemede ise temsil ayrı bir paragrafta kişisel bakımın bir sonucu olarak düzenlenmiştir. §1789 II BGB'ye göre '*Vasi küçüğü temsil eder.*' Yasal danışmanların temsil yetkisine ilişkin §1824 BGB'de öngörülen istisnalar burada da uygulanır; aile mahkemesi çıkar çatışması durumunda belirli hususlarda vasinin temsil yetkisini kaldırabilir (§1789 II BGB). Vasinin temsil yetkisi çerçevesinde kurulan hukuki işlemlerden küçük §1629a BGB uyarınca reşit olduğu anda sahip olduğu varlıklarla sınırlı olarak sorumlu olur (§1789 III BGB). Vasinin aile mahkemesinin onayını alması gereken haller §1795 II BGB'de sayılmıştır.

Vasi bağımsızdır ve vesayeti küçüğün refahı için onun çıkarları doğrultusunda yürütmek zorundadır (§1790 I).[92] Vasi küçüğün, kendi sorumluluğunu alarak bağımsız bir şekilde hareket etme hususunda gelişen yeteneğini ve ihtiyacını göz önünde bulundurmalı ve onu desteklemelidir. Böylece daha önce ebeveynler için öngörülen bu ilke, §1626 II BGB'ye paralel olarak, vasi için de açıkça düzenlenmiştir. Vasi, kişisel ve mali hususlarda vesayet altındaki küçükle istişare etmeli ve gelişim düzeyinin gösterdiği ölçüde onu kararlara dahil ederek onunla fikir birliği sağlamaya çalışmalıdır. Vasi, küçüğün ebeveynleri ile arasındaki ilişkiyi de dikkate almalıdır (§1790 II BGB).

Değişiklikten önce vasinin küçükle kişisel iletişimi sürdürmesi gerektiği ifade edilmişti. Yeni düzenlemede küçükle kişisel iletişim kurmak vasi açısından hem

---

90 Wunderlich (n 35) 448.

91 Bode (n 15) 126.

92 Hükmün gerekçesinde '*bağımsızlık'* ifadesi vasinin, diğer çıkarlardan bağımsız olarak vesayet altındaki küçüğün çıkarlarını gözetmesi gerektiği ve sadece onun refahından sorumlu olduğu şeklinde açıklanmıştır. Bkz BT-Drs 19/24445, 204.

yükümlülük hem de hak olarak nitelendirilmiştir (verpflichtet und berechtigt). Vasi, küçüğü, daha kısa veya daha uzun ziyaret aralıkları veya başka bir yer gerektirmediği sürece, kural olarak ayda bir kez her zamanki yerinde ziyaret etmelidir (§1790 III BGB). Hükmün gerekçesinde vasinin bu hak ve yükümlülüğünün, küçüğün bakıcı yanında ya da bir kurumda yaşadığı hallerde söz konusu olduğu, bununla birlikte bakıcının evine, mülküne veya tesisine onun rızası dışında girme iznini kapsamadığı ifade edilmiştir.[93]

b. Vasinin Bilgi Verme Yükümlülüğü

Vesayet hukukunda vasi, §1790 IV BGB uyarınca, meşru bir menfaat söz konusu ise talep halinde, küçüğün yakın akrabalarına veya güvenilen diğer kişilere küçüğün kişisel durumu hakkında, onun çıkarlarına aykırı olmadığı ve kendisi (vasi) açısından makul olduğu sürece bilgi vermelidir. Bu yükümlülük reformun getirdiği yeniliklerden biridir. Düzenleme aynı zamanda hükümde anılan akraba ve güvenilir kişilere vasi karşısında bilgi alma hakkı vermektedir.

Küçüğün gerçek durumuna ilişkin söz konusu bilgi olmadan ailevi veya yaşamsal bir sorumluluğun yerine getirilebilmesi mümkün olmadığı takdirde meşru bir menfaatin varlığı kabul edilmektedir.[94] Meşru menfaat bulunsa bile bilgi verilmesi küçüğün çıkarlarına aykırı olmamalıdır. Vasi bilgi taleplerini özellikle ilerleyen yaşlarda küçükle görüşmelidir (§1788 V BGB). Bilgi talebi yerine getirilmeyen akraba ya da güvenilir kişi aile mahkemesine başvurabilir (§1802 BGB). Vasinin bilgi verme yükümlülüğü açısından hükümde çocuğun rızası aranmamıştır. Bu sebeple öğretide çocuğun kişilik hakkının korunması açısından söz konusu hüküm kaygı verici olarak nitelendirilmektedir.[95]

c. Vasinin Raporlama Yükümlülüğü

Vasinin raporlama yükümlülüğü §1802 BGB'nin atfıyla §1863 ve §1864 BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre görevi üstlenen vasi üç ay içinde küçüğün kişisel ilişkilerine ilişkin bir ilk rapor (Anfangsbericht) hazırlayıp sunmalıdır (§1863 I BGB kıyasen). Küçükle aile ilişkisi ya da kişisel bağı bulunan gönüllü vasiler bu rapordan muaf tutulmuştur. Ancak bu halde aile mahkemesi gönüllü vasi ile bir görüşme yapabilir (§1863 II BGB kıyasen). Vasi ayrıca yılda en az bir kez küçüğün kişisel durumu hakkında mahkemeye rapor vermelidir (§1863 III BGB kıyasen). Velayet sona erdiğinde ise vasi tarafından nihai rapor düzenlenir (§1863 IV BGB kıyasen). Bununla birlikte aile mahkemesinin talebi halinde vasi vesayetin yürütümü, küçüğün kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi vermelidir (§1864 I BGB kıyasen). Küçüğün kişisel ve ekonomik durumundaki önemli değişiklikler ise, talep aranmaksızın, derhal aile mahkemesine bildirilmelidir (§1864 II BGB kıyasen).

---

93 BT-Drs 19/24445, 204.

94 Bkz Wunderlich (n 35) 453.

95 Bkz Schwab (n 7) 506.

Mahkeme uygun durumlarda, gelişim düzeyine göre, küçüğün kişisel durumuna ilişkin olarak vasinin vermiş olduğu ilk rapor ve yıllık raporlar ile yönetilen varlıkların kapsamı gerektiriyorsa muhasebe dökümünü, küçüğün kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin önemli değişiklikleri küçükle şahsen görüşmelidir. Bu görüşmeye vasi de çağrılabilir (§1803 I 2 BGB).

4. Küçüğün Kişisel Bakımı (Personensorge)

a. Genel Olarak

Vesayet hukukunda küçüğün kişisel bakımına ilişkin hususlar §1795- §1797 BGB arasında düzenlenmiştir. §1795 I BGB'de küçüğün haklarına vurgu yapılmıştır. Buna göre kişisel bakım, küçüğün, §1788 kapsamındaki hakları dikkate alınarak, ikamet yerinin belirlenmesi başta olmak üzere onun bakımını, eğitimini ve gözetimini içerir. Vasi küçüğü kendi evine almasa dahi onun kişisel bakımından sorumlu olup bakımını ve yetiştirilmesini bizzat temin ve teşvik etmelidir. Velayete ilişkin §1631a ila §1632 IV c1 BGB'ye kadar olan kısım burada da uygun düştüğü ölçüde uygulanır.[96] Yeni düzenlemeyle vasi, çocuğun yaşam şartlarını neredeyse hiç bilmeyen, vesayeti dosya üzerinde yürüten bir organizatör ya da temsilci olmaktan çıkarılarak, küçük onunla birlikte yaşamasa dahi vesayet hakkına sahip sorumlu kişi olarak belirlenmiştir.[97]

Kişisel bakıma ilişkin olarak, vasinin aile mahkemesinin onayını alması gereken hususlar §1795 II BGB'de üç bent halinde sayılmıştır. Bunlar 1. bir yıldan uzun süreli eğitim sözleşmeleri, 2. küçüğü kişisel olarak hizmet sağlama yükümlülüğü altına sokan bir yıldan uzun süreli iş ya da hizmet ilişkisi kuran sözleşmeler ve 3. küçüğün mutat ikametgahının yurtdışına taşınmasıdır. Mahkeme, küçüğün §1788 BGB'de sayılan haklarını dikkate alarak, işlem ve değişiklik çocuğun refahına aykırı değilse onay verir (f III). Bu arada küçük reşit olursa onun onayı mahkemenin onayı yerine geçer (f IV).

b. Küçüğün Bakıcı ile Birlikte Yaşaması

Vesayet hukukunda bakıcı (Pflegeperson), tasarıda, çocuğun uzun süre ya da uzun süredir birlikte yaşadığı, asıl ailesi dışında, bakım ilişkisinin türü ve bakım izninden bağımsız olarak, yanında aile benzeri şekilde bakılıp yetiştirildiği kişi olarak tanımlanmıştır.[98] §1796 III BGB'de ise küçüğe bir tesiste gece ve gündüz veya başka bir yaşam şekli içinde bakan ve yetiştiren ya da küçüğün sosyal pedagojik bakımını üstlenen kişinin bakıcı statüsünde olacağı ifade edilmiştir.

---

96 Dolayısıyla küçüğü özgürlüğünden mahrum bırakacak şekilde bir yerleştirme veya tedbir velayette olduğu gibi aile mahkemesinin onayına bağlıdır (§1631b BGB kıyasen).

97 BT-Drs 19/24445, 128.

98 BT-Drs 19/24445, 193.

Küçüğün vasi değil de bakıcı ile birlikte yaşadığı durumda vasi ile bakıcı arasındaki ilişki §1796 BGB'de düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre vasi, bakıcının ihtiyaçlarını dikkate almalı, kişisel bakımla ilgili kararlar alırken bakıcının görüşünü göz önünde bulundurmalıdır. İkinci fıkrada, vasi ile kayyım arasında karşılıklı bilgi sağlama ve iş birliği yapma yükümlülüğünü düzenleyen §1792 II BGB'ye atıf yapılmıştır.

Bakıcı yanında kalan küçük ile vasi arasındaki ilişkinin, küçüğün kişisel bakımını da sağlayacak ve vasinin gerçek anlamda küçüğün sorumluluğunu alacak şekilde yapılandırılması vesayet hukukunun temel sorunlarından biri olarak görülmektedir.[99] Küçüğün bakıcıyla birlikte uzun süre yaşaması halinde, §1797 BGB'de bakıcıya, gündelik meselelerde karar alma ve bu konuda vasiyi temsil etme hakkı tanınmıştır (f I). Gündelik meselelere örnek olarak rutin tıbbi prosedürler veya okulla ilgili hususlar verilmektedir.[100] Vasi, küçüğün çıkarları gerektiriyorsa, bakıcıya bildirimde bulunarak bu yetkileri sınırlayabilir veya hariç tutabilir (f III). Bu sınırlamayı vasi tek taraflı irade beyanıyla, mahkemenin onayı aranmaksızın, yapabilir.[101] Söz konusu düzenleme ile velayette bakıcının karar verme yetkisini düzenleyen §1688 BGB vesayete dahil edilmiştir.[102] §1688 BGB'ye göre uzun süre aile yanında yaşayan çocuk için bakıcının günlük yaşamla ilgili konularda karar verme ve bu tür konularda ebeveynlik sorumluluğunu elinde bulunduran kişiyi temsil etme hakkı vardır. Vesayette de §1797 BGB uyarınca bakıcı belirtilen hususlarda vasiyi (küçüğü değil) temsil edebilecektir.[103] Ancak reformda, velayette bakıcının §1688 I c2 uyarınca çocuğun kazancını yönetme ve çocuk için nafaka, sigorta, geçim ve diğer sosyal yardımları talep etme ve yönetme yetkisinin vesayette de olup olmadığı netleştirilmemiştir.

c. Kayyım Olarak Bakıcı

Vesayet hukukunda bakıcının, bakıma ilişkin bazı hususlarda kayyım olarak atanması reformun getirdiği yeniliklerden biri olup §1777 BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre aile mahkemesi bakıcının, vasinin ya da 14 yaşını doldurmuş ise küçüğün talebi üzerine bazı şartlar altında bakıma ilişkin belirli ya da belirli tür hususları bakıcıya kayyım olarak devredebilir. Bu şartlar hükmün ilk fıkrasında 1. küçük uzun süredir bakıcı ile birlikte yaşıyor veya bakım ilişkisi kurulduğunda aralarında kişisel bir bağ zaten mevcut ise, 2. bakıcı veya vasi devre ilişkin olarak diğerinin talebini kabul ederse ve 3. devir küçüğün refahınaysa şeklinde üç bent halinde sayılmıştır. Bu şartlara ilave olarak küçüğün itirazları da dikkate alınmalıdır (f I).

---

99 Schwab (n 7) 497.

100 Horn (n 63) 749.

101 Schwab (n 7) 504.

102 Wunderlich (n 35) 452.

103 Ancak söz konusu hususlarda vasinin temsil yetkisinin devam edip etmeyeceği, devam ediyor ise çelişkili işlemler tartışma konusu olabilecektir. Bkz Schwab (n 7) 504.

Kayyım olarak devredilen hususlar hakkında bakıcı tek başına sorumlu ve yetkili olur.[104] Kayyım ile vasi arasındaki karşılıklı bilgi ve iş birliği yükümlülüğünü düzenleyen §1792 II BGB burada da uygulama alanı bulur. Düzenlenmesi küçük için büyük önem taşıyan hususlar ise yalnızca vasi ile birlikte ele alınmak üzere bakıcıya devredilir (§1777 II BGB). Bu hususlar hakkında bakıcı ve vasi karşılıklı anlaşmayla karar verirler ve sorumluluğu birlikte taşırlar.[105] Ancak bu fıkrada yer alan bakıma ilişkin '*düzenlenmesi küçük için büyük anlam taşıyan hususlardan* (Sorgeangelegenheiten, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung)' ne anlaşılması gerektiği net değildir. Öğretide bu hususlar, küçüğün somut yaşam şartları ve yaşının yanı sıra bireysel ilişkileri çerçevesinde çocuğun gelişimi üzerinde ağır ya da değiştirilemeyen etkileri olan kararları gerektiren hususlar olarak tanımlanmakta ve kavramsal olarak net bir ayrımın mümkün olmadığı ifade edilmektedir.[106] Aksi takdirde mahkemenin günlük meselelerle önemli meseleler arasında ayrım yapması neredeyse hiç mümkün olmayacak ve her olayda vasi ve kayyım birlikte sorumlu tutulmak zorunda kalınacaktır.[107]

Vasi ve kayyım, birlikte sorumlu oldukları hususlarda §1792 IV BGB uyarınca karşılıklı anlaşmayla karar vermek zorundadırlar. Aralarında anlaşma sağlanamaz ise §1793 BGB uyarınca vasinin, kayyımın ya da 14 yaşını doldurmuş ise küçüğün başvurusu üzerine aile mahkemesi anlaşmazlığı çözer. Bu durumda mahkemenin tamamen yeni bir çözüme karar veremeyeceği, anlaşamayan taraflardan birinin görüşünü tercih etmesi gerektiği kabul edilmektedir.[108]

Bakıcının kayyımlığının sona ermesinde, bir sonraki başlıkta ele alacağımız ilave kayyımı düzenleyen §1776 II BGB uygulama alanı bulur. Diğer hususlarda reşit olmayanlar için kayyımlığa ilişkin hükümler (§§1809-1813 BGB) uygulanır. Halihazırda kayyıma devredilmiş hususlarda bakıcı kayyım olarak atanamaz (§1777 IV BGB).

d. İlave Kayyım

'*İlave kayyım* (zusätzlicher Pfleger)'[109] §1776 BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre aile mahkemesi gönüllü vasinin atanması sırasında ya da sonradan, onun rızasıyla, bakıma ilişkin belirli ya da belirli tür hususlar için küçüğün refahına hizmet edecekse kayyım atayabilir (f I). Hükümde belirtilen hususlar Kanunun gerekçesin-

---

104 ibid 505.

105 BT-Drs 19/24445, 129.

106 Bkz Wunderlich (n 35) 451.

107 ibid.

108 İstenen bu ise neden §1628 BGB'nin çözümünün benimsenmediği eleştirilmektedir. §1628 BGB'ye göre ebeveynlerin, çözümü çocuk için büyük önem taşıyan bireysel bir mesele veya velayete ilişkin belirli tür bir mesele üzerinde anlaşamaması durumunda, aile mahkemesi, ebeveynlerden birinin talebi üzerine, kararı ebeveynlerden birine devredebilir. Devir kısıtlamalara veya koşullara tabi olabilir. Eleştiriler için bkz ibid 452.

109 Terimin '*destekleyici kayyım*' ya da '*yardımcı kayyım*' olarak tercümesi de mümkündür.

de karmaşık ya da çatışmaya açık hususlar (örneğin sosyal yardımlara başvurma, malvarlığı yönetimi, ebeveynle görüşmeleri düzenleme) olarak ifade edilmiştir.[110]

Gönüllü vasi atanan hallerde ilave kayyım atanması reformun getirdiği yeniliklerden biridir. Böylece gönüllü vasinin, sınırları belirlenebilir alanlarda desteğe ihtiyaç duyması onun en uygun vasi olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyecek, ilave kayyımın desteğiyle, görevini en iyi şekilde yerine getirmesi sağlanacaktır.[111] Bu hüküm sayesinde iltica ya da yabancılık unsuru taşıyan hususlarda tamamlayıcı kayyımlık ya da birlikte vesayet tartışmaları da sona ermiştir.[112] Atanan ilave kayyım, §1809 BGB uyarınca kayyım statüsüne kavuşur. İlave kayyımın seçimi ve atanması hususunda §1813 I BGB uyarınca vesayete ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur. Kayyım olarak bakıcı ve tamamlayıcı kayyım yanında ilave kayyım atanamaz (§1776 III BGB).

İlave kayyım, reşit olmayanlar için kayyımlığa yapılan atfın bir sonucu olarak, kendisine devredilen hususlar hakkında küçüğü temsil yetkisine sahip olur (§1776 III BGB atfıyla §1789 I ve §1813 I BGB). İlave kayyımın görev alanına giren hususlarda vasinin temsil yetkisi kalmaz.[113] Ancak ilave kayyım, kararlarını alırken vasinin görüşünü dikkate almalıdır (§1792 III BGB). Aile mahkemesi ilave kayyım ile vasi arasındaki görüş ayrılıklarını çözer (§1793 I 3 BGB). İlave kayyım kendisine devredilen hususlarda aldığı kararlardan vasinin yerine sorumlu olur ancak genel sorumluluk yine vaside kalmaya devam eder.[114] Bu düzenlemenin amacı sorumluluğu hafifletmek suretiyle gönüllü vasiliği teşvik etmek şeklinde değerlendirilmektedir.[115]

İlave kayyımın görevine hangi hallerde son verileceği §1776 II BGB'de belirtilmiştir. Buna göre küçüğün çıkarlarıyla çelişiyorsa; küçüğün çıkarlarıyla çelişmemek ve diğerinin kabul etmesi kaydıyla vasinin ya da kayyımın talebi üzerine ya da vasi ve kayyımın kabul etmesi kaydıyla 14 yaşını doldurmuş olan küçüğün talebi üzerine ilave kayyımın görevine tamamen ya da kısmen son verilebilir. Önemli nedenlerin varlığı halinde vasi ve kayyımın kabulleri gerekli değildir.

5. Küçüğün Malvarlığının Korunması (Vermögenssorge)

Alman Vesayet Hukuku geçmişte daha çok malvarlığına ilişkin ayrıntılı düzenlemelerden oluşmaktaydı. Çünkü vesayetin amacı küçüğün malvarlığını korumak ve onun ihtiyaçları için güvence altına almaktı.[116] Reformda bu yaklaşım tamamen

---

110 Örnekler için bkz BT-Drs 19/24445, 190.

111 Wunderlich (n 35) 451. Gerekçeden, hükmün asıl amacının gönüllü vasiliği teşvik etmek olduğu anlaşılmaktadır. Bkz BT-Drs 19/24445, 131, 190.

112 Walther/Wiesner ve Wapler (n 18) para SGB VIII §§55 aF, 110.

113 Bu sebeple ilave kayyım atanırken vasinin rızası aranmıştır. Bkz BT-Drs 19/24445, 191.

114 BT-Drs 19/24445, 191.

115 Bode (n 15) 126.

116 Hatta Almancada düşük risk içeren yatırımlar için '*mündelsicher'* sıfatının kullanılması da bu sebeptendir. Bkz Schwab (n 7) 507.

terkedilmemekle birlikte malvarlığına ilişkin hükümler farklı bir şekilde formüle edilmiştir. Nitekim malvarlığının korunmasına ilişkin merkezi norm vesayetten yasal danışmanlığa aktarılmıştır.

Yeni düzenlemede vesayette malvarlığına ilişkin hususlar BGB'nin §1798-§1801 paragrafları arasında düzenlenmiştir. §1798 I BGB'ye göre vasi küçüğün malvarlığını korumak ve muhafaza etmekle yükümlü olup malvarlığı yönetimini, ekonomik ilkeleri ve küçüğün artan bağımsız ve sorumlu hareket etme ihtiyacını göz önünde bulundurarak onun refahına yürütmelidir. Vasinin, ahlaki bir yükümlülük veya nezaket kurallarına uygun olanlar hariç küçük adına bağışta bulunması yasaktır (§1798 III BGB).

Vasinin, malvarlığına ilişkin yükümlülükleri hususunda hükmün ikinci fıkrasında yasal danışmanlıktaki hükümlere (§ 1835 I-V, §1836, §1837 ve §1839- §1847 BGB) atıf yapılmıştır (§1798 II BGB). Bu çerçevede vasi küçüğün malvarlığının bir listesini hazırlamalı (§1835 BGB); kendi malvarlığını küçüğün malvarlığından ayrı tutmalı ve kendisi için kullanmamalıdır (§1836 BGB). Küçüğün malvarlığının daha iyi korunması amacıyla §1846 ve §1847 BGB'de para ve malvarlığı yönetimi ile edinimler hakkında bildirim yükümlülükleri öngörülmüştür.

Malvarlığı yönetiminde vesayete özgü hususlar §1799- §1801 BGB arasında düzenlenmiştir. §1799 BGB'de aile mahkemesinin onayı aranan hukuki işlemler sayılmış, §1800 BGB'de mahkeme ya da reşit olan küçük tarafından onay verilmesi, §1801 BGB'de muafiyetler düzenlenmiştir. §1799 I BGB'de yapılan atıf uyarınca, yatırım hesabı dışında para yatırılması (§1848 BGB), bazı hak ve menkul kıymetlerin elden çıkarılması (§1849 BGB), taşınmazlar ve gemilere ilişkin tasarruf işlemleri (§1850 BGB), miras hukukuna ilişkin işlemler (§1851 BGB), ticaret ve ortaklık hukukuna ilişkin işlemler (§1852 BGB), tekrarlanan edimleri içeren sözleşmelere ilişkin işlemler (§1853 BGB) ve diğer hukuki işlemler (§1854 BGB) için aile mahkemesinin izni aranır. Hükmün ikinci fıkrasında kira vb tekrarlanan edim içeren sözleşmelerde sözleşme küçük ergin olduktan sonra bir yıldan daha uzun süre devam edecekse onay aranmıştır. Bununla birlikte söz konusu sözleşmenin küçük için ekonomik önemi az veya küçük ergin olduktan sonra herhangi bir dezavantaja yol açmadan onun tarafından sona erdirilme imkânı varsa onay aranmaz (§1799 II BGB).

Mahkeme onay verirken §1798 I BGB'de öngörülen ilkeleri göz önünde bulundurmalıdır (§1800 I BGB). Bu arada küçük ergin olursa onun verdiği onay mahkemenin onayının yerini tutar (§1800 II BGB). §1801 BGB'de Çocuk Koruma İdaresi, dernek vasisi ve vesayet derneği açısından malvarlığının yönetiminde bazı bireysel kısıtlamalardan muaf tutulabilme, yine bütün vasiler için küçüğün malvarlığının risk altında olduğuna dair endişelenecek bir neden yoksa bireysel kısıtlamalardan muaf tutulma imkânı öngörülmüştür.[117]

[117] Bu muafiyetler öğretide endişe ile karşılanmaktadır. Bkz Horn (n 63) 749.

6. Vasinin Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Alman hukukunda vasi ile küçük arasındaki ilişki öğretide kanundan doğan ve önemli ölçüde vekalet sözleşmesinin unsurlarını barındıran, kendine özgü sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmektedir.[118] Bununla birlikte Kanunda vasinin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Geçmişte yaşanan, vesayet altındaki çocukların istismar, kötü muamele ve eziyet sonucu ölümleri kanun koyucunun bu yönde hareket etmesine sebep olmuştur.[119]

Vasinin sorumluluğu §1794 I BGB'de '*Vasi, görev ihlalinden kaynaklanan zararlardan dolayı küçüğe karşı sorumludur. Bu hüküm vasinin görev ihlalinden sorumlu olmadığı hallerde uygulanmaz*' şeklinde düzenlenmiştir. Reformdan önce görevini gereği gibi yerine getirmeyen vasi küçüğe karşı kusuru varsa sorumlu tutulmuştu (eski §1833 BGB). Dolayısıyla vesayet altındaki küçük, sorumluluğun doğması için gerekli bütün şartları (görev ihlali, zarar, illiyet bağı ve vasinin §276 BGB uyarınca kusurlu olduğu) ispatlamak zorundaydı. Yeni düzenlemede ispat yükü ters çevrilerek vasi aleyhine kusur karinesi öngörülmüştür.[120] Tasarıda, vasi ile küçük arasındaki ilişkinin aile hukukundan doğan özel bir borç ilişkisi olarak nitelendirildiği; vesayet altındaki küçüğün, sözleşmenin tarafı olan herhangi bir alacaklıdan daha az korunmaya layık olmadığı düşüncesiyle §280 BGB ile uyumlu olarak ispat yükünün ters çevrildiği ifade edilmiştir.[121]

Öte yandan vesayeti gönüllü olarak yürüten vasi eğer küçüğü bakımı ve eğitimi için yanına almışsa, bu durumda, ebeveynlerin sorumluluğu belirlenirken onların kendi işlerinde gösterdikleri özeni esas alan §1664 BGB uygun düştüğü ölçüde uygulanır (§1794 II BGB). Vasinin sorumluluğuna ilişkin diğer hususlarda yasal danışmanın sorumluluğunu düzenleyen §1826 BGB'ye atıf yapılmıştır (f I).[122]

---

118 Bkz Schwab (n 7) 502. Türk Medeni Hukukunda da vasi ile vesayet altındaki kişi arasındaki hukuki ilişki vekalete benzetilmekte, birden fazla vasinin atandığı hallerde görev alanları münhasıran ayrılmadıkça vasilerin TBK m 511 uyarınca müteselsilen sorumlu tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir. Bkz Dural, Öğüz ve Gümüş (n 12) 425.

119 Bode (n 15) 125.

120 ibid 127.

121 BT-Drs 19/24445, 207-208. Türk Hukukunda da TMK m 467 uyarınca vasinin sorumluluğu kusura dayanır. Bununla birlikte vasi aleyhine herhangi bir kusur karinesi öngörülmemiştir. Öğretide vasinin sorumluluğu kanundan doğan haksız fiil sorumluluğunun özel bir türü olarak nitelendirilmektedir. Bkz Akıntürk ve Ateş (n 12) 532.

122 Söz konusu hükümde de yasal danışmanın sorumluluğu açısından kusur karinesi öngörülmüş(f I) olup zarardan birden fazla yasal danışman sorumlu ise sorumluluk müteselsildir (f II). Danışmanlık derneğinin danışman olarak atandığı hallerde dernek, üyelerinin ya da çalışanlarının kusurlarından kendi temsilcisi (§30 ve §31 BGB bağlamında '*verfassungsmäßig berufener Vertreter*') olarak sorumlu olur (f III).

b. Vesayette Birden Fazla Sorumlu

Vesayet alanına dahil olan kişilerin (vasi, kayyım ve bakıcı) görev alanlarının ve sorumluluklarının açıklığa kavuşturulması reformun temel hedeflerinden biri olmuştur. Vesayetin müştereken yürütülmesi, vasi ve kayyım arasındaki iş birliği §1792 BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre birlikte atanan eşler vesayeti müştereken yürütürler (f I). Vasiler ve kayyımlar, küçüğün refahı için karşılıklı bilgi sağlamak ve iş birliği yapmakla yükümlüdürler (f II). Karşılıklı bilgilendirme ve iş birliği yapma yükümlülüğü gönüllü vasi ile ilave kayyım arasında da vardır (f III). Yine kayyım olarak atanan bakıcı ile vasinin birlikte sorumlu olduğu hususlarda aynı yükümlülük söz konusudur (f IV). Hükmün son fıkrasında küçüğün temsilinde velayet hukukuna atıf yapılmıştır.[123]

Birlikte vasi olarak atanan eşlerin birbirleri arasında; kayyımlar ile vasi arasında, ya da kardeşler için atanan vasilerin ortak meseleler hakkında fikir uyuşmazlıklarını aile mahkemesi vasinin, kayyımın ya da 14 yaşını doldurmuş olan küçüğün başvurusu üzerine karara bağlar (§1793 BGB).

D. Vasinin Denetimi

1. Genel Olarak

Vesayet hukukunda aile mahkemesinin tavsiye (Beratung) ve gözetimi (Aufsicht) §1802- §1803 BGB'de düzenlenmiştir. §1802 I BGB'de ilk olarak aile mahkemesinin vasiyi desteklemesi ve görevini yerine getirirken hak ve yükümlülükleri konusunda ona tavsiyede bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Vasi görevinde bağımsız olduğundan mahkemenin tavsiyeleri yönetimin temel sorunlarıyla sınırlıdır.[124]

Hükmün ikinci fıkrasına göre aile mahkemesi vasinin tüm faaliyetlerini izler. Bunu yaparken mahkeme küçüğün haklarını göz önünde bulundurmalıdır. Aile mahkemesinin, görev ihlali halinde vasiye para cezası verme yetkisi vardır (§1862 III BGB kıyasen). Velayet hukukunda olduğu gibi vesayet hukukunda da aile mahkemesinin §1666, §1666a ve §1696 BGB'ye göre gerekli tedbirleri alma yetkisi vardır. Aile mahkemesi, vasinin, küçüğe verebileceği zararlara karşı sigorta yaptırmasına da karar verebilir (§1802 II BGB).

2. Mahkemenin Küçüğü Dinleme Yükümlülüğü

Alman Usul Hukukunda aile hukuku meselelerinde çocuğun hâkim tarafından dinlenmesi kırk yıldan uzun bir geçmişe sahip olup yargılamanın önemli ve vazgeçilmez bir unsuru olarak görülmektedir.[125] Aile Mahkemelerinin çocuğu şahsen

---

123 Velayet hukukunda §1926 I BGB'in atıf yapılan cümleleri şu şekildedir: '.... *Ebeveynler çocuğu müştereken temsil eder; çocuğa yapılması gereken irade beyanlarının ebeveynden birine yapılması yeterlidir. ... Yakın bir tehlike durumunda her ebeveyn, çocuğun iyiliği için gerekli tüm yasal işlemleri yapma hakkına sahiptir; bu halde diğer ebeveyne derhal bilgi verilmelidir*.'

124 BT-Drs 19/24445, 217.

125 Bkz Rüdiger Ernst, 'Standards Für Kindesanhörungen Im Internationalen Familienrecht' in Christine

dinleme ve onun hakkında kişisel izlenim edinme yükümlülüğü §159 FamFG'de istisnalarıyla birlikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk halinde bu yükümlülük için çocuğun 14 yaşını doldurmuş olması şartı aranmakta idi.[126] Reformda, öğretide eleştirilen[127] bu yaş sınırı kaldırılarak yükümlülüğün istisnaları bentler halinde sayılmıştır.[128] Mahkemenin çocuğu şahsen dinlemekten veya çocuk hakkında kişisel bir izlenim edinmekten kaçınması halinde, bunun nihai kararda gerekçelendirilmesi gerekmektedir (§159 I ve III FamFG). Hükmün son fıkrasına göre çocuk, gelişimi, yetiştirilmesi veya sağlığı açısından herhangi bir endişe söz konusu olmadığı sürece, işlemin konusu, süreci ve olası sonuçları hakkında yaşına uygun bir şekilde bilgilendirilmeli, ona kendisini ifade etme fırsatı verilmelidir.

Bu genel hükmün yanı sıra mahkemenin küçüğü şahsen dinleme yükümlülüğü vesayet hukukunda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre vasi, küçüğün haklarına hiç ya da gereği gibi dikkat etmez veya vasilik görevini başka bir şekilde yerine getirmeyerek görevini ihlal ederse aile mahkemesi uygun durumlarda (in geeigneten Fällen) gelişim düzeyine göre küçüğü şahsen dinlemeli ya da onunla görüşmelidir (§1803 I 1 BGB).[129] Bu sayede küçüğün, seviyesine uygun düştüğü ölçüde, kendi kaderini tayin hakkı gerçekleştirilmek istenmiştir.[130]

E. Vesayetin ve Vasinin Görevinin Sona Ermesi

Vesayetin sona ermesi §1804-§1807 BGB arasında düzenlenmiştir. Buna göre vesayeti kuran şartların (§1773 BGB'de belirtilenler) ortadan kalkması halinde vesayet kanun gereği kendiliğinden sona erer (§1806 BGB). Küçüğün reşit olması ya da velayetin anne-babaya geri verilmesi halleri buna örnek gösterilebilir. Küçüğün ölümü halinde de vesayet kendiliğinden son erer.[131]

Vesayetin sona ermesi elbette ki vasinin görevini de sona erdirir. Bununla birlikte vesayet devam ederken vasinin görevinin sona ermesi de mümkündür. Bu durum

---

Budzikiewicz ve diğerleri (edr), *Standards und Abgrenzungen im internationalen Familienrecht*, cilt 2 (1. bs, Nomos Verlagsgesellschaft 2019) 9.

126 Bkz BGBl 2008 I, 2586, 2619.

127 Eleştiriler için bkz Ernst (n 125) 11.

128 Değişiklikten önce de Federal Mahkeme, 14 yaşın altındaki çocukların da (yaklaşık üç yaşın üzerindekiler) dinlenilmesi gerektiği görüşündeydi (BGHZ 211, 22).

129 Uygun durumlara örnek olarak tasarıda, önemli varlıkların yönetilmesi veya aile mahkemesinin küçük ile vasi arasındaki gerginliklerden haberdar olması verilmiştir. Bkz BT-Drs 19/24445, 220.

130 Schwab (n 7) 510. Kendi kaderini tayin hakkının en üst düzeyde gerçekleştirilmesi, reformda esasen yetişkinlere yönelik yasal danışmanlık kurumu düzenlenirken temel ilke olarak benimsenmiştir. Vesayet hukukunda ise küçüğün refahı (Wohl) temel ilke olarak korunmuş olmakla birlikte bu hak yaşı ve gelişim seviyesi çerçevesinde küçükler için de dikkate alınmıştır. Reform Kanununda kendi kaderini tayin hakkına yönelik çalışmalar için bkz Peter Buttner (ed), *Mehr Selbstbestimmung durch die Reform des Betreuungsrechts?* (1. bs, Verlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 2022).

131 Schwab (n 7) 510.

vasinin ölümü gibi kendiliğinden ya da Kanunda belirtilen sebeplerle mahkeme tarafından görevinden alınması şeklinde gerçekleşebilir. Vasinin görevden alınmasının gerekip gerekmediği hususunda aile mahkemesine takdir yetkisi tanınmıştır.

Aile mahkemesinin, başvuru üzerine ya da resen vasinin görevine son vermesi gereken haller §1804 BGB'de sayılmıştır. Buna göre 1. özellikle yükümlülüklerini ihlal etmesi sebebiyle görevin onun tarafından yürütülmesi küçüğün çıkarlarını ve refahını tehlikeye düşürecekse, 2. küçüğün refahına aykırı olmamak kaydıyla, profesyonel vasi, dernek vasisi ya da Çocuk Koruma İdaresi vasi olarak atanmış olup da vesayeti gönüllü olarak yürütmeye uygun ve istekli bir kişi varsa, 3. dernek vasisinin dernek ile iş ilişkisinin sona ermesi halinde, 4. vasinin §1784 BGB uyarınca vasi olarak atanmasına engel bir durum ortaya çıkarsa veya 5. görevden alınmasını gerektiren diğer önemli durumların varlığı halinde aile mahkemesi vasiyi görevden almalıdır (f I).

Aile mahkemesi ayrıca, vasi; 1. atandıktan sonra artık görevine devam etmesinin beklenemeyeceği durumlar ortaya çıkar ve görevden alınması için başvuruda bulunur veya 2. dernek vasisi olarak atanmış olup da görevden alınması için dernek başvuruda bulunur ise yine vasiyi görevden almalıdır (f II).

Vasi değişikliği küçüğün yararına ise aile mahkemesi başvuru üzerine vasinin görevine son vermelidir. Bu hususta mahkeme küçüğün itirazlarını ve gönüllü vasinin önceliğini dikkate almalıdır. Başvuru, vasi tarafından yapılabileceği gibi küçüğün çıkarları çerçevesinde kendisini vasi olarak sunan kişi, 14 yaşını doldurmuş ise küçük ya da küçüğün meşru menfaatlerini ileri sürerek başka bir kişi tarafından da yapılabilir (f III).

Vasi görevden alınır ya da ölürse aile mahkemesi derhal yeni bir vasi atamak zorundadır (§1805 I BGB). Görevi sona eren vasi küçüğün malvarlığını ve küçükle ilgili belgeleri teslim etmeli, talep halinde mahkemenin incelemesi için malvarlığına ilişkin kapanış hesabını (Schlussrechnung) sunmalıdır (§1807 BGB'nin atfıyla §1872 ve §1873 BGB).

F. Ücret ve Masrafların Karşılanması

Alman Vesayet Hukukunda ücret ve masraflar §1808 BGB'de düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında vasiliğin kural olarak ücretsiz yürütüldüğü ifade edildikten sonra, ikinci fıkrada, yasal danışmanlık hukukuna atıfla (§1877- §1890 BGB), gönüllü vasinin vesayetin yürütülmesi için gerekli masraflar için küçükten bir avans ödemesi veya geri ödeme veya bunun yerine, sabit oranlı bir gider ödeneği talep edebileceği, öte yandan mahkemenin de kendisine uygun bir ücret takdir edebileceği ifade edilmiştir (f II). Vesayette masraflar kural olarak küçük tarafından karşılanır.[132] Gönüllü vasi küçüğün işlerinin yönetiminin kapsamı ve zorluğu haklı gösteriyorsa ve küçük yoksul değilse ücret isteyebilir (§1876 BGB kıyasen). Küçüğün

[132] ibid 502.

yoksul olup olmadığı onun gelirine değil malvarlığına bakılarak belirlenir (§1880 BGB kıyasen). Küçük yoksul ise bu masraflar devlet tarafından karşılanır (§1879 ve §1880 BGB kıyasen). Hükmün üçüncü fıkrasına göre profesyonel (ücretli) vasilik istisnai olup profesyonel vasinin ve vesayet derneklerinin ücret ve masrafları §§1-6 VBVG[133]'ye göre belirlenir.

SONUÇ

Alman Medeni Hukukunda 2023 yılında yürürlüğe giren Reform Kanunu ile vesayet kurumu yeniden yapılandırılmıştır. Yeni düzenlemede küçüğün kişisel bakımı ile malvarlığının korunması birbirinden ayrılmıştır. Kişi varlığının daha iyi korunmasını sağlamak için küçüğün vesayetten doğan hakları tek tek sayılmış ve bu hakların vesayetin her aşamasında dikkate alınması sağlanmıştır. Küçüğe en uygun vasinin atanabilmesi için mahkemenin göz önünde bulundurması gereken hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öte yandan ebeveynlerin vasi belirlenmesine ilişkin iradelerinin etkisi genişletilmiştir. Reşit olmayanlar için kayyımlık ayrı bir başlık altında vesayete atıfla düzenlenirken gönüllü vasiliği teşvik etmek için yeni kayyımlık türü ihdas edilmiştir. Malvarlığının korunması ve yönetimine ilişkin hükümler ise yasal danışmanlık hukukuna aktarılarak vesayet hukukunda atıflar oraya yönlendirilmiştir.

Kanunda dağınık halde yer alan vasi türleri sistematik bir şekilde düzenlenmiş ve vasi dışında vesayete dahil olan diğer katılımcılar (kayyım ve bakıcı) ile vasi arasındaki ilişki ve sorumluluk açıklığa kavuşturulmuştur. Küçüğün bakıcı ile birlikte yaşadığı durumlarda dahi vasinin küçüğün kişisel bakımından ve gelişiminden sorumlu olduğu hususu vurgulanmıştır. Vasinin sorumluluğu yine kusura dayandırılmakla birlikte ispat yükü yer değiştirilerek vasi aleyhine kusur karinesi öngörülmüştür.

Yeni düzenlemede vasinin temsil yetkisi kişisel bakımın özel bir alanı değil bir sonucu olarak düzenlenmiştir. Böylece vasi, vesayeti dosya üzerinde yürüten bir organizatör olmaktan çıkarılmak istenmiştir. Aile mahkemesi açısından da vesayete ilişkin yargısal işlemlerde yaş şartı olmaksızın küçüğü şahsen dinleme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir. Böylece vesayet altındaki küçük kendisi ile ilgili işlemlerde işlemin konusu ve süreç hakkında bilgi alma ve kendini ifade etme imkanına kavuşturulmuştur.

Türk Hukukunda vesayeti düzenleyen hükümler büyük ölçüde usule ve vesayet altındaki kişinin malvarlığının korunmasına ilişkindir. TMK'da vasi her ne kadar vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ile ilgili menfaatlerini korumakla yükümlü tutulmuş (m 403 I) ise de küçüğün kişi varlığını dikkate alan tek hüküm

---

133 Reform Kanunu kapsamında yasalaşan, 'Vasi ve Yasal Danışman Ücretleri Hakkında Kanun' (Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, VBVG), Kabul Tarihi: 04.05.2021, BGBl 2021 I, 882, 925.

TMK m 445'tir. Söz konusu hükümde dahi bakım ve eğitim vasi açısından yükümlülük olarak öngörülmüş olup bu husus küçük açısından ele alınmamıştır. Vesayetin kurulmasında ve yürütümünde küçüğün sahip olduğu haklar Kanunda düzenlenmemiştir. TMK'da vasi atanacak kişi açısından yeterlilik aranmakta (m 413 I), ancak vasinin küçük ile uyumundan bahsedilmemektedir. TMK m 461 uyarınca ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi vasinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyette bulunma imkanına sahip ise de mahkemenin vesayet altındaki küçüğü dinleme yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenleme yoktur.

Görüldüğü üzere TMK'da vesayete ilişkin hükümlerin küçüğün kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi açısından yeterli olmadığı açıktır. Bunun bir sebebi de TMK'da vesayeti düzenleyen kısmın küçüklerin yanı sıra yetişkinleri de kapsamasıdır. Halbuki küçüklerin ve yetişkinlerin korunması birbirinden farklı dinamiklere sahip, farklı yaklaşımları gerektiren faaliyetlerdir. Bu sebeple TMK'da küçüklerin ve yetişkinlerin korunması birbirinden ayrılmalıdır. Bu ayrım hem Alman hem de İsviçre hukuklarında çoktan yapılmıştır. Alman Hukukunda BGB'de hem küçükler hem de yetişkinlerin korunması kendine özgü yapıları içinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak İsviçre Hukukunda ZGB'nin vesayetle ilgili kısmı yetişkinlerin korunması adı altında yeniden kaleme alınırken küçüklerin vesayeti için Kanunda bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıda hüküm bırakılmıştır. TMK'da da benzer bir ayrım yapılırken küçüklerin vesayeti ihmal edilmemelidir. Bu bağlamda küçükleri ilgilendiren kayyımlık hallerinin diğer kayyımlık hallerinden ayrılarak vesayete atıfla düzenlenmesi küçüklerin korunması açısından bütünlüğü sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile hukuku İkinci Cilt* (25. bs, Beta 2024)

Bley J ve Pastor D, 'Auswirkungen Der Betreuungsrechtsreform Auf Die Kreditwirtschaftliche Praxis' (2022) 22 Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 758

Bode E, 'Das modernisierte Vormundschaftsrecht' (2023) 18 Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 125

Brosey D ve diğerleri, *Betreuungsrecht: Kommentar* (7. bs, CH Beck 2023)

Buttner P (ed), *Mehr Selbstbestimmung durch die Reform des Betreuungsrechts?* (1. bs, Verlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 2022)

Dural M ve Öğüz T, *Türk özel hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku* (23. bs, Filiz Kitabevi 2022)

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk özel hukuku Cilt III: Aile hukuku* (16. bs, Filiz Kitabevi 2021)

Dürbeck W, 'Vormundschaftsrechtsreform: Der vorläufige Vormund - ein Fremdkörper im Verfahrensrecht?' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 1053

Elmauer E ve Kukielka K, 'Die Vereinsvormundschaft nach der aktuellen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 1101

Ernst R, 'Standards Für Kindesanhörungen Im Internationalen Familienrecht' in Christine Budzikiewicz ve diğerleri (edr), *Standards und Abgrenzungen im internationalen Familienrecht*, cilt 2 (1. bs, Nomos Verlagsgesellschaft 2019)

Hoffmann B, 'Reform des Vormundschaftsrechts: Besonderheiten bei und nach der Bestellung des Jugendamts zum Pfleger/Vormund sowie im Kontext von Vormundschaften kraft Gesetzes' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 1005

Horn C-H, 'Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts: fast der große Wurf' (2020) 27 Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 748

Jäckle W, 'Das neue deutsche Betreuungsrecht : ein Modell für die Schweiz?' in Eltje Aderhold (ed), *Festschrift für Hans Hanisch* (Heymann 1994)

Klinger H ve Damar D, 'Minderjährigenschutz Bei Dispositionskrediten Nach Der Reform Des Vormundschafts- Und Betreuungsrechts' (2022) 22 Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 842

Koch E (ed), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cilt 9 Familienrecht I (9. Auflage, C H Beck 2022)

Müller-Engels G, 'Vormundschafts- und Betreuungsrechtsreform 2023: Wissenswertes für den Erbrechtler' (2022) 17 Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis 666

Ott S, 'Die Reform Des Vormundschafts- Und Betreuungsrechts Und Ihre Auswirkungen Auf Die Vormundbenennung Durch Letztwillige Verfügung' [2022] Mitteilungen des Bayersichen Notarvereins 533

Schmidt R, *Bürgerliches Recht Das Familienrecht*, cilt 4 (2. bs, Duncker und Humblot 1957)

Schwab D, *Familienrecht* (30. bs, C H Beck 2022)

Şen Doğramacı H, '§13. Vesayet Düzeni' in Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk- II Aile Hukuku* (2. bs, Adalet Yayınevi 2024)

Siegel D ve Kraus J, 'Die Auswirkungen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts auf die notarielle Praxis' (2022) 121 Deutsche Notar-Zeitschrift 906

Strube J, 'Vormundschaftsrechtsreform: Die Auswahl Des Vormunds Durch Das Familiengericht' (2022) 9 Neue Zeitschrift für Familienrecht 957

Walter FR, 'Elterliche Vermögenssorge nach dem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts' (2023) 10 Neue Zeitschrift für Familienrecht 241

Wiesner R ve Wapler F (edr), *SGB VIII: Kinder- Und Jugendhilfe: Kommentar* (6. bs, CH Beck 2022)

Wunderlich H, 'Die lang erwartete Vormundschaftsrechtsreform : Überblick und Kritik aus der Sicht der familiengerichtlichen Praxis' (2020) 15 Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 448

Yavuz C, Erlüle F ve Topuz M, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (1. bs, Beta 2017)

Yüzbaşı Tobaz F, 'Ebeveynlerin Çocuklarının Kişisel Verilerini Sosyal Medyada Paylaşmasının (Sharenting) Nedenleri ve Konuyla İlgili Hukuki Düzenlemeler Üzerine Bir İnceleme' (2022) 20 Legal Hukuk Dergisi 463

Zander S, 'Auswirkungen der Vormundschafts- und Betreuungsrechtsreform auf die notarielle Praxis' (2022) 88 Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 320

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1684000

DEMİRYOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE TREN İŞLETMECİSİNİN BAGAJ TAŞIMADAN KAYNAKLANAN AKDİ SORUMLULUĞU

Contractual Liability of the Operator Arising from the Carriage of Baggage under a Contract of Carriage of Passengers by Railway

Zehra İlgün ÇAMLI*
Elif YALÇIN SIRAKAYA**

Özet

Demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesi taşımacılık hizmeti için demiryolu tren işletmecisi veya acente ile yolcu arasında, ücretli ya da ücretsiz olarak yapılan taşımacılığa ilişkin sözleşmedir. 08.03.2019 tarihinde yayınlanan Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in 10. maddesinin 1. fıkrasında demiryolu tren işletmecisinin teşkilatında bagaj vagonu bulunan trenlerde bagajın, diğer trenlerde ise el bagajının, evcil hayvan ve araçların taşınmasını hiçbir şekilde reddedemeyeceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan bagajı taşıma borcu, demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcının asli nitelikteki yolcu taşıma borcunun ifası sırasında yerine getirmesi gereken bir yan edim yükümlülüğüdür. Taşıyıcı hakimiyeti altında bulunan bagajı koruyup gözetme yükümlülüğü altındadır. Demiryolu tren işletmecisinin bu yükümlülüğü nasıl yerine getireceği Yönetmelik'in bagaj ve el bagajlarının taşınma koşullarını düzenleyen üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bu ayrıntılı düzenlemeler esasında demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun kapsamının da belirlenmesini sağlayacaktır. Demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğuna yol açan haller ise bagajın ve eşyanın kendisi tarafından teslim alınıp yolcuya veya alıcıya teslim edilene kadar geçen sürede bunların tamamen veya kısmen kaybolması, hasara uğraması veya geç teslim edilmesidir. Yönetmelik'te isabetli olarak el bagajından ve bagajdan sorumluluk farklı hükümlere tâbi kılınmış ancak ödenecek tazminat tutarının hesaplanması ve sınırları hususunda TTK m. 880 ve m. 882'den ayrılan anlaşılması güç hükümler sevk edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taşıma sözleşmesi, yolcu taşıma sözleşmesi, demiryolu taşımacılığı, demiryolu ile yolcu taşıma, bagaj, bagaj taşıma borcu, demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu

Abstract

The contract of passenger transportation by railway is between the railway train operator or agency and the passenger for transportation services, whether paid or free. In paragraph 1 of

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 07.02.2025*
➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025.*

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale-Türkiye, ilgunmagden@hotmail.com, https://orcid.org/0000-0002-5539-4655

Dr. Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Samsun-Türkiye, elifyalcinsirakaya@gmail.com, https://orcid.org/0000-0001-8599-0223.

Article 10 of the Regulation on the Rights of Railway Passengers published on 08.03.2019, it has been regulated that the railway train operator cannot refuse the transportation of luggage in trains with luggage wagons or transportation of hand luggage, pets, and vehicles in other trains. In this context, the liability of luggage transportation is a subsidiary execution obligation that the transporter has to carry out during the fulfillment of the obligation of the main passenger transportation in the contract of passenger transportation by rail. The transporter is under obligation to protect and preserve the luggage under its control. How the railway train operator will fulfill this obligation is specified in detail in the third section of the Regulation, which regulates the conditions of transportation of luggage and hand luggage. These detailed regulations will also ensure determining the scope of the liability of the railway train operator. Conditions that lead to the liability of the railway train operator are total or partial loss, damage, or late delivery of the luggage and items trusted to the operator in the period between receiving and delivering them. In the Regulation, the liabilities for hand luggage and luggage are justly subjected to different provisions, but regarding the calculation and limit of indemnities, provisions that are difficult to comprehend and differ from TCC Articles 880 and 882 have been forwarded.

Keywords: The contract of carriage, the contract of carriage of passengers, railway transportation, carriage of passengers by rail, luggage, the obligation to carry luggage, the liability of the railway train operator

GİRİŞ

Demiryolu tren işletmecisinin bagaj taşımasından kaynaklanan akdi sorumluluğunu konu alan bu çalışmanın amacı ilgili sorumluluğun kapsamını, yerine getirilmesini ve yerine getirilmesi esnasında doğabilecek zararların tazminini 8 Mart 2019 Tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik hükümleri bağlamında ele almaktır. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından çıkarılan ilgili Yönetmelik ile 100 yıldan uzun süredir hukukumuzda yer bulan Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname'nin (Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi-RDİN) anlaşılması zor ve günümüzde uygulanması mümkün olmayan hükümlerinin ilga edilmesi amaçlanmıştır. Ancak söz konusu amaç, normlar hiyerarşisi göz önünde bulundurulmadan hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Bu yüzden çalışmamızda öncelikle Yönetmelik'in, ilgili diğer yasal düzenlemeler ve dayanak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilişkisi çerçevesinde Anayasa hukuku bakımından incelenmesi gerekmiştir. Bu suretle demiryolu tren işletmecisinin bagaj taşıma borcuna uygulanacak hükümler tespit edilmeye çalışılmıştır. Ardından bagaj kavramının taşıma hukukunda neyi ifade ettiği ele alınarak demiryolu tren işletmecisinin bagaj taşıma borcunun kapsamı, hukuki niteliği ve yerine getirilmesi açıklanmıştır. Daha sonra ise Yönetmelik doğrultusunda işletmecinin bagaj taşımasından kaynaklanan sorumluluğu, özellikle bagajın kaybı, hasarı ve gecikmesi kavramları ile bu durumlarda uygulanacak sorumluluk esasları ve sınırları değerlendirilmiştir. Çalışma yalnızca akdi sorumluluğu konu aldığından, demiryolu tren işletmecisinin özellikle tehlike sorumluluğundan kaynaklanan haksız fiil sorumluluğuna yer verilmekten kaçınılmıştır.

I. UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

A. Demiryolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

1. İlgili Yasal Düzenlemeler

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)[1] *"Taşıma İşleri"* başlıklı dördüncü kitabında taşıma sözleşmeleri genel olarak düzenlenmiştir. 6 Mayıs 1288 (18 Mayıs 1872) tarihli Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname (RDİN) ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne[2] (Kararname) dayanılarak çıkartılan 2019 tarihli "Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik"[3] (Yönetmelik) ile ise demiryolu taşımasına ilişkin özel hükümler sevk edilmiştir. RDİN'in isminden yalnızca Rumeli Demiryolları'nda yapılacak taşımalarda uygulanacağı akla gelse de içeriği incelendiğinde Osmanlı'daki tüm demiryolu taşımalarında uygulanacağı anlaşılmaktadır[4].

Türkiye'nin taraf olduğu CIV[5] (*Convention Internationale pour le transport des Voyageurs*) ve CIM[6] (*Convention Internationale concernant le transport des Marchandises par chemin de fer*) Protokolleri'nde ise demiryolu ile uluslararası yolcu ve eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin kurallar ortaya konulmuştur. O hâlde ülkemiz sınırları içerisinde gerçekleşecek olan demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde TTK ve ilgili yönetmelikler uygulama alanı bulacakken, taşımanın ülke dışında başlayacağı veya sona ereceği demiryolu yolcu taşıma sözleşmelerinde CIV hükümleri uygulama alanı bulacaktır[7]. Bu çalışmada bagaj taşımalarından sorumluk yalnızca ulusal demiryolu taşıma sözleşmeleri bağlamında ele alınacağından CIV hükümleri incelenmeyecektir.

TTK'nın "Taşıma İşleri" kitabının genel hükümlerinde, deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin hükümlerin saklı tutulacağı belirtilmiştir (TTK m. 852). O hâlde deniz, demir veya hava yolu taşımalarında ilgili taşıma tür-

---

1 RG 14.02.2011/27846

2 RG 10.07.2018/30474

3 RG 08.03.2019/30708

4 Hakan Karan, 'TBMM Adalet Komisyonu'nun Taşıma Hukuku'na Katmayı Başardığı İki Temel Sorun: Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi ile Ulusal Demiryolu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk' (2012) Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI 172, 175

5 *Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme* (COTIF)'nin CIV eki demiryolu yolcu taşımalarını düzenlemektedir. Türkiye 21.03.1985 tarihinde COTIF'i onaylayan bir Kanun çıkarmıştır (RG 27.03.1985 S. 18707). 1999 tarihinde değişikliğe uğrayan CIV protokolünü ise 24.12.2005 tarihli 26033 sayılı mükerrer Resmi Gazete ile onaylamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku* (5. Baskı Adalet Yayınevi 2022) 18-19

6 Yine COTIF'in eki olan CIM ise demiryolu ile eşya taşımalarını düzenler. Türkiye'nin taraf olduğu (RG 01.06.1985 S. 18771) CIM zamanla çeşitli protokollerle değişmiş, CIM'i değiştiren 1999 tarihli en son protokol 24.12.2005 tarihli 26033 Sayılı mükerrer Resmi Gazete'de onaylanmıştır. CIM ve uygulanması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel (n 5) 17-18

7 Bu çalışmada bagaj taşımalarından sorumluk yalnızca ulusal demiryolu taşıma sözleşmeleri bağlamında ele alınacağından CIV hükümleri incelenmeyecektir.

leri ile ilgili özel düzenlemeler öncelikle uygulanacak, özel düzenlemelerde boşluk bulunan durumlarda ise TTK'nın "Taşıma İşleri" kitabındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır.

2019 Tarihli Yönetmelik'ten önce, demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin tek özel düzenleme Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname'ydi. *"Nizamname"* sözcüğü tüzükle eş anlamlıdır. Tüzükler, 6771 Sayılı Anayasa değişikliğine[8] kadar Türk Hukukunda düzenleyici işlemler arasında yer alırken, 18.05.2018 tarihli, 30425 Sayılı Resmi Gazete ile yapılan değişiklikle, Anayasa'nın 115. maddesinde bulunan tüzükler ile ilgili düzenleme kaldırılmıştır. Ancak söz konusu değişiklikten önce çıkarılan tüzükler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini korumaktadır[9].

Nizamnameler tüzük olarak değerlendirildiklerinde normlar hiyerarşisi gereği Anayasa'ya ve Kanunlar'a aykırı olamazlar. Ancak, nizamnameler zamanın kanun koyucusu padişahın kabulü ve oluruyla birlikte yürürlüğe girdikleri için kanun hükmünde kabul edilirler[10]. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nce de Osmanlı Devleti döneminde kabul olunan nizamnameler kanun hükmünde kabul edildiği gibi[11], RDİN'deki değişiklikler de kanun ile yapılarak RDİN'e kanun vasfı tanınmıştır[12].

Bununla birlikte TTK'ya göre özel bir norm vasfında olan RDİN, 1872 yılındaki ticari, ekonomik ve sosyal koşullar göz önünde bulundurularak hazırlandığından ihtiyaçlara cevap vermediği gibi günümüzde uygulanması mümkün olmayan hükümler de içermekteydi. Söz konusu sorunlar göz önünde bulundurularak, TTK'nın hazırlık aşamasında, şu anki TTK m. 852 hükmünün karşılığı olan, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK)'nun m. 764 hükmünden, özel hükümlerin saklı tutulduğu taşıma türleri arasında bulunan demiryolu taşımalarının çıkarılması önerilmiş, hatta taslak metinde bu öneri hayata geçirilmiştir. Ancak, TTK'nın en son hâlinde, 852. maddenin atıf yaptığı düzenlemelere, eTTK m.764'de olduğu gibi demiryolu taşımalarına ilişkin özel hükümler de eklenmiştir. TTK'nın gerekçesinde demiryolu taşımalarına ilişkin özel hükümlere atıf yapılarak, uygulama alanı buldukları hâllerde CIV ve CIM hükümlerine öncelik verilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

---

8 Bkz. 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 11.02.2017 S. 29976)

9 Yakup Ahmet Aktan, *Demiryolu ile Yolcu Taşımacılığı* (1. Baskı Filiz Kitapevi 2023) 10-11

10 Sabih Arkan, 'Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu' *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu-Bildiriler – Tartışmalar 24-25 Ocak 1985 Maçka-İstanbul* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1985) 47, 48; Karan (n 4) 174; Adıgüzel (n 5) 11. RDİN'in yürürlükte olduğu 31.05.1927 tarihli 598 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 1042 Sayılı Kanun'un 4. muvakkat maddesi ile de açıkça ortaya konulmuştu, bkz.https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc005/kanuntbmmc005/kanuntbmmc00501042.pdf Erişim tarihi: 31.10.2024

11 AYM, T. 6.7.1965, E. 1965/16, K. 1965/041; AYM, T. 03.05.1966, E. 1966/4, K. 1966/25; AYM, T. 03.06.1976, E. 1976/31, K. 1976/30 www.anayasa.gov.tr (Son Erişim: 22.12.2024)

12 Aktan (n 9) 11

Oysa böyle bir atıf bulunmasa dahi uluslararası anlaşmaların emredici hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekirdi[13]. Demiryolu taşımalarına ilişkin özel hükümlere yapılan bu atfın söz konusu nedenle devam ettirilmesi ise uygulanma kabiliyetini yitirmiş olan RDİN'in yürürlükten kaldırılmasını zımnen engellemiştir[14].

Demiryolu taşımalarına ilişkin özel bir düzenleme olması nedeniyle TTK m. 852 gereği öncelikli uygulanması gereken RDİN'in günümüz sosyal ve ekonomik koşullarına uymamasıyla oluşan *"örtülü kanun boşluğu"*nun[15] giderilmesi ve uygulamada yaşanan sorunlar için somut ve pratik çözümler bulmak amacıyla ise Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nca 08.03.2019 tarihinde Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik çıkartılmıştır. Yönetmeliğin dayanağı ise 1 Sayılı Kararnamenin[16] Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü'ne *"Karayolu ve demiryolu taşımacılığı ve ulaştırması ile karayolu ve demiryolunda gerçekleştirilen tehlikeli mal taşımacılığı ve kombine taşımacılık alanlarında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek"* görevini yükleyen m. 477/1-d hükmüdür (Yönetmelik m. 3[17]). Yönetmeliğin

---

13 Karan (n 4) 178; *Eriş*'e göre, gerekçede CIV ve CIM hükümlerine uygulama önceliği kazandırmanın amaçlandığının açıklanması, RDİN hükümlerinin uygulanmayacağı anlamına gelmektedir, bkz. Gönen Eriş, *Taşıma Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2015) 169. Kanaatimizce Kanun gerekçesinden hareketle böyle bir yorum yapılamaz. Zira gerekçe bağlayıcı olmadığı gibi 852. madde, eski 764. maddenin tekrarından ibarettir.

14 Karan (n 4) 176-179. RDİN'in yürürlükte olup olmadığına ve uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar devam etmektedir. *Karan*'a göre nizamnamenin uygulanma kabiliyetini yitirdiğini kabulle birlikte, yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar kanun koyucunun amacı göz önüne alınarak TTK hükümlerinin uygulanması gerekmekteydi, bkz. Karan (n 4) 181. *Adıgüzel* ise RDİN'in açıkça yürürlükten kaldırılmadıkça böyle bir yoruma gidilemeyeceğini RDİN'de hüküm bulunmayan hallerde TTK m. 856 ve devamı hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir, bkz. Adıgüzel (n 7) 11. RDİN'in şimdiye kadar ilga edilmesini sağlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmadığından günümüzde de yürürlükte bulunduğuna dair bkz. Arkan (n 10) 48; Ayşe Erol, *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğu* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2019) 39; Gülfer Meriç, 'Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu' (2021) 79 [3] İstanbul Hukuk Mecmuası 837, 841; Aktan (n 9) 14

15 *Karan*'a göre bu durumda bir örtülü kanun boşluğu bulunmaktaydı. Yazar, söz konusu boşluğa dayanarak demiryolu ile taşımalarda TTK hükümlerinin uygulanmasını savunmaktaydı, bkz. Karan (n 4) 179. *Aktan*'a göre yeni kanun hükümlerinin eski kanuna nazaran genel nitelikte olması halinde genel nitelikteki yeni tarihli kanun ile özel nitelikteki daha eski tarihli kanunun yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığı yorum yoluyla tespit edilmelidir. Örneğin genel nitelikteki kanunda yer alan hüküm, yolcu veya gönderen lehine düzenlenmişse genel nitelikteki kanun hükümleri uygulanmalıdır. Bunun dışında *Aktan*'a göre; Nizamnamede yer alan ancak günümüzde uygulanması imkansız ve TTK'da da karşılığı bulunmayan hükümlerin ise gerçek olmayan boşluk kapsamında değerlendirilmesi ve hakimin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine dayanarak hükmü uygulanmaktan kaçınması gerekir. Yargıtay kararlarına bakıldığında da RDİN'in uygulandığına rastlanılmamıştır, bkz. Aktan (n 11) 14-15. Nitekim uygulayıcıların Nizamname'ye başvurmadığı ve hakimlerin de RDİN'den haberdar olmadığı tespiti için bkz. Karan (n 4) 179; Meriç (n 14) 841 dn 5

16 RG 10.07.2018/30474

17 İlgili hükümde Yönetmelik'in 1 Sayılı Kararname'nin 478. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanılarak hazırlandığı belirtilse de 17.01.2020 tarih 31011 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan

hazırlanmasında, 23.10.2017 tarihli ve 1371/2007/EC sayılı *Demiryolu Yolcularının Hakları ve Yükümlülükleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü* dikkate alınmıştır (Yönetmelik m. 65).

Yönetmelik hükümleri, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde bir seyahat belgesi ile hizmet alan yolcuları ve onlara hizmet veren demiryolu tren işletmecilerini, acenteleri, gar ve istasyon işletmecilerini kapsar. Buna mukabil ulusal demiryolu altyapı ağından bağımsız olan şehir içi raylı toplu taşıma hizmetleri ile belli bir işletmenin veya kurumun dâhili yolcu taşıma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulmuş demiryolu altyapıları üzerinde hizmet alan ve hizmet verenleri, ulusal demiryolu altyapı ağından bağımsız olan altyapılar üzerinde, turistik, tarihi, eğlence, müze sergilemesi, gösteri ve benzeri amaçlarla hizmet alanları ve hizmet verenleri ve ulusal demiryolu altyapı ağında yapılan banliyö taşımacılık hizmetlerini kapsamaz (Yönetmelik m. 2).

2. 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğüne Verilen Düzenleme Yetkisinin İncelenmesi

Yönetmelik'in dayanağı olan Kararname, hiçbir genel düzenlemeye yer vermeden bu konuda ayrıntılı hükümler öngörme yetkisini yönetmelik çıkartan kuruma devretmiştir. Anayasanın (AY)[18] 124. maddesinin 1. fıkrasına göre: "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*". Belirtildiği gibi, Anayasada yönetmeliklere kendinden üstte bulunan bir normda öngörülen düzenlemenin uygulanmasını sağlama görevi yüklenmiştir. O halde yönetmeliğin uygulanmasını sağladığı üst normun ilgili konuda en azından genel bir düzenleme içermesi beklenmektedir. İlgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise genel veya ayrıntılı hiçbir düzenlemeye yer vermeksizin demiryolu alanında hizmet üretenler ve hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirleme yetkisini Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın bir hizmet birimi olan Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü'ne devretmiştir. Bununla birlikte üst normun genel bir düzenleme yapmaksızın alttaki norma ayrıntılı düzenleme konusunda yalnızca bir yetki vermesinin mümkün olup olmadığını öğretideki görüşler bağlamında tartışmak gerekir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri her ne kadar yürütme organının bir düzenleyici işlemi olsalar da asli nitelikte olduklarından (AY m. 104) ve Anayasa Mahkemesi'nce denetlendiklerinden (AY m. 150) yönetmeliklerle ilişkilerinin belirlenmesinde kanun ile yönetmelik arasındaki ilişkiye dair görüşler yol gösterici olabilir. Yürütmeye düzenleme alanı bırakan kanunun o konuyu ne ölçüde düzenlemesi gerektiği öğretide tartışılmıştır. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, düzenlenecek konu-

56 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesi ile yetkinin dayanağı 1 Sayılı Kararname'nin 477. maddesinde yapılan değişikliğin içerisinde düzenlenmiştir.

[18] RG 9.11.1982/17863

nun bir kanunla belli edilmesi yeterli olup kanunla yalnızca bir konuda düzenleme yetkisinin idareye verilmesi yeterlidir[19]. Söz konusu görüşten yola çıkıldığında, tıpkı kanunlar gibi asli nitelikte olan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ilgili konuda çıkartılacak yönetmeliğe o konuda genel bir düzenleme yapmaksızın yalnızca yetki vermesi mümkün görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre ise yasama organı yürütme organına veya idareye yetki verirken düzenlenecek alanın esaslı konularını kanunda yeterince belli etmiş, sınırlarını ve çerçevesini çizmiş olmalıdır[20]. Bu görüşe göre kanunda temel esaslar çizildikten sonra uzmanlık gerektiren ve yönetim tekniğine ilişkin düzenlemeler yürütme organına bırakılabilir[21]. Bu ikinci görüşü cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yönetmelik arasındaki ilişkiye uyarladığımızda ise kararnameyle yönetmeliğe yalnızca ilgili konuda düzenleme yapma yetkisi verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yapılan tartışmalar bir yana bırakıldığında bugün için cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yalnızca düzenleme yetkisi verdiği Yönetmelik hükümleri yürürlüktedir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi bir üst normun ilgili konuda çerçeve çizmesi gerekli olmakla birlikte şu an için Kararname hakkında açılmış bir iptal davası bulunmamaktadır. Dolayısıyla yürürlükteki güncel düzenleme olan Yönetmelik'in RDİN ile ilişkisine değinmek gerekmektedir.

3. Yönetmelik'in RDİN ile İlişkisi

2017 Anayasa değişikliği ile hukukumuzda ayrı bir öneme sahip kılınan cumhurbaşkanlığı kararnameleri her ne kadar kanunlar gibi asli nitelikte olup herhangi bir organ veya makamın izni, yetkisi veya onayı olmadan çıkartılsalar da normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer almaktadırlar[22]. Bu bağlamda, düzenleyici bir norm olarak kanunların altında bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkartılan yönetmeliğin, kanun hükmünde kabul edilen nizamnameyi ilga edip edemeyeceği tartışılması gereken bir sorundur. Nitekim Yönetmelik hükümleri şu an uygulanma kabiliyeti olmayan RDİN hükümlerinden oldukça farklı düzenlemeler öngörmekte, bu da RDİN'in zımmi ilgası anlamına gelmektedir. Konu

---

19 İlgili görüş için bkz. Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi* (Yetkin Yayınları 2011) 122

20 *"…oysa Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca yasama yetkisi yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisinindir ve bu yetki, Meclisten başka hiçbir kuruluşa veya kişiye aktarılamaz, yürütme ise, Anayasanın 6. maddesi uyarınca, ancak yasaların çizdiği sınırlar içinde düzenleyici işlemler yapabilir. Böylelikle yürütmeye Anayasa'nın tanımadığı yetkiler tanımış olmakla bu kanun Anayasa'nın 4. maddesindeki hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanmayacağı yollu ilkeye de aykırı bulunmaktadır…"* [AYM, T. 25.10.1969, E. 1967/41, K. 1969/57 www.anayasa.gov.tr (Son Erişim: 26.12.2024)

21 Arıkan (n 19) 148

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemre Akyılmaz, '2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri', (2019) 23 [1] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191, 199 vd.

salt normlar hiyerarşisi bakımından değerlendirildiğinde Yönetmelik'in RDİN'i ilga etmediği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce RDİN'in uygulanma kabiliyetini yitirdiği göz önünde bulundurularak Yönetmelik'in daha önce belirttiğimiz örtülü boşluğu doldurduğu kabul edilmelidir.

Yönetmelik'in yurtiçinde gerçekleştirilen demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde TTK m. 852'nin atıfta bulunduğu özel düzenlemeyi karşıladığını bu nedenle de öncelikli olarak uygulanacağını düşünmekteyiz. Bununla birlikte RDİN'in günümüzde uygulanabilir bir hükmünün varlığı hâlinde bu hükme öncelik verilmelidir. RDİN'in bir asırdan daha önceki ekonomik ve sosyal şartlarda düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda bu tespitin çoğu zaman teorik nitelik arz ettiğini de söylemek gerekir. İlgili konuda Yönetmelik ya da RDİN'de bir düzenleme bulunmayan durumlarda ise TTK'nın taşıma işleri kitabındaki genel hükümler uygulanacaktır. Ancak gerek 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü'ne verilen yetkiye dair yukarıda tespitini yaptığımız hususlar gerek RDİN'in uygulanabilirliğine dair tartışmalar göz önüne alındığında demiryolu taşımacılığına ilişkin tamamen yeni bir kanun ihdas edilmesi gerekliliği ortadadır. Bu gereklilik COTIF-CIV düzenlemeleri başta olmak üzere uluslararası mevzuata uyumluluk açısından da önemlidir[23].

B. Demiryolu Tren İşletmecisinin Bagaj Taşımasından Kaynaklanan Akdi Sorumluluğuna Uygulanacak Hükümler

Bagaj taşımalarından kaynaklanan sorumluluk akdi sorumluluktur. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, TTK veya Yönetmelik'in emredici hükümlerine aykırı olmadığı sürece ilgili düzenlemelerden önce uygulama alanı bulacaktır. Taşıma sözleşmesi, Yönetmelik m. 4/1-bb bendine göre "*Taşımacılık hizmeti için demiryolu tren işletmecisi veya acente ile yolcu veya gönderici arasında, ücretli ya da ücretsiz olarak yapılan taşımacılığa ilişkin sözleşmeyi*" ifade eder[24]. Yine Yönetmelik m. 5/2'ye göre demiryolu tren işletmecisi taşıma sözleşmesiyle, yolcuyu, el bagajını, bagaj, araç ve eşyayı varış yerine götürmeyi, bagaj ve eşyayı varış yerinde yolcuya teslim etmeyi taahhüt eder.

Taşıma sözleşmesinin bir türü olan yolcu taşıma sözleşmesi de tarafların[25] karşı-

---

23 Aktan (n 9) 15

24 Demiryolu tren işletmecisini temsilen hareket eden acentenin sözleşmenin tarafı olarak aktarılmasına ilişkin Yönetmelik düzenlemesinin hatalı ve isabetsiz olduğu yönünde bkz. Meriç (n 14) 845

25 Yolcu taşıma sözleşmesinin tarafları taşıyıcı ve yolcudur. Yönetmelik hükümlerinde taşıyıcı kavramı açıklanmamıştır. TTK m. 850/1'e göre taşıyıcı *taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişi*dir. Yönetmelik m. 5/2 esas alındığında demiryolu yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcı demiryolu tren işletmecisidir. Demiryolu ile yolcu taşımada işletmeci Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) Genel Müdürlüğü tarafından verilen yetkiye istinaden TCDD Taşımacılık AŞ'yi ifade eder. Yolcu ise Yönetmelik m.4/1-ff bendinde *demiryolu ile seyahat eden ve taşıma sözleşmesine taraf olan kişiler* olarak tanımlanmıştır. Demiryolu yolcu taşıma sözleşmesinin tarafları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan (n 9) 33-38

lıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur[26]. Kural olarak taraflar sözleşme yapıp yapmama veya sözleşmenin içeriğini düzenleme konusunda irade serbestisine sahiptirler. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu sözleşmenin zayıf konumundaki tarafını koruyarak onun aleyhine düzenleme yapılamayacak yönde bir içerik kısıtlamasına gitmektedir. Yolcu taşıma sözleşmelerinde de yolcunun sözleşmeyi müzakere etme olanağının olmaması onun korunmasını gerektirebilir. Bu sebeple Yönetmelik m. 5/9 ile yolcuların haklarının taşıma sözleşmesiyle veya başka bir yolla kısıtlanamayacağına veya ortadan kaldırılamayacağına yönelik tek taraflı nispi emredici nitelik taşıyan bir hüküm getirilmiştir[27].

Tarafların yolcu taşıma sözleşmesinde kararlaştırmadıkları konularda deniz, demir ve hava yoluyla taşımada özel hükümlerin saklı olduğunu belirten TTK m. 852 gereği, bagaj taşımalarından kaynaklanan akdi sorumluluğa ilişkin özel hükümler TTK hükümlerine göre öncelikle uygulanacaktır. RDİN, bagaj taşımalarından kaynaklanan sorumluluğun tespitine veya miktarına ilişkin uygulanabilir güncel bir hüküm içermemektedir[28]. O hâlde demiryolu tren işletmecisinin bagaj taşımalarından kaynaklanan sorumluluğu öncelikle Yönetmelik hükümlerine göre belirlenecektir. Yönetmelik'te konuyla ilgili özel bir hüküm bulunmadığı durumlarda ise TTK hükümleri uygulanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 912/1'in ikinci cümlesinde taşıyıcının, yolcunun eşyasının zıyaından ve hasara uğramasından TTK'nın 875 ilâ 886'ıncı maddeleri uyarınca sorumlu olduğu ifade edilmiştir29. TTK'nın atıf yapılan söz konusu maddeleri arasında eşya taşıma düzenlenmiştir. Öyleyse bagaj taşımalarından kaynaklanan sorumluluğa Yönetmelik'ten sonra TTK'nın eşya taşımaya ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca TTK m. 1 uyarınca, demiryolu ile taşımaya ilişkin düzenlemelerden sonra taşıma hukukuna ilişkin ticari örf ve âdet hükümlerinin diğer genel hükümlerden önce uygulanması gerekecektir.

II. DEMİRYOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE İŞLETMECİNİN BAGAJI TAŞIMA BORCU

A. Bagaj Kavramı ve Türleri

Öğretide bagaj, adına belge düzenlensin veya düzenlenmesin yolcunun yanına aldığı eşyası dışında araçta onunla birlikte taşınan kişisel eşyası olarak tanımlan-

---

26 Yolcu taşıma sözleşmesinin özellikleri, unsurları, kurulması ve sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan (n 9) 23-51

27 Aktan (n 9) 26

28 RDİN her ne kadar yolcu eşyalarının zayi ve gaip olmasına ilişkin hükümler (RDİN, İkinci Fasıl m. 24 vd.) içerse de söz konusu hükümlerin günümüzde uygulanma olasılığı bulunmamaktadır.

29 Zıya ve hasardan bahsedilmesine diğer sorumluluk hali olan teslimde gecikmeden sehven bahsedilmediğini düşünüyoruz. Zira TTK m. 875 gecikmeden doğan zarardan sorumluluk halini de kapsamaktadır.

maktadır[30]. Yolcunun yanına aldığı kişisel eşyası ise el bagajı (teslim edilmeyen bagaj) olarak ifade edilmektedir[31]. Yani bagajın demiryolu tren işletmecisine teslim edilmesi gerekirken; el bagajı, tren yolcusunun kendi denetim ve gözetim sorumluluğu altında onunla aynı vagonda taşınmaktadır[32].

TTK'da bagajı tanımlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yönetmelik'in m. 4/1-d hükmünde, *yolcunun yanında taşıyamayacağı hacim, boyut ve ağırlıkta olan ancak yolculuk sonunda varılacak yerde kullanılmasına ihtiyaç duyulan seyahat belgesi düzenlenmiş nesne ve diğer şahsi mallar*ın bagaj niteliğinde olduğu belirtilmiştir. El bagajı ise Yönetmelik'in m. 4/1-m hükmüne göre *yolcunun kendi denetim ve sorumluluğu altında olan, seyahat ettiği vagonda muhafaza ettiği, demiryolu tren işletmecisi tarafından belirlenmiş ölçü ve ağırlıktaki bagajlar*dır[33].

Görüldüğü üzere Yönetmelik'te bagaj kavramı, öğretinin aksine, seyahat belgesi düzenlenmiş eşyalarla sınırlanmıştır (Yönetmelik m. 4/1-d). Seyahat belgesi ise Yönetmelik'in m. 4/1-y hükmünde; *talep edilen yolculuk için belirlenen şartlarda geçerli olan, kâğıt ve/veya elektronik olarak ilgili mevzuat uyarınca düzenlenen ve kaydedilen; ücreti, geçerlilik şartları ve özel koşulları olan bir veya birden çok yolculuk sağlayan bilet* olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin (ı) bendinde de biletin seyahat belgesini ifade ettiği belirtilmiştir. Yönetmelik m. 4/1-e'de ise bagaj taşıma belgesi tanımlanmıştır. Buna göre; *bagajın yolcudan alındığını gösteren, demiryolu tren işletmecisi tarafından bagaj taşımasına ilişkin düzenlenen belge* bagaj taşıma belgesidir.

Yönetmelik'in m. 4/1-d hükmünde *"seyahat belgesi"* ifadesi kullanılmışsa da aslında bagaj için düzenlenmesi gereken belge *"bagaj taşıma belgesi"*dir. Ancak anılan hükümdeki seyahat belgesi kavramını bagaj taşıma belgesi olarak anlayarak, sorumluluğun bagaj taşıma belgesi düzenlenmiş eşyalarla sınırlandırılması da mümkün değildir. Nitekim Yönetmelik m. 12/5 uyarınca da bagaj taşıma belgesinin olmaması Yönetmelik'e tabi olan bagajların taşınması ile ilgili sözleşmelerin mevcudiyetini ve geçerliliğini etkilemez. Dolayısıyla önemli olan taşıyıcının haberdar olduğu ve koruması altına aldığı, yolcuya ait bir bagajın bulunmasıdır. Bu bağlamda Yönetmelik m. 4/1-d hükmü ile kastedilen de *"...seyahat belgesi düzenlenmiş yolcuya ait, taşıyıcının haberdar olup koruması altına aldığı nesne ve diğer şahsi mallar"* olmalıdır.

---

30 Mazhar Nedim Göknil, *Hava Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951) 188; Ahmet Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku* (2. Baskı Yetkin Yayınları 1993) 287

31 Göknil (n 30) 189; Sabih Arkan, 'Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerinde Düşünceler', (1983) 12 [1] BATİDER 13, 21; Zeyneloğlu (n 30) 287; Aktan (n 9) 39, 40

32 Vural Seven, *Taşıma Hukuku* (2. Baskı Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları 2010) 26; Aktan (n 9) 39-40

33 Aynı maddenin (o) bendinde ise *trende yolcusu olmadan, demiryolu tren işletmecisi tarafından belirlenen hacim, boyut, ağırlık ve çeşitlilikte taşınabilir, ticari olmayan nesneler* olarak eşya kavramı tanımlanmıştır. Çalışmamızın konusu demiryolu işletmecisinin yolcu taşıma sözleşmesi kapsamındaki bagaj taşıma sorumluluğu olduğundan trende yolcu olmadan taşınan eşyalara ilişkin hükümler ele alınmayacaktır.

B. Bagaj Taşıma Borcunun Hukuki Niteliği ve Yerine Getirilmesi

Bagajı taşıma borcu demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcı sıfatındaki demiryolu tren işletmecisinin asli nitelikteki yolcu taşıma borcunun ifası sırasında yerine getirmesi gereken bir yan edim yükümlülüğüdür[34]. Yani bagaj taşıması, ayrı bir taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturmamaktadır[35]. Zira taşıma taahhüdü yolcunun bagajlarının taşınmasını da kapsamaktadır[36]. Nitekim Yönetmelik'te de demiryolu tren işletmecisinin teşkilatında bagaj vagonu bulunan trenlerde bagajın, diğer trenlerde ise el bagajının, evcil hayvan ve araçların taşınmasını hiçbir şekilde reddedemeyeceği düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 10/1). Ancak demiryolu tren işletmecisi taşıma koşullarını kendi belirler ve ilan eder (Yönetmelik m. 10/1). Bu yüzden Yönetmelik m. 7 gereği demiryolu tren işletmecisinin yolculara seyahat öncesinde ve esnasında asgari olarak sunması gerektiği bilgiler arasında kayıp el bagajı, bagaj ve eşya taşımasıyla ilgili prosedürler de sayılmıştır (Yönetmelik Ek-1).

Bagaj taşımaya ilişkin yan edim yükümlülüğünün ifası için kural olarak taşıyıcıya ayrı bir ücret ödenmez (TTK m. 912/1). Bununla birlikte uygulamadaki sözleşmelerde belli bir kilograma kadar olan bagajlar için ücret talep edilmezken, bunu aşan kısım için belli bir ücret öngörülmektedir[37]. Nitekim Yönetmelik m. 12/1'e göre demiryolu tren işletmecisi, taşımaya kabul edilebilecek olan bagajlar ile şeylerin türü, hacmi, boyutu, ağırlığı ve sayısına ilişkin koşulları, bu çerçevede uygulanacak taşıma ücreti esaslarını belirler ve ilan eder. Aynı husus el bagajları için de geçerlidir (Yönetmelik m. 13/1). Öğretide taşıma için ücret belirlenmesi halinde ayrı bir taşıma sözleşmesinin varlığından söz edileceği ileri sürülmüştür[38]. Ancak ayrı bir sözleşmenin varlığının, sözleşmeye konu şeylerin bagaj sıfatını etkilemediğini kabul etmek gerekir. Aynı şekilde belli bir ağırlıktan fazla bagaj için ek ücret öngörüldüğü durumlarda, taşıyıcının ücretin ödenmemiş olduğu gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir[39].

Taşıyıcı hakimiyeti altında bulunan bagajı koruyup gözetme yükümlülüğü altındadır[40]. Demiryolu tren işletmecisinin bu yükümlülüğü nasıl yerine getireceği Yönetmelik'in bagaj ve el bagajlarının taşınma koşullarını düzenleyen üçüncü bö-

---

34 Arkan (n 31) 20; Sinan Sami Akkurt, *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2014) 238; Eriş (n 13) 927; Hüseyin Tokat, 'Karayoluyla Yolcu Taşımasından Kaynaklanan Akdi Sorumluluk' (2016) 65 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2909, 2959; Adıgüzel (n 5) 306. Bagaj taşıması yolcu taşıma sözleşmesinin fer'i olarak da ifade edilmektedir bkz. Göknil (n 30) 188; Zeyneloğlu (n 30) 287.

35 Adıgüzel (n 5) 29

36 Arkan (n 31) 20; Seven (n 32) 131; Aktan (n 9) 39

37 Bkz. https://ebilet.tcddtasimacilik.gov.tr/yolcu-tasima-kurallari >El Bagajı Taşımaları (Son Erişim: 18.01.2025)

38 Arkan (n 31) 21

39 Zira böyle bir iddia TTK m. 854'e aykırı düşer bkz. Arkan (n 31) 24-25

40 Arkan (n 31) 21; Akkurt (n 34) 238; Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1987) 169

lümünde ayrıntılı olarak belirtilmiştir (Yönetmelik m. 10-18). İlgili bölümde yolcular için de belirli kurallar getirilmiştir. Örneğin yolculara, trenle taşınacak evcil hayvanların sağlıklı olduklarına dair belgeleri yolculuk öncesi ibraz etme (m. 10/4), akıntı, koku gibi belirtilerin ortaya çıkması halinde bagajın kontrol edilmesine rıza gösterme (m. 11), beraberinde bulunan el bagajlarını gözetme ve trende bu iş için ayrılmış yerlere uygun bir şekilde yerleştirme (m. 13/2-3) gibi yükümlülükler yüklenmiştir. Yine trenlerde taşınması suç teşkil eden maddeleri taşıma yasağı düzenlemişken (m. 13/4), taşıma belgesinin kendi açıklamalarına uygun bir biçimde düzenlendiğini kontrol etme (m. 15/4), bagaj olarak taşınan her bir parça üzerinde adını, adresini ve varış yerini görünür bir biçimde belirtme (m.16/1) gibi yolcuya ait yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde duruma göre demiryolu tren işletmecisi bagaja gelen zararlardan sorumlu olmayacak hatta yolcunun tren işletmecisine karşı sorumluluğu dahi doğabilecektir.

Yönetmelik m. 12/4'e göre bagajların sevkiyle ilgili akdi yükümlülükler bagaj taşıma belgesiyle tespit edilecektir. Her ne kadar yine aynı maddenin 5. fıkrasına göre bagaj taşıma belgesinin olmaması veya usulüne uygun olmaması veya kaybolması, bu Yönetmelik'e tabi olan bagajların ve eşyanın taşınması ile ilgili sözleşmelerin mevcudiyetini ve geçerliliğini etkilemeyecekse de hükmün saklı tuttuğu 18. maddeye göre demiryolu tren işletmecisi, zorunlu olmamakla birlikte, bagaj taşıma belgesini elinde bulunduran kişinin bagajı veya eşyayı teslim almaya yetkili olup olmadığını denetleme hakkına sahiptir. Bagaj taşıma belgesinin iade edilmemesi halinde, demiryolu tren işletmecisi bagajları veya eşyaları sadece teslim almaya hakkı olduğunu kanıtlayan kişiye teslim etmekle yükümlüdür (Yönetmelik m. 18/1-2).

Yönetmelik m. 15/3 uyarınca bagaj taşıma belgesi*; "bagaj teşhis kuponunun*[41] *tarih ve numarasını, demiryolu tren işletmecisi veya acentenin ticaret unvanlarını, adreslerini ve iletişim bilgilerini, yolcunun adını-soyadını veya yolcu biletinin tarih ve numarasını, g*öndericinin ve alıcının ad*ını soyadını veya varsa ticaret unvanını ve adresini, bagajın veya eşyanın türünü, miktarını ve ağırlığını, tren kalkış, varış ve varsa aktarma yerlerini, bagaj veya eşya taşıma ücretini, teslim yerini, bagaj veya eşyanın içeriğini, yolcu tarafından özel olarak beyan edildiği takdirde bagaj veya eşyanın değerini, aksine bir hüküm olsa dahi, taşımanın Yönetmelik'e tabi olduğuna ilişkin açıklamayı, bagaj veya eşyaların sevkiyle ilgili akdi yükümlülükleri kanıtlamasına ve yolcunun veya göndericinin bu taşıma sözleşmesinden doğan haklarını kullanmasına imkân veren başka herhangi bir açıklama*"yı içermelidir. Buna karşılık yolcu da bagaj taşıma belgesini aldığında, bu belgenin kendi açıklamalarına uygun bir biçimde düzenlendiğini kontrol etmekle yükümlüdür (Yönetmelik m. 15/4). Ancak bagaj taşıma belgesine yazılması gereken bilgilerden, yolcu biletinde zaten mevcut olan bilgiler bagaj taşıma belgesine yazılmayabilir veya biletle bir-

[41] Yönetmelik m. 4/1-f bendine göre bagaj teşhis kuponu; *bagajın hangi yolcuya ait olduğunun tespitini sağlayan belge*dir.

leştirmek kaydıyla sadece bir bagaj teşhis kuponu verilebilir (Yönetmelik m. 15/5).

Bagaj taşıma belgesine ilişkin bu ayrıntılı düzenlemeler esasında demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun kapsamının da belirlenmesini sağlayacaktır. Zira bagaj taşıma belgesi, aksi kanıtlanıncaya kadar, bagaj kaydının ve bunların taşınma koşullarının ispatı niteliğindedir (Yönetmelik m. 12/6). Aksi kanıtlanmadıkça bagajın demiryolu tren işletmecisi tarafından gözle görünür bir biçimde iyi durumda teslim alındığı ve bagaj sayısıyla ağırlığının bagaj taşıma belgesinde yazılı olan kayıtlara uygun olduğu kabul edilir (Yönetmelik m. 12/7). Böylelikle bagajların bagaj taşıma belgesinde yer aldığı gibi olmadığını iddia eden taraf bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olacak, örneğin bagajın hasara uğradığı iddia edildiğinde bagaj taşıma belgesinde yazan hükümlere göre bagajın zaten hasarlı olarak teslim edildiği tespit edilirse demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğuna gidilemeyecektir[42].

Taşıyıcının bagaj taşımasına ilişkin yükümlülükleri bagaj kendisine teslim edildiği anda başlayıp, varış yerinde yolcuya veya temsilcisine teslim edilmesiyle son bulur[43]. Yönetmelik m. 10/6'da demiryolu tren işletmecisinin bagajları ve eşyaları teslim aldığı andan teslim edinceye kadar bagajdan sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Öğretide, el bagajıyla ilgili sorumluluğun ise yolcunun taşınmaya başlanması ile başlayacağı, varma yerine ulaşması ile de sona ereceği belirtilmiştir44.

III. YÖNETMELİK'E GÖRE DEMİRYOLU TREN İŞLETMECİSİNİN BAGAJ TAŞIMADAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Demiryolu tren işletmecisi, yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin bir yan edim yükümlülüğünün sonucu olan bagaj taşımasına ilişkin taahhüdüyle birlikte bagajın bakım ve muhafazasına özen gösterme ve bagajı teslim yükümlülüklerini de üstlenmiş olur. Yönetmelik m. 10/6'da bagajları teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar, m. 19/2'de de taşıma esnasında, trende, istasyonda veya istasyon dışında muhafaza ve nezareti altında bulunduğu durumlarda demiryolu tren işletmecisinin bagajdan sorumlu olduğu belirtilmektedir.

Demiryolu tren işletmecisinin bagaj, el bagajı, evcil hayvan ve eşyanın taşınmasına ilişkin sorumluluğu, sorumluluğuna yol açan hâllerin neler olduğu ve bu hâllerden kaynaklanan sorumluluğun şartları, sınırları ve sorumlu olduğu kişiler Yönetmelik'in dördüncü bölümünün 30 ilâ 39. maddeleri arasında ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır. Yönetmelik m. 40'da ise demiryolu tren işletmecisi yolcunun trene binmesinden inmesine kadar geçen sürede yaşanacak kaza ya da olay sonucu ölüm,

---

42 Aktan (n 9) 41

43 Arkan (n 31) 22; Nurdan Orbay Ortaç, 'Havayolu ile Taşımalarda Bagajın Zıyaı veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Âkdi Sorumluluk' (2014) [114] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 143, 146; Tokat (n 34) 2963; Adıgüzel (n 5) 307

44 Adıgüzel (n 5) 307

yaralanma ya da bagaja, el bagajına zarar gelmesi hallerini Demiryolu Tren İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği[45] kapsamında yapmakla yükümlü olduğu üçüncü şahıslara karşı mali sorumluluk sigortası ile karşılayacağı belirtilmiştir. Sigorta yaptırılması hem yolcunun hem de demiryolu tren işletmecisinin menfaatlerinin korunması açısından önem arz etmektedir. Böylece zarar gören, uğradığı zararı doğrudan sigortacıdan da isteyebilecektir (TTK m. 1478).

B. Demiryolu Tren İşletmecisi ve Fiillerinden Sorumlu Olduğu Kişiler

Yönetmelik'teki tanıma göre demiryolu tren işletmecisi; "*ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yük ve/veya yolcu taşımacılığı yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişilerini ve şirketleri"* ifade etmektedir (Yönetmelik m. 4/1-I). Yönetmelik'te demiryolu tren işletmecisinin Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişisi veya şirket olması aranmaktadır. 6461 Sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun46 (TDUSHK) m. 2/1-d hükmünde de aynı şart öngörülmüştür. İlgili Kanun maddesinin f bendine göre ise şirket, TTK'ya göre tutulan ticaret siciline kayıtlı şirketleri ifade etmektedir. Dolayısıyla demiryolu tren işletmecisinin, Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişileri ve ticaret şirketleri olduğu sonucuna varılabilir[47].

Yönetmelik'in 39. maddesinde demiryolu tren işletmecisinin, görevlerinin icrası çerçevesinde hareket ettikleri sürece çalışanlarının ve hizmetine başvurduğu diğer kişilerin fiillerinden sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca, üzerinde taşımanın yapıldığı demiryolu altyapı işletmecisinin, taşımanın icrası için demiryolu tren işletmecisi tarafından hizmetine başvurulan diğer kişiler olarak kabul edileceği be-

---

45 RG 19.08.2016/29806

46 RG 01.05.2013/28634

47 Ülkemizde demiryolu ile yolcu ve eşya taşımacılığı bir kamu iktisadi kuruluşu olan TCDD tarafından tekel olarak yürütülmekteydi. TCDD'nin hukuki statüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erol (n 14) 64-68. Ancak Avrupa'da demiryolu taşımacılığının devlet tekelinden çıkarılması yönündeki eğilimden Türkiye de etkilenmiş ve m. 2/1-d bendinde Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişileri ve şirketlerin demiryolu tren işletmecisi olabileceğinin belirtildiği 6461 Sayılı TDUSHK ile, demiryolu ile yolcu ve yük taşıma faaliyetinin özelleştirilmesinin önü açılmıştır. Bu çerçevede örneğin 2017 yılında Körfez Ulaştırma A.Ş., 2018 yılında OMSAN Lojistik A.Ş., özel demiryolu tren işletmecisi olarak faaliyet göstermeye başlamış bunun yanında İzmir Banliyö Taşımacılığı Sistemi A.Ş. de taşımacılık yapabilmek adına yetki belgesi edinmiştir. 19.11.2015 tarih 29537 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Demiryolu Emniyet Yönetmeliği m. 4/1-ss'ye göre yetki belgesi: *Bakanlık tarafından bir işletmeciye verilen ve demiryolu ulaştırma hizmetleri sunabilmek, altyapı ve demiryolu işletebilmek için önkoşulların sağlandığını gösteren belgeyi* ifade eder. Ancak yetki belgesi verilen bu şirketler yük veya banliyö taşımacılık hizmetlerini yerine getirmektedirler, bkz. Meriç (n 14) 844 dn 13. Bu yüzden Yönetmelik ve çalışmamız kapsamında demiryolu tren işletmecisinden TCDD A.Ş'nin anlaşılması gerekmektedir. Nitekim 6461 Sayılı Kanun'un amaçlarından biri de Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketi adıyla demiryolu tren işletmecisi olarak bir şirket kurulmasını sağlamaktır (TDUSHK m. 1/1-c).

lirtilmiştir. Yönetmeliğin bu özel düzenlemesi Türk Borçlar Kanunu[48]'nun (TBK) *"Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk"* başlıklı 116. maddesi ile taşıyıcının kendi adamlarının ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmâllerinden, kendi fiil ve ihmâli gibi sorumlu olacağını düzenleyen TTK m. 879 düzenlemeleriyle uyumludur[49]. Keza hem Yönetmelik m. 39'da hem de TTK m. 879'da taşıyıcının sorumlu olduğu kişiler iki gruba ayrılmıştır. İlk grubu, taşıyıcıyla hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışanlar oluştururken; ikinci grubu, yiyecek ve içeceklerin temin edildiği kişi gibi, taşıyıcıyla sürekli bir ilişki içerisinde olmamakla birlikte taşıyıcıya taşıma işinde yardımcı olanlar oluşturmaktadır[50]. Demiryolu altyapı işletmecisinin ise ikinci grupta değerlendirilmesi gerektiği Yönetmelik'te özel olarak hükme bağlanmıştır[51]. O halde demiryolu tren işletmecisinin taşıma faaliyetini yerine getirirken hizmet ve yardımlarından yararlandığı personeli, demiryolu altyapı işletmecisi ve diğer kişiler ifa yardımcısı sayılacak, demiryolu tren işletmecisi bunların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararlardan sorumlu olacaktır. Ancak bu sorumluluk ifa yardımcılarının kendilerine verilen görevleri yerine getirirken meydana getirdikleri zararlarla sınırlıdır[52].

Yönetmelik m. 31/6'ya göre tek bir taşıma sözleşmesiyle yapılan bir taşımacılık hizmeti müteakip taşımacılar tarafından yapıldığında her taşımacı, bagajları ve eşyaları bagaj taşıma belgesiyle teslim alarak, bagaj taşıma belgesinin hükümlerine uygun olarak bagajların ve eşyanın sevki konusunda taşıma sözleşmesine katılır ve bunlardan doğan yükümlülükleri üstlenir. Bu durumda her taşımacı hem bagaj/eşya

---

48 RG 04.02.2011/27836

49 Taşımanın yapılması için hizmetlerinden yararlanılan diğer kimselerin taşımacının işletmesinde istihdam olunmaları ya da taşımacıyı temsil yetkisine sahip olmaları gerekmediği hakkında bkz. Hakan Karan, Özgenur Kara ve İzel Varan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi* (2. Baskı Yetkin Yayınları 2020) 124

50 Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1982) 96-97; Ülgen (n 40) 206; Orbay Ortaç (n 43) 149. TBK m. 116'nın devamında ise yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşma ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak maddenin son cümlesine göre: *"uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür"*. Uzmanlık gerektiren demiryolu tren işletmeciliği ancak Bakanlıkça yetkilendirilenler tarafından yapılabileceğinden, işletmecinin yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumluluğu da önceden yapılan bir anlaşmayla bertaraf edilemeyecektir.

51 6461 Sayılı TDUSHK m. 2/1-ç'ye göre demiryolu altyapı işletmecisi: *Tasarrufundaki demiryolu altyapısını güvenli bir şekilde işletmek ve demiryolu tren işletmecilerinin hizmetine sunmak hususunda Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişilerini ve şirketlerini* ifade eder. Yine TDUSHK m. 1/1-b'ye göre ilgili kanunun amaçlarından biri Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünün demiryolu altyapı işletmecisi olarak yapılandırılmasını sağlamaktır.

52 İfa yardımcıları ve yolcu arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. İlgili hususta bkz. Aktan (n 9) 129

üzerinde yer alan bilgilerin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[53] kapsamında korunmasından, hem de bagajın başlangıç noktasından varış noktasına tüm güzergâh üzerinde teslimatına kadar demiryolu tren işletmecisi ile müteselsilen sorumludur. Taşımanın birbiri ardınca müteakip taşımacılar tarafından yapılması halinde ise yolcu, bagaj, eşya veya el bagajını kabul etmiş olan her taşımacının Yönetmelik hükümlerine tabi olacağı ve taşımanın kendi denetiminde yapılan bölümü ile ilgili olduğu ölçüde, taşıma sözleşmesinin taraflarından biri sayılacağı düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 31/7). Yani tek bir taşıma sözleşmesi olmadığı takdirde her taşıyıcı taşımanın kendisi tarafından üstlenilen bölümü bakımından sorumlu olacaktır[54].

Öğretide müteakip taşıma, bir taşıma sözleşmesinin tarafı olan taşıyıcının taşıma işini farklı taşıma aracıyla yerine getiren farklı taşıyıcılara bırakması ve bunların birbiri ardınca taşımayı gerçekleştirmeleri hali olarak tanımlanmıştır[55]. Müteakip taşıyıcı ise tek bir taşıma yöntemiyle yapılan taşımada birbiri ardına taşımayı gerçekleştiren ve taşımayı gerçekleştirdiği kısımda taşıma konusunu devralarak taşıma sözleşmesinin tarafı haline gelen taşıyıcıdır[56]. Bir görüşe göre müteakip taşıma eşya taşımalarında ortaya çıkmakta, yolcu taşımaları bakımından bu tip bir taşımanın pratiği söz konusu olmamaktadır[57]. Özellikle uluslararası yolcu taşımalarında bir ülkeden başka bir ülkeye yapılan yolcu taşımasının bu şekilde gerçekleşmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte yolcu taşımacılığının niteliğinin bunu pratik kılmayacağı belirtilmiştir[58]. Bu nedenle demiryoluyla yurtiçi yolcu taşımalarında bu hükümlerin uygulanabilirliği tartışmalıdır.

Yönetmelik'in m. 31/8 hükmünde demiryolu tren işletmecisinin taşıma sözleşmesinde kendisine tanınan bir yetkinin kullanılması çerçevesinde olsun ya da olmasın, taşımanın icrasını bir başka demiryolu tren işletmecisine kısmen veya tamamen devrettiğinde taşımanın tümüyle ilgili sorumluluğunun devam edeceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce burada kast edilen fiili taşıyıcı kavramıdır[59]. Fiili taşıyıcı gönderenle veya yolcu ile taşıma sözleşmesini akdeden akdi taşıyıcının, taşımanın bir kısmı ya da tamamı için taşıma işinin icrasını kendi aralarındaki bir sözleşme ya da başka bir sebebe binaen devrettiği, asıl taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan

---

53 RG 07.04.2016/29677

54 Meriç (n 14) 867

55 Burak Adıgüzel, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu' (2013) 71 [2] İÜHFM 3, 7

56 Adıgüzel (n 5) 37-38

57 Adıgüzel (n 5) 38

58 Adıgüzel (n 5) 38 dn 79; Aktan (n 9) 35

59 *Meriç*'e ve *Aktan*'a göre burada kast edilen alt taşıyıcıdır, bkz. Meriç (n 14) 867-868; Aktan (n 9) 97. Ancak alt taşıyıcı taşımanın bir sözleşme ile kendisine bırakıldığı kişi olduğu için fiili taşıyıcıdan daha dar kapsamlı bir tabirdir. Alt taşıyıcılar da fiili taşıyıcı olarak kabul edilmektedir, bkz. Adıgüzel (n 55) 7

üçüncü kişi niteliğindeki taşıyıcı olarak tarif edilebilir[60]. Ancak Yönetmelik'te sadece demiryolu tren işletmecisinin taşımanın tümünden sorumlu olmaya devam edeceği belirtilmiş, fiili taşıyıcının sorumluluğuna dair bir hüküm getirilmemiştir. TTK m. 912'de bagaj taşımalarına ilişkin olarak TTK m. 875 ilâ 886. maddeleri arasına atıf yapıldığından TTK'nın 888. maddesinde düzenlenen fiili taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükmün bagaj veya el bagajı taşımalarına uygulanacağı söylenemez. Bu bakımdan Yönetmelik'in fiili taşıyıcıyı m. 39 kapsamında demiryolu tren işletmecisinin hizmetine başvurduğu diğer kişilerden saydığı çıkarımı yapılabilir. Halbuki TTK'nın denizyoluyla yolcu taşımalarına ilişkin 1257. maddesinde fiili taşıyanın[61] da taşımanın kendisi tarafından yapılan bölümü için TTK'nın ilgili bölümü düzenlemeleri gereğince sorumlu tutulacağı hatta fiili taşıyanın kusurundan ve onun adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusurdan sorumlu olacağı belirtilmiştir (TTK m. 1257/1 ve 2). O halde TTK m. 1256'nın 3. ve 4. fıkralarındaki denizyoluyla yolcu taşımalarında taşıyanın kabin ve el bagajının zıya ve hasarına dair sorumluluğuna ilişkin öngörülen hususlar fiili taşıyan için de geçerlidir. Kanaatimizce demiryolu taşımalarına ilişkin olarak bu konuda bir düzenleme bulunmasa da somut olayın özelliklerine göre, demiryolu ile yolcu taşımacılığında da fiili taşıyıcının gerektiğinde bagaj zararlarından sorumlu tutulması hakkaniyete uygun düşecektir.

C. El Bagajından Kaynaklanan Sorumluluk

eTTK döneminde taşıyıcının el bagajından sorumlu olmadığı kabul edilmekteydi[62]. Nitekim eTTK m. 804'te yolcunun yanında alıkoyduğu eşyadan taşıyıcının sorumlu olmadığı açıkça belirtilmişti. TTK m. 912/2'de ise eski düzenlemenin aksine yolcunun kişisel eşyasından taşıyıcının sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Yönetmelik'te de demiryolu tren işletmecisinin el bagajından sorumluluğu belirtilmiştir (Yönetmelik m. 30). O hâlde bugün için taşıyıcı, yolcunun bagaj ve el bagajını taşıma yükümlülüğü altında olduğu gibi, taşıma esnasında el bagajının uğrayacağı zararlardan da sorumludur.

Yönetmelik m. 30/1 uyarınca kaza veya olay nedeniyle yolcuların ölümü veya yaralanmaları halinde demiryolu tren işletmecisi, yolcunun el bagajı olarak gerek yanında gerekse üzerinde bulundurduklarının, özellikle evcil hayvanlar ve/veya araçların, tamamen veya kısmen kaybolmasından veya hasara uğramasından sorumludur. Bu sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle zararın bir kaza ya da olay

---

60 Adıgüzel (n 55) 6

61 Denizyoluyla yapılan taşımalarda "taşıyıcı" yerine "taşıyan" ifadesi kullanılmaktadır.

62 Bununla birlikte, el bagajının taşıyıcının kusuru ile zıyaı veya hasara uğradığı durumlarda taşıyıcının genel hükümler uyarınca sorumlu tutulabileceği belirtilmekteydi bkz. Arkan (n 31) 21; Hüseyin Ülgen, 'Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma' Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 24-25 Ocak 1985 (Ankara 1985) 3, 30; Zeyneloğlu (n 30) 287-288

sonucunda gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. İkinci şart ise bu kaza veya olay sebebiyle yolcu ölmüş ya da yaralanmış olmalıdır. Üçüncü şart yolcunun el bagajının kaybolması ya da hasara uğramasıdır. Dördüncü şart da zarar ile kaza veya olay arasında illiyet bağı bulunmasıdır[63].

Demiryolu tren işletmecisinin gözetimi yolcuya ait olan el bagajlarının, evcil hayvanların ve aracın kısmen veya tamamen kaybolması veya hasarlanmasından doğan zararlardan ancak kendi kusurundan kaynaklanıyorsa sorumlu olduğu belirtilmiştir (Yönetmelik m. 30/2).TTK m. 912'ye göre taşıyıcı, yolcunun kişisel eşyasından sorumlu olmasına rağmen Yönetmelik'in lafzından, demiryolu tren işletmecisinin yalnızca yolcuların ölümü veya yaralanmaları hâlinde el bagajının uğradığı zararlardan sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Demiryoluna ilişkin özel düzenlemenin, sorumluluğu sadece belli bir durumla sınırlı tutmuş olması mümkündür. Kanaatimizce Yönetmelik hükmü bir bütün olarak birinci fıkra ve ikinci fıkra birlikte değerlendirildiğinde, demiryolu tren işletmecisinin el bagajının kaybından veya hasarlanmasından ancak kusuru varsa sorumlu olduğu, yolcuların ölümü ve yaralanmaları durumunda ise kusuru olmasa da her halde sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır[64].

Yönetmelik m. 32/1'de el bagajının kaybı[65] ve hasarı durumunda demiryolu tren işletmecisinin yolcu başına, el bagajının kilogramı başına 30 Türk Lirası ve en fazla 360 Türk Lirasına kadar olan zararı tazmin etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Yönetmelik'teki hüküm göz önüne alındığında, el bagajının kaybı veya hasarı nedeniyle uğranılan zarar miktarı ne olursa olsun, eşyanın kilogramı başına 30 Türk Lirası kadar bir tazminat ödenmesi gerekmektedir. Bu şekilde hesaplanacak tazminat, her halde 360 Türk Lirasını geçemeyecektir. Bununla birlikte, kısmi kayıp ve hasar hâlinde esas alınacak kilogram miktarının neye göre belirleneceği Yönetmelik'te belirtilmemiştir. Kanaatimizce, bu durumda TTK m. 912 atfı nedeniyle TTK m. 882'ye gidilmeli ve kısmi kayıp ve hasar hâlinde bagajın tamamı değerini kaybetmişse tamamının, bir kısmı değerini kaybetmişse değerini kaybeden kısmın kilogramı üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Kanaatimizce gerek tam gerek kısmi kayıp ve hasarlar için olsun, sorumluluk kapsamında ödenecek tazminat miktarı ve sınırları hususunda Yönetmelik'in TTK'nın 880. ve 882. madde hükümlerinden

---

63 Meriç (n 14) 870; Aktan (n 9) 96-97

64 Aksi görüşte bkz. Meriç (n 14) 870; Aktan (n 9) 97. Yazarlar ikinci fıkrayı, birinci fıkradaki sorumluluğun doğması şartlarından biri olarak görmektedir. Yani kaza veya olay nedeniyle ölüm veya yaralanma halinde demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu için kusurun varlığının aranması gerektiğini belirtmektedirler. Oysa bize göre; yolcuların kaza veya olay nedeniyle ölmeleri veya yaralanmalarından demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğu kapsamında olduğundan bunun sonucunda el bagajının kaybı veya hasarı durumunda da demiryolu tren işletmecisinin kusursuz sorumluluğu kabul edilmelidir. Demiryolu tren işletmecisinin tehlike sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan (n 9) 136 vd.

65 Aşağıda inceleneceği üzere, söz konusu durum, TTK'da isabetli olarak *"kayıp"* değil daha geniş bir kavramı ifade eden *"zıya"* olarak adlandırılmıştır.

ayrılması isabetli değildir. Özellikle ülkemizde son yıllarda yaşanan enflasyon artışından ötürü tazminat miktarı ve sınırlarının sabit bir tutarla belirtilmesi yerinde olmamıştır. Bu yüzden TTK m. 880'deki gibi bagajın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değere göre belirleme yapılması hakkaniyete uygun düşerdi.

Yönetmelik m. 33 gereği demiryolu tren işletmecisi yolcunun gümrük ve diğer idari makamların talimatlarına uymamasından doğan zarar nedeniyle yolcuya karşı sorumlu olmadığı gibi kendisinin ve çalışanlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını ve bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa zarardan sorumlu değildir. Kanaatimizce bagajın kaybı ve hasarında sorumluluktan muaf olmaya ilişkin Yönetmelik m. 31/2'de düzenlenen nedenlerin varlığı hâlinde demiryolu tren işletmecisinin el bagajından da sorumluluğundan söz edilemeyecektir[66].

D. Bagajdan Kaynaklanan Sorumluluk

1. Sorumluluğa Yol Açan Hâller

a. Bagajın Kaybolması

Yönetmelik m. 31 bagajın kısmen veya tamamen kaybolmasını bagajlara yönelik sorumluluk hallerinden biri olarak saymıştır. TTK'da *"kaybolma-kayıp"* yerine "zıya" kavramı kullanılmaktadır. Yönetmelik'te ise tıpkı 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu[67] m. 121'de olduğu gibi, TTK'nın terminolojisinden farklı olarak *"kayıp"* kavramı kullanılmıştır. Terim birliği açısından Yönetmelik'te *"kayıp"* yerine *"zıya"* kavramının kullanılması daha isabetli olurdu. Yönetmelik'te *"kaybolma"* hali hakkında açıklayıcı bir tanıma yer verilmediği için bu kavramı *"zıya"* ile eş anlamlı olacak şekilde yorumlamak gerekir[68].

Öğretide zıya, taşıyıcının taşınmak üzere teslim aldığı bagaj veya eşyayı hak sahibine teslim etmeye muktedir olmaması olarak tanımlanmıştır[69]. Teslim edememe durumu fiili veya hukuki bir imkânsızlıktan kaynaklanabilir[70]. Bagajın yanması, kaybolması çalınması, yanlışlıkla başkasına teslim edilmesi durumlarında fiili bir imkânsızlık varken, eşyaya yetkili makamlar tarafından el konulması hukuki imkânsızlık haline örnektir[71]. Cam bir eşyanın tamamen kırılması gibi, eşyanın tüm değerini kaybedecek şekilde hasara uğradığı durumlarda da eşyanın zıyaından bahsetmek gerekir[72].

---

66 Bkz. Başlık III.D.3. Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Sorumluluktan Muafiyet Halleri

67 RG 19.10.1983/18196

68 Atalay Özdemir, *Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: bagaj, yükün kaybı, hasarı ve gecikmesinden doğan zararlar nedeniyle* (Sanem Matbaacılık 1992) 56

69 Arkan (n 50) 47; Ülgen (n 40) 179; Zeyneloğlu (n 30) 247; Aktan (n 9) 117

70 Arkan (n 50) 47-48; Ülgen (n 40) 179; Zeyneloğlu (n 30) 248; Adıgüzel (n 5) 149; Aktan (n 9) 117

71 Arkan (n 50) 48

72 Farklı görüşler için bkz. Arkan (n 50) 49

Bagajın bir kısmının değerini kaybetmesi durumundan kısmi, tamamının değerini kaybetmesi durumunda ise tam zıyadan söz edilir[73]. Kısmi zıyadan ise taşıyıcının taşınması kararlaştırılan şeyi miktar, hacim veya ağırlıkça eksik teslim etmesi olarak anlaşılmalıdır. Örneğin taşıma konusu olan miktarı belli dayanıklı tüketim malının (buzdolabı, bulaşık makinesi vb.) birkaçının kaybolması durumunda kısmi zıyadan bahsedilebilir[74]. Ancak değişik çeşitlerde eşyanın tek bir taşıma sözleşmesiyle taşınmasında, taşıma senedinde gösterilen bu şeylerden birinin kaybolması kısmi değil tam zıyadır. Bir nevi borcunun konusunu oluşturmayıp ferden tayin edilmiş ve tablo, koleksiyon vs. gibi niteliği gereği bölünemeyen bir eşyanın bir kısmının zayi olması, tamamının değerinin yitirilmesine yol açacağından bu gibi durumlarda da tam zıya söz konusudur[75].

Yönetmelik'in 34. maddesinde bagaj için kayıp karinesi öngörülmüştür. Buna göre demiryolu tren işletmecisi bagajı teslim almaya yetkili olan kişiye 14 gün içinde bagajı teslim edemediği takdirde bagaj kaybolmuş sayılacaktır. 14 günlük süre bagaj taşıma belgesini elinde bulunduran kişinin demiryolu tren işletmecisinden Yönetmelik m. 18/4'e uygun olarak öngörülen süre geçer geçmez bagajların varış yerinde kendisine teslimini talep etmesiyle başlayacaktır[76]. Yönetmelik m. 18/4'deki "*öngörülen süre*" tanımından ne anlaşılması gerektiği net değildir ancak bu sürenin teslim süresi olarak kabul edilmesi uygundur. Teslim süresi, yolcu taşıma sözleşmesi ile belirlenir ve eşyanın bagajın taşınmak üzere yolcudan teslim alınarak seyahatin başlangıç noktasından varış noktasına taşınıp, varış noktasındaki ilgiliye teslim edilmesine kadar geçen süredir. Bunun yanında idari makamlar tarafından yapılan işlemler için gereken süre de dikkate alınmaktadır. Zira eşya gümrükte bazı idari işlemlere tabi tutulduğu takdirde bu işlemler sırasında geçen sürenin de taşıma süresine eklenmesi gerekir. Bu aşamada demiryolu tren işletmecisinin kusurundan kaynaklanmayan bir gecikme varsa, 14 günlük süre taşıma süresinin sona ermesinin ardından idari işlemlerin tamamlanması için gerekli sürenin de geçmesiyle başlayacaktır[77].

Yönetmelik m. 34/2'ye göre kaybolmuş sayılan bagaj, teslim talebini izleyen yıl içinde bulunursa demiryolu tren işletmecisi hak sahibini durumdan haberdar eder. Ancak bu yükümlülük hak sahibinin adresinin bilindiği veya bulunabileceği durumlar için geçerlidir. Hak sahibi bagajın bulunduğuna dair bildirimi aldığı tarihi izleyen 30 gün içinde bagajının kendisine teslim edilmesi için demiryolu tren işletmecisine başvurmalıdır. Bunun için söz konusu bagaja ilişkin almış bulunduğu tazminatı,

---

73 Adıgüzel (n 5) 150-151; Arkan (n 50) 49-50

74 Adıgüzel (n 5) 150-151

75 Arkan (n 50) 50; Özdemir (n 68) 57

76 Yönetmelik m. 18/4: *Bagaj taşıma belgesini elinde bulunduran kimse, öngörülen süre ve gerektiğinde diğer idari makamlar tarafından yapılan işlemler için gereken süre geçer geçmez bagajların ve eşyaların varış yerinde teslim edilmesini isteyebilir*.

77 Meriç (n 14) 862-863

bagajın sevk yerinden teslim yerine kadar olanları ve olası masrafını düşerek iade eder[78]. Ancak Yönetmelik m. 37'de öngörülen bagaj tesliminde gecikmeye ilişkin tazminat hakkı saklıdır. Bununla beraber hak sahibinin bagajının bulunduğu bildirimini aldığı tarihten itibaren demiryolu tren işletmecisine başvurmaması durumunda demiryolu tren işletmecisi bagajı elden çıkarma hakkına sahip olur (Yönetmelik m. 34/4). Söz konusu hak demiryolu tren işletmecisine, hak sahibinin teslim talebinden bir yıl geçtikten sonra bulunan bagajlar için de tanınmıştır. Kanaatimizce hakkaniyet gereği teslim talebinden bir yıl geçtikten sonra bulunan bagajlar için de hak sahibinin haberdar edilmesi yükümlülüğü getirilmelidir.

b. Bagajın Hasarı

Yönetmelik'te hasar kavramını açıklayıcı bir tanıma yer verilmemiştir. Öğretide hasar, taşınan eşyada (bagajda) meydana gelen ve eşyanın değerinin düşmesine neden olan her türlü maddi kötüleşme olarak ifade edilmektedir[79]. Eşyanın zıya olmasından farklı olarak, hasarda eşyanın asli vasfının yok olmasından ziyade teslim alındığı biçimde, miktarda ve durumda teslim edilememesi söz konusudur. Örneğin eşyanın kırılması, kokması, kirlenmesi, ıslanması, donması, paslanması, eşyaya yabancı bir kokunun sinmesi, gıda maddesi benzeri şeylerde çürüme ve bozulma çeşitli şekillerdeki hasarlar olarak gösterilebilir[80]. Demiryolunda yolcuya ait bagajın ıslanması, ezilmesi, kırılması gibi durumlarda maddi değerinde meydana gelen azalma oranında hasara uğradığı kabul edilecektir[81].

Eşyanın tamamında hasar meydana gelebileceği gibi bir bölümünün veya miktarının hasara uğraması da mümkündür[82]. Bu bakımdan Yönetmelik'te de bagajda meydana gelecek hasarda ödenecek tazminat tutarı bagajın tümünün hasara uğramasıyla bir kısmının hasara uğraması arasında ayrım yapılarak belirlenmiştir (Yönetmelik m. 36/2).

c. Bagajın Tesliminde Gecikme

Demiryolu tren işletmecisi kendisine teslim edilen bagajların fiziki bütünlüğünü korumakla yükümlü olduğu kadar yolcuyu ve bagajlarını varış yerine zamanında götürüp bagajları teslim etmekle de yükümlüdür[83]. Yönetmelik m. 4/1-r bendinde gecikme "*yayınlanan sefer tarifesine göre beklenen varış zamanı ile gerçekleşen/gerçekleşecek varış zamanı arasındaki fark"* olarak ifade edilmiştir. Öğretide ise

---

78 *Meriç* ve *Aktan* Yönetmelik m. 34/3'ü yolcunun bagajın sevk yerinden teslim yerine kadar olan taşıma masraflarını kendisinin üstleneceği ve iade edilecek tazminattan bu masrafların düşülemeyeceği anlamına gelecek şekilde aktarmışlarsa da kanaatimizce bu doğru olmayan bir yorumlamadır. Bkz. Meriç (n 14) 863; Aktan (n 9) 118

79 Arkan (n 50) 51; Ülgen (n 40) 181

80 Arkan (n 50) 51; Adıgüzel (n 5) 152

81 Aktan (n 9) 120

82 Arkan (n 50) 51; Ülgen (n 40) 181; Adıgüzel (n 5) 153

83 Arkan (n 10) 62; Seven (n 32) 120; Meriç (n 14) 863; Aktan (n 9) 121

gecikme; yolcunun, bagajın ya da yükün varış yerine zamanında ulaşmaması olarak tanımlanmaktadır[84].

Bagajın geç teslim edilmesi ise teslim süresinin aşılmasıdır. Öğretide teslim süresi demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesiyle belirlendiği ve bagajın taşınmak üzere yolcudan teslim alınıp seyahatin başlama noktasından varış noktasına kadar taşınarak varış noktasındaki ilgiliye teslim edilmesine kadar geçen süre olarak belirtilmiştir[85]. Ancak taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde sürenin ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bir hüküm Yönetmelik'te bulunmamaktadır. Bu hususta boşluk eşya taşımaya ilişkin teslim süresini düzenleyen TTK m. 873 gereği şartlar dikkate alındığında özenli bir taşıyıcıya tanınabilecek makul süre esas alınarak doldurulabilir[86].

Bagajın geç tesliminden kaynaklanan zarar bagajın zıyaından veya hasarından daha farklıdır. Geç teslimde dolaylı malvarlığı zararının giderilmesi esastır[87]. Ancak geç teslime bağlı olarak bagajın zıya halinde zıyaya ilişkin hükümler uygulanacaktır[88].

2. Sorumluluktan Kaynaklanan Tazminat Davaları

a. Ödenecek Tazminat Tutarları ve Sınırları

Bagajın zıyaı ve kısmi zıyaı halinde ödenecek tazminat tutarının sınırı Yönetmelik m. 35'te düzenlenmiştir. Benzer şekilde bir düzenlemeye Yönetmelik m. 32/2'de de yer verilmiştir. Aslında, Yönetmelik m. 32/2'de Yönetmelik m. 31/1 hükmü gereğince demiryolu tren işletmecisinin bagaj ve eşyaya ilişkin sorumlu olduğu tüm durumlardaki (zıya/kısmi zıya, hasar, gecikme) sorumluluk sınırları belirtilmiştir. Yönetmelik'te her bir sorumluluk hali için 35, 36 ve 37. maddelerde ayrı ayrı düzenlemeler getirilmişken, m. 32/2 ile tekrara düşülmesi isabetsiz olmuştur. Ayrıca zıya halinde tazminat tutarının hesabı için esas alınacak ölçü birimi bakımından Yönetmelik m. 32/2'de "…*bagaj veya eşya için kilogramı başına*…" ifadesi kullanılmışken m. 35/1'de "…*bagaj ve eşya brüt ağırlığının eksik kilogramı başına*…" ifadesinin kullanılması hesaplamada bir farklılık oluşturulduğu fikrini uyandırmaktadır. Kanaatimizce tam zıya durumunda bagajın brüt ağırlığının kilogramı, kısmi zıya durumunda bagajın brüt ağırlığının eksik kilogramı başına 30 TL'ye kadar ve en fazla 2100 TL'ye kadar olan zarar tazmin edilecektir. Ayrıca hak sahibinin zıyaı ispatlaması halinde zıya olan bagajın taşınmasıyla ilgili olarak yapılan diğer masraflar ile daha önce ödenmiş olan bütün vergiler demiryolu tren işletmecisi tarafından iade edilir (Yönetmelik m. 35/2).

Bagajın hasarı halinde demiryolu tren işletmecisi bagajın değerindeki düşüşe eşit bir tazminat ödeyecektir (Yönetmelik m. 36/1). Ancak bu sorumluluğun sınırı

84 Özdemir (n 68) 68

85 Arkan (n 10) 120; Meriç (n 14) 864

86 Meriç (n 14) 864

87 Meriç (n 14) 864

88 Ülgen (n 40) 185; Meriç (n 14) 864; Aktan (n 9) 121

hasarın bagajın tümünde meydana gelmesi halinde bagajın tam zıyaı, bir kısmının hasara uğraması halinde kısmi zıyaı halinde ödenecek tutardır (Yönetmelik m. 36/2). Bu da demiryolu tren işletmecisinin hasarda da tıpkı zıyada olduğu gibi bagajın kilogramı başına 30 TL ve en fazla 2100 TL'ye kadar olan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğunu göstermektedir.

Yönetmelik m. 45/2 uyarınca hasar halinde, bagajın teslim almaya yetkili kişiye tesliminden veya hasarın öğrenilmesinden itibaren en geç 3 gün içinde demiryolu tren işletmecisine ihbarda bulunulması gerekir. Hasar durumunda ispat yükümlülüğü yolcuya aittir. Bagajda kısmi zıya veya hasar olduğu tespit edildiğinde demiryolu tren işletmecisi hak sahibinin huzurunda hasarın türünü, hasarlı bagajın durumunu, kısmi zıya veya hasarın büyüklüğünü, sebebini ve ne zaman olduğunu belirten bir tespit tutanağı düzenler (Yönetmelik m. 46/1).

Bagajın tesliminin gecikmesi halinde ise tazminat ve sınırları Yönetmelik m. 37 gereğince hesaplanacaktır. Bahsettiğimiz üzere Yönetmelik m. 32/2'de, Yönetmelik m. 31/1 hükmüne atıf yapılmasıyla birlikte geç teslimden meydana gelen zararlar da m. 32/2'de belirlenen sorumluluk sınırının kapsamına alınmış olarak görünmektedir. Ancak m. 32'nin başlığı yalnızca zıya ve hasar halinden bahsetmiş, geç teslim edilme haline başlıkta yer vermemiştir. Kanaatimizce bagajın geç teslim edilmesi haline başlıkta bilerek yer verilmemiştir ancak 2. fıkrada bagajın geç teslim edilmesi durumu sehven kapsama alınmıştır[89]. Yönetmelik m. 37/2-3-4-5 fıkralarıyla zıya ve hasarda ödenecek tazminat hükümlerine atıf yapılarak tazminatların birleştirilebileceği ve birleştirilemeyeceği hallerden ayrıca bahsedilmesi bizi bu sonuca götürmektedir[90].

Yönetmelik m. 37/1 gereği bagajın tesliminde gecikme halinde demiryolu tren işletmecisi teslim talebinden itibaren 24 saatlik bölünmez her bir süre ve azami 14 gün süre için tazminat ödeyecektir. Geç teslim edilmeden dolayı hak sahibi zararı olduğunu ispatlarsa geç teslim edilen bagajın brüt ağırlığının her bir kilogramı için 1,5 TL veya bagaj başına 21 TL zararı[91] tutarına eşit, ispatlayamazsa geç teslim edilen bagajın brüt ağırlığının her bir kilogramı için 1 TL veya bagaj başına 4 TL götürü bir tazminat ödeyecektir. Teslimi geciken bagajın tamamı zayi olmuşsa bu tazminat Yönetmelik m. 35'teki zıya tazminatıyla birleştirilemez. Teslimi geciken bagajın bir kısmı zayi olmuşsa bu tazminat zayi olmayan kısım için ödenecek, zayi olan kısım için yine Yönetmelik m. 35'te öngörülen kısmi zıya tazminatı ödenecektir (Yönetmelik m. 37/1-2).

Teslimi geciken bagajın hasarı durumunda ise hasarın oluşması gecikmeden kaynaklanmıyor olsa bile gerektiğinde geç teslim tazminatı Yönetmelik m. 36'da

---

89 Aktan (n 9) 123

90 Aktan (n 9) 123

91 Yönetmelik m. 37/1-a'da "…*yirmibir Türk Lirası hasar tutarına eşit*…" denmektedir. Kanaatimizce "*hasar*" kelimesi burada "*zarar*" kelimesinin yerine sehven kullanılmıştır.

öngörülen hasar tazminatı ile birleştirilebilir (Yönetmelik m. 37/4). Bagajdaki hasar geç teslimden kaynaklanıyorsa Yönetmelik m. 36'da öngörülen tazminatla zaten birleştirilebilecektir[92]. Ancak Yönetmelik m. 37/5 gereği geç teslim tazminatının, zıya ve hasar tazminatıyla birleştiği durumlarda tazminat tutarı bagajın tamamen zıya olması durumunda ödenecek tazminattan fazla olamaz. Bu bakımdan ödenecek tazminat tutarı yine bagajın brüt ağırlığının kilogramı başına 30 TL'yi ve en fazla 2100 TL'yi geçemeyecektir.

Yönetmelik'in sorumluluk sınırlarına ilişkin belirlediği esaslar son derece düzensiz ve anlaşılması güç ifadeleri içermektedir. Ayrıca ülkemizde son yıllarda artan enflasyon oranları göz önüne alındığında Yönetmelik'te öngörülen tazminat miktarlarının zarar gören bagajın veya eşyanın rayiç değerinin çok altında kalması gibi hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğabilecektir. Sorumluluğun sınırlandırılması bakımından neredeyse tüm dünyada kullanılan hesap birimi olan Özel Çekme Hakkı TTK m. 882 ile benimsenmişken Yönetmelik ile farklı ve piyasa koşullarıyla uyumsuz bir uygulamaya gidilmesi yerinde değildir. Sorumluluk sınırlarının TTK'da olduğu gibi ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir[93]. Öte yandan Yönetmelik m. 32/2'de hak sahiplerinin genel hükümlere göre tazminat hakkı saklı tutulmuştur. Bu bakımdan yine TTK m. 912 atfıyla hak sahipleri TTK m. 875 ila 883 uyarınca belirlenecek sınır ve koşullara dayanarak da tazminat talebinde bulunabilecektir[94].

Yönetmelik'te tazminat davasında ispat yüküne ve zararın nasıl hesaplanacağına dair bir düzenleme yer almadığından bu konuda TBK ve TTK'da yer alan düzenlemeler esas alınmalıdır. Bagaj taşıma borcu, demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesine bağlı bir yan edim yükümlülüğü olduğundan bagajın zarar görmesi sözleşmeye aykırılık kapsamına girmektedir. TBK m. 114/2 gereği sözleşmeye aykırılık hallerinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulandığından meydana gelen zararı ispat yükü TBK m. 50 gereği zarar görende olacaktır. Ancak bazı durumlarda yolcu zararını ispat etmese dahi demiryolu tren işletmecisi kendisine belli bir tutar ödeyebilir. Yönetmelik m. 37/1-b'de belirlenen yolcu zararını kanıtlamasa bile bagajların gecikmesi nedeniyle ödenecek götürü tazminat buna örnektir.

---

92 *Aktan* hasar ve gecikmenin bir araya geldiği durumlarda iki ayrı tazminatın ancak hasarın gecikmeden kaynaklanmaması durumunda birlikte talep edilebileceğini öne sürmüştür, bkz. Aktan (n 9) 123. Bize göre ise Yönetmelik m. 37/4'te iki tazminatın "*gerektiğinde*" birleştirilebileceği vurgulanmıştır. Kanaatimizce hasarın gecikmeden kaynaklanmadığı hallerde bile gerektiğinde iki tazminat birleştirilebilirken gecikmeden kaynaklandığı durumlarda evleviyetle birleşebileceği kabul edilmelidir. Kaldı ki Yönetmelik m. 37/2'deki gibi iki tazminatın birleştirilemeyeceğine yönelik açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yönetmelik m. 37/1-a'daki *"…hasar tutarına eşit…"* ibaresi gecikmeden kaynaklanan hasarlarda zaten bu hükmün uygulanacağı izlenimini uyandırmaktaysa da yukarıda belirttiğimiz üzere (bkz. n 93) buradaki "*hasar*" ifadesi "*zarar*" kelimesinin yerine sehven kullanılmıştır.

93 Meriç (n 14) 868.

94 Ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan (n 9) 134 vd.

Türk Borçlar Kanunu m. 50/2'ye göre uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim olayların olağan akışını ve yolcunun aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını belirleyecektir. Hâkim, zararın miktarını tespit ettikten sonra tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini göz önüne alarak belirler (TBK m. 51). Yolcu Yönetmelik'te kendi için öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyerek bagajdaki zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuşsa ilgili durum TBK m. 52 gereği tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Son olarak gerek TTK'da gerekse Yönetmelik'te bagajın kaybı nedeniyle hak sahibinin uğradığı manevi zararın tazminini öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel hükümlerden hareketle, hak sahibinin uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerekir. Yargıtay kararlarına göre, salt bagajın kaybı manevi tazminat ödenmesini gerektirmez[95]. Ancak bagajın kaybı veya gecikmesi hasarının kaybının hak sahibinin üzüntü ve sıkıntı çekmesine neden olduğu durumlarda manevi tazminat talebi kabul edilecektir[96].

b. Tazminat Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yönetmelik'te, demiryolu ile yolcu taşımalarına ilişkin davalarda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta boşluk taşıma işlerinin TTK'da düzenlenmesi sebebiyle TTK m. 4/1 gereği demiryolu ile yolcu sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesi suretiyle doldurulabilir. Nitekim TTK m. 850/3'te de taşıma işlerinin ticari işletme faaliyeti olduğu belirtilmiştir. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[97] tüketici işlemini tanımlayan 3. maddesinin l bendinde taşıma sözleşmelerine de yer verilmiştir. Buna göre; taşıma sözleşmeleri ve işlemleri, 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 akdedilmişse tüketici işlemi sayılacaktır. O halde gerçek kişi olan ve çoğu halde mesleki veya ticari amaçla davranmayacağı için tü-

---

95 *"davacının tur boyunca giymeyi planladığı kıyafetlerinin kaybı nedeniyle mülga BK'nın 49'uncu maddesindeki koşulların oluşmadığı göz önünde tutularak, davacının manevi tazminat isteminin tümden reddi gerekirken…"* Y11HD T. 27.06.2013 E. 57774 K. 13648 sayılı kararı için bkz. Eriş (n 13) 929.

96 *"…davacılar vekili, yaşan standartları çok yüksek olan müvekkillerinin dava dışı Pragon firması ile kararlaştırdıkları anlaşma uyarınca yapacakları dört günlük Prag tatili için davalı hava yolları ile Prag'a hareket ettiklerini; ancak bavulları bu yolculukta kaybolduğu için kıyafet gerektiren etkinliklere katılamadıkları ve mutsuz bir tatil geçirdiklerini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiş…davacılar özellikle giyim eşyalarının kaybolması nedeniyle gittikleri ülkede üzüntü ve sıkıntı çektiklerini ileri sürmüşler…davacılar yararına münasip bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken…"* Y11HD. T. 01.05.2000 E. 2691 K. 3732 sayılı kararı için bkz. Eriş (n 13) 933; Y11HD, T. 21.10.2019 E.2018/5521 K. 2019/6490 (lexpera.com.tr) Erişim tarihi: 06.01.2025.

97 RG 28.11.2013/28835

ketici sayılan[98] yolcu ile demiryolu tren işletmecisi arasındaki taşıma sözleşmesi bir tüketici işlemi sayılmalıdır.

Tüketici işlemlerine ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK m. 73/1). Bunun yanında TKHK m. 83/2'de taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. TTK m. 4/1 ile TKHK'nın anılan hükümleri arasındaki çelişki, taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesi noktasında tartışmalara sebebiyet vermektedir. İlgili hususstaki tartışmalar ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak nitelikte olduğundan çalışmamızın kapsamı dışına çıkmamak adına bunlara kısaca yer vereceğiz.

Öğretide taşıma sözleşmesinde taşıyıcının karşısında yer alan kişi ister tüketici ister tacir olsun özel bir uzmanlığı gerektiren taşıma hukukuna ilişkin davaların bu konuda uzmanlaşmış ticaret mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği ileri sürülmüştür[99]. Yargıtay'ın 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce verdiği kararlara göre de taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekmekteydi[100]. 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ise genellikle kararlarında taraflardan birinin tüketici diğerinin taşıyıcı olduğu yurt içi ve yurt dışı her türlü yük ve yolcu taşıma sözleşmesini tüketici işlemi saymakta ve bu işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerini görevli kabul etmektedir[101]. Görüldüğü üzere yüksek mahkeme kararlarında dahi yeknesak bir belirlemenin olmadığı bu hususun tespiti tüketici mahkemeleri ve asliye ticaret mahkemeleri tarafından her bir somut olay özelinde yapılmalıdır[102].

---

98 Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer; 'Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2016) 22 [3] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395, 401; Ceyda Erdal *Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 89; Aktan (n 9) 28.

99 Sami Aksoy, '6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Taşıma Hukukuna Müdahalesi' (2015) 31 [2] BATİDER 305, 328; Sami Aksoy, 'Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin Taşıma Sözleşmesi'nden Doğan Davalarda Görevli Mahkemeye Dair Yargı Yeri Belirleme Kararının Değerlendirilmesi' (2017) 33 [1] BATİDER 295, 300.

100 Y11HD T. 29.09.2009 E. 2008/5221 K. 2009/9788 (lexpera.com.tr); Y11HD T. 04.07.2012 E. 2012/9513 K. 2012/11823 (karararama.yargitay.gov.tr) Erişim tarihi: 06.01.2025

101 Y11HD T. 13.04.2015 E. 2015/4108 K. 2015/5102; Y20HD T. 25.11.2015 E. 2015/13985, K. 2015/11720; Y11HD T. 13.02.2017 E.2016/14881 K.2017/776; Y11HD T. 20.09.2017 E. 2016/7391 K. 20174560; Y11HD T. 18.06.2018 E.2016/13449 K.2016/4482 sayılı kararlar için bkz. (lexpera.com.tr) ; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin aksi yönde bir kararı için bkz. Y20HD T. 21.11.2016 E. 2016/11654 K. 2016/11009 (lexpera.com.tr) Erişim tarihi: 06.01.2025.

102 Öğretideki bir görüşe göre yolcunun ölümü veya bedensel zararı halinde asliye ticaret mahkemeleri görevli olması gerekirken ölüm veya bedensel zararlar dışındaki sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlar bakımından tüketici mahkemeleri görevli olmalıdır. Buna göre bedensel zararlar haksız fiil sonucu meydana gelmektedir ve haksız fiilin tarafını tüketici olarak, ölüm veya beden güç kayıplarını ise ayıplı hizmet olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim tüketici hükümlerinin görev

Yönetmelik tazminat davasında yetkili mahkeme bakımından da bir belirleme yapmamıştır. TTK m. 912 atfı nedeniyle bagaj taşımalarına da uygulanacak TTK m. 890'da, bagaj taşımalarından kaynaklanan davalarda malın teslim alındığı ve teslim için öngörülen yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Maddede kesin bir yetki kuralı ortaya koyulmadığı için hükmün 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)[103] m. 6'da öngörülen genel yetki kuralını bertaraf ettiği söylenemez[104]. Öyleyse, tazminat davası, HMK m. 6 uyarınca demiryolu tren işletmecisinin yerleşim yerinde açılabileceği gibi, bagajın teslim edildiği ve teslim için öngörülen yer mahkemesinde de açılabilir.

c. Zamanaşımı

Yönetmelik'in m. 64 hükmüne göre, Yönetmelik kapsamındaki sorumluluktan kaynaklanan tazminat davaları ilgili mevzuatta belirlenen süre ve şartlarda zamanaşımına uğrayacaktır. Yönetmelik'in atıf yapmak istediği ilgili mevzuatın başta TTK olduğu algısı uyanmaktadır. Ancak Yönetmelik'in, artık uygulanma kabiliyeti olmayan RDİN'deki örtülü boşluğu doldurduğunu belirtmiştik. Bu kapsamda RDİN'in zamanaşımıyla ilgili hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerektiği söylenebilir. Hal böyle olmakla birlikte, RDİN'de eşya taşımaları için zamanaşımı süresini düzenleyen hükmün (ikinci fasıl m. 17) bagaj taşımaları bakımından da uygulanacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda RDİN'de bagaj taşımalarından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin bir zamanaşımının belirlenmediği söylenebilir. RDİN'de bagaj taşımlarından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı hakkında bir hüküm olmadığı için TTK'nın konuya ilişkin hükmü uygulanmalıdır. TTK m. 855 uyarınca, bagajdan kaynaklanan tazminat davaları kısmi zıya halinde bagajın yolcuya teslimi, tam zıya veya yolcunun gideceği yere ulaşamaması halinde ise bagajın teslimi ve yolcunun ulaşması gereken tarihten itibaren bir yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, zarar, taşıyıcının kastı, pervasızca davranışı veya böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil ya da ihmâlden kaynaklanıyorsa üç yıllık zamanaşımı söz konusu olur (TTK m. 855/5).

---

alanının bu denli geniş yorumlanması tüketici mevzuatından beklenen yararın sağlanamamasına neden olacaktır, bkz. Çelik Ahmet Çelik, *Karayoluyla Yolcu Taşıma* (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019) 561; Çelik Ahmet Çelik 'Tüketicinin Korunması Hakkında Yasa Yönünden Taşımacının Yolculara Karşı Sorumluluğu' *5. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016* (Bilge Yayınevi 2016) 508, 546. Trenin raydan çıkarak kaza yaptığı ve davacının %99 oranında malul kaldığının ileri sürüldüğü davada *"kazaya ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/113 esas 2020/164 karar sayılı kararı ile uyuşmazlığın adli yargıda görüleceğinin belirlendiği, davacının tüketici olduğu, bu nedenle davanın tüketici mahkemelerinde görüleceği"* yönünde Bölge Adliye Mahkemesi kararının onandığı aksi yöndeki karar için bkz. Y11HD T. 28.11.2024, E. 2024/3809, K. 2024/8486 (https://karararama.yargitay.gov.tr) Erişim tarihi: 06.01.2025.

103 RG 12.01.2011/S. 27836.

104 Adıgüzel (n 5) 244-245.

3. Sorumluluktan Muafiyet Halleri ve Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Yönetmelik'in 33. maddesi demiryolu tren işletmecisinin bagaj sorumluluğunu ortadan kaldıran genel bir hüküm sevk etmektedir. Buna göre yolcunun gümrük veya diğer idari makamların talimatlarına uymaması nedeniyle doğan zararından demiryolu tren işletmecisi sorumlu değildir. Ayrıca demiryolu tren işletmecisi, kendisinin ve çalışanlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını ve bu tedbirleri alma olanağını bulunmadığını ispatlarsa zarardan sorumlu değildir.

Demiryolu tren işletmecisinin genel muafiyet sebebine göre bütün tedbirleri aldığını ya da alma olanağının bulunmadığını ispatlamak kaydıyla sorumluluktan kurtulması TBK'da düzenlenen özen sorumluluğu hâllerine ilişkin kurtuluş kanıtı getirilmesini hatırlatmakta, bu nedenle de sorumluluğun bir çeşit kusursuz sorumluluk türü olan özen sorumluluğu olduğu sonucuna ulaştırmaktadır[105]. Benzer olarak TTK m. 876'ya göre, "*zıyaı, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur".* TTK'da da taşıyıcının sorumluluktan kurtulması belli bir özen ölçütüne bağlanmıştır.

TTK m. 878'de de Yönetmelik'e benzer şekilde taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına ilişkin özel sebepler öngörülmüştür[106]. TTK'da öngörülen sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir kısım yazara göre, burada öngörülen sorumluluk kusur sorumluluğu olup, taşıyıcının kural olarak kusurlu kabul edilmesi ve ispat külfetinin ters çevrilmesi söz konusudur[107]. Gerekli özenin gösterilmiş olmasının istenmesi kusur sorumluluğunun tespitinde objektif bir kriterdir[108]. Öğretideki diğer görüşe göre ise burada yumuşatılmış kusursuz sorumluluk söz konusudur[109]. Görüşe göre, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına ilişkin maddeler göz önüne alındığında, sorumluluğun kusursuz da olsa karine olarak var olduğu; bu karinenin ancak ilgili maddelerde öngörülen sebeplerle çürütülebileceği anlaşılmaktadır[110]. Yönetmelik'te de işletmecinin sorumluluğu ancak ilgili maddelerde belirtilen durumlarla çürütülebilecek bir karine niteliğinde olduğu için son yorum tarzının, demiryolu ile bagaj

---

105 Türk Sivil Havacılık Kanunu'ndaki aynı ifadeyle ilgili aynı yorum için bkz. Orbay Ortaç (n 43) 156.

106 TTK'daki bu düzenlemelerin de *Convention relative contract au Contract de transport international de marchandises par route* (CMR) m. 17 hükmü esas alınarak yapıldığı hakkında bkz. Adıgüzel (n 5) 161; Karan, Kara ve Varan (n 49) 370.

107 Ziya Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 1999) 87; Orhan Sekmen, 'Karayoluyla Eşya Taşımasında Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar ile Gecikmeden Doğan Sorumluluğu' (2011) 85 [4] İstanbul Barosu Dergisi 106, 115.

108 Sekmen (n 107) 116.

109 Arkan (n 50) 44; Arslan Kaya, "Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımasına İlişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları' (1998) 56 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 239, 249; Adıgüzel (n 5) 161.

110 Adıgüzel (n 5) 163.

taşımalarından kaynaklanan sorumluluk için de geçerli olduğu kanaatindeyiz[111].

Bundan ayrı olarak kaybın, hasarın veya teslimdeki gecikmenin; mücbir sebep nedeniyle meydana gelmesi, zarar görenin kusuru nedeniyle meydana gelmesi veya üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi halinde *de demiryolu tren işletmecisi sorumluluktan kurtulacaktır.* (Yönetmelik m. 31/2) Zira bu sebepler illiyet bağını ortadan kaldıracaktır. Kaybın, hasarın veya teslimdeki gecikmenin bu hâllerden kaynaklandığını ispat etme yükümlülüğü demiryolu tren işletmecisine aittir (Yönetmelik m. 31/5).

Demiryolu tren işletmecisi bagajı teslim eden yolcunun veya hak sahibinin bagajını ambalajlamaması, yetersiz veya bozuk bir şekilde ambalajlaması halinde zararın bu durumlardan meydana geldiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir (Yönetmelik m. 31/3-a). Bagaj ambalajının niteliği, bagajın niteliğine, yol uzunluğuna ve depolama alanına göre tespit edilmeli, yetersiz ambalajlamaya rağmen yolcu bagajını teslim etmek istiyorsa demiryolu tren işletmecisi tarafından bagajın bu durumu kayıt altına alınmalıdır. Aksi halde demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu devam edecektir[112]. Demiryolu tren işletmecisi, taşımaya kabul edilmeyecek bagajlara ilişkin esasları gereği gibi ilan etmesine rağmen taşımaya uygun nitelikte olmayan eşyaların bagaj olarak taşınması halinde de Yönetmelik m. 31/3-b gereğince sorumluluktan muaftır[113].

Yönetmelik'in, bagaj taşıma belgesi ve bagaj teşhis kuponunun olmamasının demir yolu tren işletmecisini sorumluluktan muaf hâle getireceğini düzenleyen 31/3-c-ç bentlerini anlamak ise güçtür. Zira bagaj taşıma belgesini ve bagaj teşhis kuponunu düzenleme yükümlülüğü Yönetmelik'in 15. maddesine göre demiryolu tren işletmecisine aittir. İşletmecinin kendi yükümlülüğünü yerine getirmemesinin onu sorumluluktan kurtarması beklenemez. Yine Yönetmelik 12/5'te de bagaj taşıma belgesinin olmamasının bagajların taşınması ile ilgili sözleşmeleri etkilemeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle kanaatimizce söz konusu hükmün, ancak bu belgelerin düzenlenmemesine yolcunun sebebiyet verdiği durumlara özgü olarak uygulanması gerekir.

Yönetmelik m. 31/2'de zıya, hasar veya teslimdeki gecikmeden bahsedilmesine rağmen, m. 31/3'te sadece zıya ve hasar hallerinden söz edilmesi nedeniyle, burada bahsedilen özel muafiyet sebepleri yalnızca zıya ve hasar durumu için söz konusu olup, teslimde gecikmeyi kapsamamaktadır. Hak sahibi hasarın 3. fıkrada belirtilen sebeplerden meydana gelmediğini ispat edebilir (Yönetmelik m. 31/4).

Son olarak TTK m. 912'nin atfı sebebiyle TTK m. 878'deki taşıyıcının, eşyanın zıyaında, hasarında veya tesliminin gecikmesinde sorumluluktan kurtulabileceği

---

111 Bagajda meydana gelecek zıya ve hasardan sorumluluğun CIV hükümlerinde de yumuşatılmış kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiğine ilişkin bkz. Adıgüzel (n 5) 307.

112 Arkan (n 10) 118-119; Adıgüzel (n 5) 179; Aktan (n 9) 125.

113 Aktan (n 9) 125.

özel hallere ilişkin düzenlemelerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde demiryolu tren işletmecisinin bagaj sorumluluğuna da uygulanabilecektir[114].

4. Sorumluluğun Hafifletilmesi ve Genişletilmesi

Yönetmelik'te demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun hafifletilmesi veya genişletilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK m. 854/1'de taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen maddelerin emredici nitelikte olduğu bu nedenle de taşıyıcının sorumluluğunu önceden kaldıran veya hafifleten anlaşmaların geçersiz olduğu düzenlemesi bulunmaktadır[115]. Yönetmelik'te bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, TTK'nın sorumluluğa ilişkin hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu belirten hükmünün demiryolu taşımacılığı için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda kanaatimizce demiryolu tren işletmecisinin bagaj taşımadan kaynaklanan sorumluluğunun önceden yapılan bir anlaşmayla kaldırılamayacak ve sınırlandırılamayacaktır. Ayrıca TBK m. 115/1 uyarınca da demiryolu tren işletmecisinin ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerin emrediciliğinin, taşıma sözleşmesinin diğer tarafı lehine nispi nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de taşıyıcının sorumluğunun hafifletilmesi veya kaldırılması mümkün olmasa da genişletilmesi mümkün olmalıdır[116]. Yönetmelik'te ve TTK'da buna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da öğretide, tarafların taşıma sözleşmesinde açıkça anlaşmalarıyla kanunda öngörülen sorumluluk sınırını bertaraf edebilecekleri kabul edilmektedir[117].

SONUÇ

1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne dayanılarak çıkartılan 08.03.2019 Tarihli Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik ile son zamanlarda ülkemizde yaşanan demiryolu kazalarının ve demiryolu tren işletmecisinin yaygınlaşan demiryolu taşımalarından kaynaklanan sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar normlar hiyerarşisine aykırı bir şekilde üst normun genel bir düzenleme yapmaksızın Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na delege ettiği yetkiyle yayınlanmış olsa da Yönetmelik'in bugün için uygulanma kabiliyetini yitiren RDİN'deki örtülü boşluğu doldurduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda demiryolu taşımalarında bagajdan kaynaklanan sorumluluğa ilişkin RDİN'de güncel bir hüküm bulunmadığı durumlarda öncelikle Yönetmelik hükümleri, ardından da TTK hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

---

114 Ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan (n 9) 127-128.

115 Arkan (n 31) 24; Ülgen (n 62) 29.

116 Safa Murat Tekin, *Ulusal ve Uluslararası Taşımacılıkta Karayolu Taşıma Senedi* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2024) 161.

117 Adıgüzel (n 5) 222.

TTK'da herhangi bir tanımına yer verilmeyen bagaj kavramı Yönetmelik 4/1-d hükmüne göre yolcunun yanında taşıyamayacağı hacim, boyut ve ağırlıkta olan ancak yolculuk sonunda varılacak yerde kullanılmasına ihtiyaç duyulan seyahat belgesi düzenlenmiş nesne ve diğer şahsi mallar olarak açıklanmıştır. Hükümde geçen "seyahat belgesi" ifadesi "bagaj taşıma belgesi" olarak anlaşılmalıdır. Ancak Yönetmelik m. 12/5 gereği bagaj taşıma belgesinin olmaması Yönetmelik'e tabi olan bagajların taşınması ile ilgili sözleşmelerin mevcudiyetini ve geçerliliğini etkilemez. Dolayısıyla taşıyıcının bagajdan haberdar olması ve bagajı koruma altına alması yeterlidir.

Bagajı taşıma borcu taşıyıcının yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğüdür. Bagaj taşıması ayrı bir taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturmaz, taşıma taahhüdü yolcunun bagajının taşınmasını da kapsar. Demiryolu tren işletmecisi hakimiyeti altında bulunan bagajı koruyup gözetme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğü nasıl yerine getireceği Yönetmelik'in üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak belirlenmiştir. İlgili bölümde yolcular için de bazı yükümlülükler getirilmiştir. Yolcu kendisine ait olan yükümlülükleri yerine getirmediğinde demiryolu tren işletmecisinin zararlardan sorumluluğu doğmayabilecektir.

Yönetmelik m. 39'a göre demiryolu tren işletmecisi görevlerinin icrası çerçevesinde hareket ettikleri sürece çalışanlarının ve hizmetine başvurduğu diğer kişilerin fiillerinden sorumludur. İlgili düzenleme TBK'nın ifa yardımcılarının sorumluluğunu düzenleyen 116. maddesi ile uyumludur. Ancak sorumluluk ifa yardımcılarının görevlerini yerine getirirken meydana gelen zararlarla sınırlıdır.

Demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğuna yol açan haller bagajın kaybı, hasarı ve gecikmesidir. Yönetmelik'te her ne kadar kayıp kavramı kullanılmış olsa da bu kavram geniş anlamda zıya olarak yorumlanmalıdır.

eTTK döneminde taşıyıcının el bagajından kaynaklanan sorumlu olmadığı kabul edilmekle birlikte gerek 6102 Sayılı TTK m. 912/2 düzenlemesi gerek Yönetmelik m. 30 uyarınca demiryolu tren işletmecisi el bagajından sorumludur. Yönetmelik m. 30/2 gereği demiryolu tren işletmecisinin el bagajının kaybından veya hasarlanmasından kusuru varsa, yolcuların ölümü ve yaralanmaları durumunda ise m. 30/1 gereği kusuru olmasa da her halde sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. Sorumluluğun sınırı ise el bagajının kilogramı başına 30 TL ve fazla 360 TL'ye kadar olan zarardır (Yönetmelik 32/1).

Bagajın zıyaı halinde ise bagajın brüt ağırlığının kilogramı, kısmi zıyaı halinde ise brüt ağırlığının eksik kilogramı başına 30 TL'ye kadar ve en fazla 2100 TL'ye kadar olan zarar tazmin edilecektir. Bagajın hasarı halinde bagajın değerindeki düşüşe eşit bir tazminat ödenir ve sınırı Yönetmelik m. 36/2 gereği bagajın zıyaı halinde ödenecek tutarda olduğu gibidir (Yönetmelik m. 32/2 atfıyla).

Bagajın tesliminde gecikme halinde hak sahibi zararı olduğunu ispatlarsa geç teslim edilen bagajın brüt ağırlığının her bir kilogramı için 1,5 TL veya bagaj başına

2 TL zararı tutarına eşit, zararı olduğunu ispatlayamazsa geç teslim edilen bagajın brüt ağırlığının her bir kilogramı için 1 TL veya bagaj başına 4 TL götürü bir tazminat ödenecektir. Yönetmelik m. 37/2-3-4-5 fıkralarıyla geç teslim edilen bagajın zıyaı ve hasara uğraması halinde tazminatların birleştirilip birleştirilemeyeceği durumlar ele alınmıştır. Tazminatların birleştiği durumda ödenecek tutar yine bagajın brüt ağırlığının kilogramı başına 30 TL'yi ve en fazla 2100 TL'yi aşamayacaktır.

Ülkemizde son yıllarda artan enflasyon oranları dikkate alındığında Yönetmelik'te belirlenen tazminat miktarları bagajın veya el bagajının rayiç değerinin çok altında kalması gibi hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Bu yüzden sorumluluk sınırlarının TTK m. 882'de olduğu gibi tüm dünyada kullanılan hesap birimi olan Özel Çekme Hakkı esas alınarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

Öngörülen sorumluluğun yumuşatılmış bir kusursuz sorumluluk olduğu söylenebilir. Buna ilişkin maddelerde demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu karine olarak öngörülmekte; ancak genel muafiyet sebebine göre, zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri aldığını veya alma olanağının bulunmadığı veya Yönetmelik'te belirtilen özel muafiyet sebeplerinin varlığını ispatlayan işletmeci sorumluluktan kurtulmaktadır.

Esas itibariyle RDİN'in ilga edilerek, demiryolu taşımalarına ilişkin yeni kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Yapılacak düzenlemede Yönetmelik'te bulunan eksikliklerin tamamlanması, terim birliğinin sağlanması ve kanun yapma tekniğine uygun olarak tekrarlara düşülmemesi gerekmektedir. Bu sayede günümüzde gittikçe önem kazanan demiryolu taşımalarına ilişkin hukuki sorunların çözümü noktasında karışıklıklar ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu' (2013) 71 [2] İÜHFM 3 Anılış: Fiili Taşıyıcı

Adıgüzel B, *Taşıma Hukuku* (5. Baskı Adalet Yayınevi 2022)

Akıncı Z, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 1999)

Akkurt SS, *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2014)

Aksoy S, '6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Taşıma Hukukuna Müdahalesi' (2015) 31 [2] BATİDER 305 Anılış: Taşıma Hukukuna Müdahale

Aksoy S, 'Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin Taşıma Sözleşmesi'nden Doğan Davalarda Görevli Mahkemeye Dair Yargı Yeri Belirleme Kararının Değerlendirilmesi' (2017) 33 [1] BATİDER 295 Anılış: Değerlendirme

Aktan YA, *Demiryolu ile Yolcu Taşımacılığı* (1. Baskı Filiz Kitapevi 2023)

Akyılmaz C, '2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2019) 23[1] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191

Arıkan C, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi* (Yetkin Yayınları 2011)

Arkan S, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1982)

Arkan S, 'Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerinde Düşünceler' (1983) 12[1] BATİDER

Arkan S, 'Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu' *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu-Bildiriler – Tartışmalar 24-25 Ocak 1985 Maçka-İstanbul* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1985)

Bahtiyar M ve Biçer L, 'Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2016) 22 [3] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

Çelik ÇA, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Yasa Yönünden Taşımacının Yolculara Karşı Sorumluluğu' *5. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016* (Bilge Yayınevi 2016)

Çelik ÇA, *Karayoluyla Yolcu Taşıma* (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019)

Erdal C, *Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)

Eriş G, *Taşıma Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2015)

Erol A, *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğu* (Yetkin Yayınları 2019)

Göknil MN, *Hava Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1951)

Göktepe H, 'Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları' (2016) 2 [3] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211

Karan H, 'TBMM Adalet Komisyonu'nun Taşıma Hukuku'na Katmayı Başardığı İki Temel Sorun: Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi ile Ulusal Demiryolu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk' (2012) Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI

Karan H, Kara Ö ve Varan İ, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi* (2. Baskı Yetkin Yayınları 2020)

Kaya A, 'Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımasına İlişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları' (1998) 56 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Meriç G, 'Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu' (2021) 79 [3] İstanbul Hukuk Mecmuası

Orbay Ortaç N, 'Havayolu ile Taşımalarda Bagajın Zıyaı veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Âkdi Sorumluluk' (2014) [114] Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Özdemir A, *Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: Bagaj, yükün kaybı, hasarı ve gecikmesinden doğan zararlar nedeniyle* (Sanem Matbaacılık 1993)

Özsungur F, 'Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Sigortasında Riziko' (2024) [58] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 247

Sekmen O, 'Karayoluyla Eşya Taşımasında Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar ile Gecikmeden Doğan Sorumluluğu' (2011) 85 [4] İstanbul Barosu Dergisi 106

Seven V, *Taşıma Hukuku* (2. Baskı Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları 2010)

Tekin SM, *Ulusal ve Uluslararası Taşımacılıkta Karayolu Taşıma Senedi* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2024)

Tokat H, 'Karayoluyla Yolcu Taşımasından Kaynaklanan Akdi Sorumluluk' (2016) 65 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ülgen H, *Hava Taşıma Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1987)

Ülgen H, 'Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma' *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu-Bildiriler – Tartışmalar 24-25 Ocak 1985 Maçka-İstanbul* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1985) 3 Anılış: Yolcu ve Bagaj Taşıma

Zeyneloğlu A, *Taşıma Hukuku* (2. Baskı Yetkin Yayınları 1993)

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1684007

İSVİÇRE VE TÜRK YARGI UYGULAMASINDA VEKİLİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİNDE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Allocation of the Burden of Proof in Breach of the Duty of Care by the Attorney in Swiss and Turkish Judicial Practice

Işık Aslı HAN*

Öz

Modern dünyada hizmet sektörünün ve uzmanlaşmanın gelişmesiyle iş görme sözleşmelerine sıklıkla başvurulmaktadır. Bu sözleşmeler arasında büyük bir paydayı, özellikle uzmanlık gerektiren mesleki ve ekonomik faaliyetleri yürütenlerin vekil konumunda olduğu ücretli vekâlet sözleşmeleri oluşturmaktadır. Vekâlet sözleşmesi; hem edim fiilinin özenle ifa edilmesini konu edinmesi hem de TBK m. 502/2 gereği atipik iş görme sözleşmeleri açısından *mutatis mutandis* uygulanabilecek kurallar getirmesi bakımından iş görme sözleşmeleri arasında özel bir konuma sahiptir. Özen yükümlülüğü ise sözleşmesel sorumluluğun doğması açısından hem borca aykırılık unsurunu hem de kusur unsurunu ilgilendirmektedir. Ancak vekilin üstlendiği borç olarak özen yükümlülüğünün ihlalini ispat ile vekilin kusurluluk derecesinin ispatı anlamında özen yükümlülüğünün ihlalini ispat farklı şekilde değerlendirilir. Çalışmamızda vekilin özen yükümlülüğünün, vekilin diğer yükümlülükleri arasındaki konumu, sorumluluğun kurucu olgularıyla ilişkisi ve ihlali halinde ispat yükünün dağılımı karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıyla İsviçre ve Türk yüksek mahkeme kararları ışığında incelenecektir. Maddi hukuk ve usul hukukunun kesiştiği bir noktada kalan vekilin özen yükümlülüğünü ihlalinde ispat yükünün dağılımı, şüphesiz hukuk uygulaması açısından önem arz eden bir konudur.

Anahtar kelimeler: İş görme sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vekilin özen yükümlülüğü, ispat yükü, fiili karine

Abstract

With the development of the service sector and specialization in the modern world, services contracts are frequently used. Among these contracts, a large share is constituted by paid agency agreements, in which those who carry out professional and economic activities that require specialization are in the position of a mandatee. The mandate has a special position among the service contracts, in that the diligently acting for the determined objective is the subject matter of the contract instead of performance result, and that the legal norms for the mandate applies *mutatis mutandis* to atypical services contracts pursuant to Art. 502/2 of the TCO. The duty of care, on the other hand, concerns both the element of breach of obligation and the element of fault of contractual liability. However, proving of the breach of the duty of care as the obligation

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.11.2024*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Denizli-Türkiye, ihan@pau.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-8381-0361

assumed by the agent and proving the breach of the duty of care in the sense of proving the degree of fault of the agent are evaluated differently. In our study, the position of the mandatee's duty of diligence among its other obligations, its relationship with the constituent elements of liability and the allocation of the burden of proof in case of its breach will be examined in the light of Swiss and Turkish high court decisions with a comparative law approach. The allocation of the burden of proof in the breach of the mandatee's duty of diligence, which lies at the intersection of substantive law and procedural law, is undoubtedly an important issue in terms of legal practice.

Keywords: Service contract, mandate agreement, mandatee's duty of care, burden of proof, factual presumption

GİRİŞ

İş görme sözleşmeleri, bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de hizmet sektörünün hızlı yükselişiyle beraber önem kazanmaktadır. Vekâlet sözleşmesi ise; TBK m. 502 hükmünün, atipik iş görme sözleşmeleri açısından da vekâlet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin *mutatis mutandis* uygulanmasını öngören düzenlemesi nedeniyle özel bir önem arz etmektedir. Uygulamada da vekâlet sözleşmeleri sık sık iş görme edimini özellikle uzmanlığı kapsamında mesleki veya iktisadi faaliyet gereği (avukat, doktor, banka gibi) ve para alacağı karşılığında ifa eden vekillerle akdedilmektedir.

Bir yandan uygulamadaki önemi, diğer yandan ise özellikle edim fiilinin taahhüt edilmesi nedeniyle görülen işin başarıya ulaşma koşulunun aranmaması ve kendine özgü güven bağının hukuki sonuçları düşünüldüğünde, vekâlet sözleşmesinin ilgi çeken bir konu olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, sorumluluğun kurulması bakımından arz ettiği nitelik nedeniyle, vekilin özen yükümlülüğü ve özen yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları incelenmeye değer bir konu teşkil etmektedir. Vekilin özen yükümlülüğü, gerek teorik olarak bu başlıkla gerekse de sıklıkla rastlanan vekâlet sözleşmeleri bağlamında Türk öğretisinde geçmişte kapsamlı çalışmalara konu olmuştur. Buna karşılık, vekilin özen yükümlülüğünün aşağıda açıklanacak çifte işlevi ve bunun ispat yüküne[1] etkisi nadiren ve dar kapsamlı olarak değinilen bir meseledir. Öğretideki bu boşluğu yargı uygulamasına karşılaştırmalı hukuk ve maddi hukuk eksenli bir bakış açısı sunarak doldurmak amacıyla, Çalışmamızda özellikle ücret kararlaştırılan vekâlet sözleşmeleri açısından vekilin özen yükümlülüğünün ihlali, tarafların ispat yükününü dağılımına etkisi açısından incelenecektir.

I. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK ÖLÇÜT

A. İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmeden doğan yükümlülükler, temelde edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak iki gruba ayrılır. Edim yükümlülükleri, tarafları sözleşme kurmaya

[1] Usul hukuku öğretisinde ispat yükü kavramına verilen anlam hakkında görüşler için bkz Murat Yavaş, 'Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı' (2015) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi 741, 754 vd.

yönelten, sözleşmeye yönelik temel beklentilerini oluşturan, bu nedenle sinallagma ilişkisi içinde birbirlerinin karşılığını oluşturan yükümlülüklerdir. En basit örnekle, TBK m. 207 uyarınca bir taşınır satımında satıcının satılanın mülkiyetini ve zilyetliğini devretme borcu, alıcının ise belirli veya belirlenebilir satım bedelini ödeme borcu; bu satım sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerini teşkil eder. Görüldüğü üzere asli edim yükümlülükleri, bağlayıcı ve geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için *essentialia negotii* tekil eder[2]. Yan yükümlülükler ise sözleşmede, bir kanun hükmü veya dürüstlük kuralından doğan; tarafların sözleşmeden bekledikleri temel menfaati, edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifasını ve bütünlük menfaatinin korunmasını amaçlayan yükümlülüklerdir[3].

Çalışmanın konusu olan özen yükümlülüğü kural olarak isimli veya isimsiz sözleşme kapsamında gündeme gelebilecek, tipik bir yan yükümlülük türüdür. Bu bağlamında yan yükümlülük olarak özen yükümlülüğünün kaynağı çoğu zaman bir kanun hükmü veya dürüstlük kuralıdır. İş görme sözleşmelerinden doğan özen yükümlülüğünün bu sınıflandırmadaki yeri ise oldukça tartışmalıdır[4]. Kanımızca bu konuda bütün iş görme sözleşmeleri bakımından bir genelleme yapmak çoğu zaman doğru bir tespite yöneltmez. Bu noktada yapılması gereken değerlendirme, özen yükümlülüğünün, iş görme edimini üstlenen sözleşme tarafının, edim sonucunun *(Leistungserfolg) (obligation de résultat)* mu edim fiilinin *(Leistungs handlung) (obligation de moyen)* mi taahhüt ettiğini tespit etmektir. Edim sonucunun taahhüt edildiği bir eser sözleşmesinde, özen yükümlülüğü yan yükümlülük olarak karşımıza çıkar[5]. Vekâlet sözleşmesi ya da hizmet sözleşmesi gibi edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde ise asli edim yükümlülüğünün özenli olarak ifası borçlanıldığından salt bir yan yükümlülük değildir[6]. Bu noktada

---

2 Gregor Bachmann, 'BGB § 241' in *Münchener Kommentar zum BGB Band II* (9. Auflage, C.H. Beck 2022) N 35; Ariane Morin, 'Art. 1' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* N 57; Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (Schulthess 2019) 28 N 98; Ingeborg Schwenzer und Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Stämpfli 2020) N 4.21; Olivier Chapuis, *Responsabilité et Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat: le Régime de Responsabilité Applicable à la Violation des Devoirs Accessoires* (Helbing & Lichtenhahn 2005) 62.

3 Huguenin (n 2) 28 N 99; Chapuis (n 2) 63; Hadžimanović, 99; H. Tamer İnal, *6098 satılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih* (Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin 2014) 304.

4 Wolfgang Wiegand, 'Art. 97' in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) N 31.

5 Peter Gauch, 'Art. 387' in *Der Werkvertrag* (6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess 2019) N 813; Huguenin (n 2) N 3142.

6 Yan yükümlülük olduğu görüşünde krş David Oser D und Rolf H. Weber, 'Art. 398' in Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) N 8. Diğer yandan, vekilin sadakat yükümlülüğü ise vekalet sözleşmesinden doğan önemli bir yan yükümlülüktür, bkz Oser ve Weber (n 6) N 8; Carole Gehrer Cordey und Gion Giger, 'Art. 398' in *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft,*

özen yükümlülüğü, artık asli edim yükümlülüğünün bir parçası olmuştur. Nitekim vekilin üstlendiği edim, başarıya ulaşma şartı aranmaksızın üstlenilen işin özenli olarak görülmesidir[7]. Hatta özen yükümlülüğü, sadece asli edim yükümlülüğünün ifasında değil; yan yükümlülüklerin ifasında da sürdürülmesi gereken, vekâlet sözleşmesine özgü karakteristik bir unsurdur[8]. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hukuki sınıflandırmanın nasıl yapıldığı, özen yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak hükümlerin tespiti anlamında önem arz etmez. Yan yükümlülük olarak kabul edildiğinde, özen yükümlülüğünün ihlali bir yan yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir ve tercih edilecek terminolojiye göre sözleşmenin müspet ihlali, kötü ifa veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında sayılır. Asli edim yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul edildiğinde ise, iş görme ediminin özenli olarak ifa edilmemesi, asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmediği bir kötü ifa hali bulunduğu kabul edilir. Her iki durumda da uygulanacak hüküm, (kabul edilecek görüşe göre doğrudan veya kıyasen uygulanacak olan) borca aykırılığa ilişkin genel sorumluluk normu olarak kabul edilen[9] TBK m. 112'dir[10]. Ayrıca her iki görüş kapsamında da, vekâlet sözleşmesi açısından öngörülen özel hüküm olan TBK m. 512'ye dayanan müvekkil, vekili azledebilir.

B. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İKİLİ ANLAMI

Sözleşmese hukukunda tazminat sorumluluğunun kurucu şartları borca aykırılık, zarar, borca aykırı davranış ve doğan zarar arasındaki nedensellik bağı ve borçlunun sorumlu tutulabileceği bir olgunun bulunmasıdır. Son şart çoğu zaman borçlunun borca aykırılığın ortaya çıkması bakımından kusurunun bulunduğu hal-

Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (3. Auflage, Schulthess 2016) N 3.

7 Rolf H. Weber und Susan Emmenegger 'Art. 99' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020), N 108. *"Vekil bu yükümlülüklerini gereği gibi, başka bir anlatımla müvekkilin menfaatine en uygun sonuca erişmek için özenle faaliyette bulunarak ifa ettiği takdirde, eser sözleşmelerinden farklı olarak, sonucun buna rağmen elde edilememesinden sorumlu olmayacaktır."* bkz Y. 3. HD T. 24.10.2022, E. 2022/6339, K. 2022/8103.

8 Huguenin (n 2) N 3263. Bu yan yükümlülüklerin başında ise vekilin hesap verme yükümlülüğü, açıklama yükümlülüğü gibi yan yükümlülükleri gelir. Nitekim Yargıtay da yeni tarihli bir kararında, vekilin hessap verme borcuyla da yakın ilişkisi olan bir yan yükümlülük olarak doktorun kayıt tutma yükümlülüğü kapsamında bu hususa değinmiştir, bkz *"Özen borcunun kapsamı içerisinde teşhis ve tedaviye ilişkin hastane kayıtlarının düzenli tutulması da bulunmaktadır."* Y. 3. HD 4413/8510, T. 3.11.2022; Y. 13. HD 23372/12469, T. 12.12.2019; Y. 13. HD, 26894/8072, T. 18.09.2018. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesinin aynı doğrultuda bir kararı için bkz BGer 4A_64/2012.

9 Markus Müller-Chen, *Folgen der Vertragsverletzung* (Schulthess 1999) 371 vd; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, Vedat 2021) N 1540 vd; Wiegand, Art. 97 (n 4) N 31; Gehrer Cordey und Giger (n 6) N 23; Schwenzer ve Fountoulakis (n 2) N 67.05.

10 Wiegand, Art. 97 (n 4) N 31; Gehrer Cordey und Giger (n 6) N 23.

lerdir[11]. Kavram olarak özen yükümlülüğü ise edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde, sorumluluğunun kurucu olgularından hem borca aykırılık hem de kusur ile ilişkilendirilir[12]. Borca aykırılık ile olan ilişkisi nispeten objektif bir nitelik taşırken, kusur ile olan ilişkinin daha sübjektif bir yönü vardır[13].

Özen yükümlülüğünün iki boyutunun birbirinden ayrı değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda öğretide mutlak bir görüş birliği yoktur. Azınlıkta kalan bazı yazarlar özen yükümlülüğünü iç özen *(innere Sorgfalt)* ve dış özen *(äußere Sorgfalt)* olarak ikiye ayırmaktadır. Bu görüşe göre, iç özen yükümlülüğü, borçlunun iç dünyasını, zihinsel ve psikolojik kapasitesini esas alır. Dış özen yükümlülüğü açısından ise borçlunun irade gücü, becerisi ve dikkati önemlidir. İç özen kusur unsurunu, dış özen yükümlülüğü ise borca aykırılığı ifade eder[14]. Gerçekten de bu nitelendirme ilk bakışta kusur ve borca aykırılık olgularının tanımına uygun düşmektedir. Ancak modern öğreti, vekilin özen yükümlülüğünün iki boyutunun örtüşebileceğini belirterek bu ayrıma karşı çıkmaktadır. Gerçekten de objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğünün kıstas olarak esas alındığı hallerde, vekilin kendisine yüklenen özen yükümlülüğü standardına aykırı karar alması ve bu kararın dış dünyaya yansıması, sırasıyla kusur ve borca aykırılık unsurları tamamen örtüşür[15].

C. BORCA AYKIRILIK UNSURU OLARAK ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK YASAL KRİTER

1. Objektifleştirilmiş Özen Yükümlülüğünün Teorik Temeli

TBK m. 506, vekilin özen yükümlülüğü –özen ve sadakat yükümlülüğü kenar başlığı altında- vekilin yükümlülükleri arasında düzenlemiştir. Bu nedenle bu düzenleme, vekilin borca aykırı davranışını ifade eden özen yükümlülüğünün ihlalini

---

11 Tıpkı haksız fiil hukuku gibi sözleşmesel sorumluluk hukukunda borçlunun kusuru bulunmaksızın sorumlu olduğu haller bulunmaktadır. Ancak borçlu sadece kusurlu davranışından kaynaklanan borca aykırılıktan sorumlu değildir. TBK m. 119'a göre temerrüde düşen borçlunun beklenmeyen halden doğan sorumluluğu, hâkim görüşe göre TBK m. 116'da düzenlenen ifa yardımcısının fiilinden doğan sorumluluk, özel borç ilişkileri bağlamında düzenlenen ayıba ve zapta karşı sorumluluk hükümleri buna örnek olarak sayılabilir. Ancak sözleşmesel sorumlulukta da kural olarak kusur sorumluluğu esas alındığından ve yerleşmiş bir ifade olduğundan borçlunun kusuru ifadesi tercih edilmiştir.

12 Walter Fellmann, 'Art. 398' in *Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4* (Stämpfli 1992) N 19 ve N 22; Huguenin (n 2) N 3262; Rolf H. Weber und Susan Emmenegger 'Art. 97' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020), N 434.

13 Gehrer Cordey und Giger (n 6) N 20.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz Weber und Emmenegger, Art. 99 (n 7) N 113-114; Fellmann (n 12) N 19; Veysel Başpınar, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin 2004) 172 vd.

15 Luc Thévenoz, 'Art. 97' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021) N 51.

düzenler. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulüyle, vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin İsviçre ve Türk öğretileri ve yargı uygulamalarında kabul edilen objektifleştirilmiş özen yükümlülüğü anlayışı, yasal düzenleme haline gelmiştir. Şüphesiz bu hükmün getirdiği açıklık, özen yükümlülüğüne ilişkin tereddütleri ortadan kaldırması anlamında oldukça olumlu bir değişikliktir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere İsviçre öğretisinde oldukça sorunlu görülerek hala eleştiri konusu olmaktadır.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu vekil[16] ve yüklenicinin[17] özen yükümlülüğünün kapsamını tespit ederken kullanılacak ölçüt olarak hizmet sözleşmesiyle çalışan işçinin özen yükümlülüğü esas alınarak düzenlenmişti. İş görme sözleşmelerinde getirilen özen yükümlülüğünün ölçütü, işin arz ettiği risk, işçinin eğitim seviyesi ve bilgisi gibi işverenin de bilgisi dâhilinde olan bazı hususlara ilişkin sübjektif kıstaslara bağlanmıştı. Ancak iş görme sözleşmeleri açısından bağımlı çalışma unsuru ile ayırt edilen hizmet sözleşmesine yapılan bu atfın ne ölçüde isabetli olduğu tartışmalıdır[18]. Nitekim İsviçre öğretisinde de bu hüküm eleştirilmektedir[19]. Hatta hizmet sözleşmesine yapılan atıf açıkça göz ardı edilmekte, başkasına ait bir işi gören vekil ve yüklenicinin yükümlülüğü, somut olaydaki sözleşenin objektif ve makul bir vekil ya da yüklenicinin göstermesi gereken özene göre belirlenmektedir. Diğer bir deyişle, vekâlet ve eser sözleşmelerinde özen yükümlülüğüne ilişkin bu atfın hala kanunda bulunduğu İsviçre'de de, İsviçre Federal Mahkemesi, vekilin özen yükümlülüğünün ölçütü objektifleştirilmiş kriterlere göre tayin etmektedir[20].

Bu objektif kriter ise, 6098 sayılı TBK'nın açıkça kabul ettiği gibi, aynı işin devredildiği bilgili bir vekilin özen seviyesidir. Bu bağlamda sözleşme konusu işin türü ve ilgili sektöre hâkim olan teamüller ve davranış kuralları da esas alınır[21]. Bu kapsamda vekil, aynı uzmanlık düzeyiyle aynı faaliyeti yürüten makul ve bilgili bir vekilden beklenen kararları almalıdır[22]. İşinde makul özen ve uzmanlık gösteren

---

16 Vekâlet sözleşmesinde 818 sayılı mülga BK m. 390/1'e göre *"Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir."*

17 Eser sözleşmesinde 818 sayılı mülga BK m. 356/1'e göre *"Mütaahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir."*

18 Wolfgang Wiegand, 'Gratwanderungen' (2010) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 78, 80; Gauch (n 5) N 840.

19 Krş Huguenin (n 2) N 3262. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 321/2'ye yönelik aynı eleştiri için bkz Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta 2022) 1307.

20 Huguenin (n 2) N 3266; Thévenoz (n 15) N 51; Peter Derendinger, *Die Nicht- und die Nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages* (Universitätsverlag Freiburg 1988) 118 N 268-269. Eser sözleşmesi için birçokları yerine bkz Gauch (n 5) N 840. Bu yönde bazı kararlar için bkz BGE 117 II 563 E. 2a.

21 Bu kritere paralel olarak objektifleştirilmiş özen yükümlülüğünün, meslek dallarına özgü mesleki davranış kurallarının (berufsspezifischer Verhaltenspflichte) gelişmesine yol açtığına ilişkin Walter Fellmann, 'Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe' (2008) 4 (recht) 119, 126.

22 Derendinger 120 N 271; Ayrıca BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000, E. 1.

vekil, sektörüyle ilgili gelişmeleri makul düzeyde takip etmeli ve kendini geliştirmelidir[23]. Ayrıca vekâletin meslek icabı olarak ve ücret karşılığında yapıldığı işlerde, gösterilmesi gereken özen seviyesini daha yüksek takdir etmektedir[24]. Ayrıca somut olaydaki münferit vekâlet sözleşmesinin özelliklerinin ve vekilin özen yükümlülüğünü yerine getireceği zamanın şartlarının dikkate alınması gerektiğini belirtilmektedir. Bu görüş kapsamında vekil, somut olayın koşullarında sözleşmenin amacını gerçekleştirmek için elindeki imkânlarla doğru kararları almışsa özen yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmiştir[25]. Buna karşılık vekil, kişisel özelliklerini öne sürerek özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden doğan sorumluluktan kurtulamaz[26].

İsviçre hukukunda kabul edilen bu objektif özen sorumluluğunu avukatın sorumluluğu özelinde şu şekilde somutlaştırabiliriz: Bir avukat makul düzeyde yetkin bir hukukçunun bilgi ve becerisine sahip olmalı, müvekkilin işine ilişkin mevzuatı, ilk derece ve üst derece mahkeme içtihatlarını, öğretideki ilgili görüşleri bilmelidir. Öte yandan, müvekkilin işinin bulunduğu ilgili hukuk alanında bilgisi yoksa vekâleti almamalı ya da bilgi edinecek veya uzman kişilere danışacak uygun bir süre istemelidir[27]. Diğer bir örnek olarak, danışmanlık veren bir bankanın çalışanı, güncel ekonomi politikaları ve yatırım trendlerini bilmelidir[28].

Buna karşılık, Türk kanun koyucu, doğrudan kanun hükümlerinde değişiklik yaparak vekil ve yüklenicinin özen yükümlülüğüne ilişkin kritere objektif bir nitelik kazandırmıştır. Nitekim 6098 sayılı TBK, iş görme sözleşmeleri bakımından vekil ve yüklenicinin özen yükümlülüğünün kapsamının tespitinde esas alınacak kriteri değiştirmiştir. Bu kapsamda TBK m. 506/3'e göre vekilin özen yükümlülüğü için *"benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin"* göstereceği özen, yüklenicinin özen yükümlülüğü için ise TBK m. 471/2'ye göre ise *"benzer alanda-*

---

23 Derendinger, 133 N 293.

24 İsviçre Federal Mahkemesinin ilke kararında yer alan gerekçenin Almanca metni şu şekildedir: "*Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden.*" bkz BGE 115 II 62, E. 3. Aynı doğrultuda ayrıca bkz BGE 127 III 328, E. 3; BGE 4A_696/2012 Urteil vom 19 Februar 2013; BGE 4A_364/2013, E. 6.1; BGE 4A_394/2013, E. 6.1; BGE 4A_396/2013, E. 6.1; BGE 4_A140/2011, E. 2.1; BGE 4A_223/2007 E. 6.1; 4C_53/2000, E. 1; BGE 108 II 318, E. 4.

25 Franz Werro, *Le Mandat et Ses Effets, une etude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligation, Analyse critique et comparative* (Editons Universitaires Fribourg 1993) N 563; Franz Werro, 'Art. 398' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 253-529 CO, Autres contrats* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn 2021) N 14.

26 Werro, Art. 398 (n 23) N 14.

27 Derendinger, 123-124 N 275 ve 133 N 293; Huguenin (n 2) N 3267.

28 Fellmann (n 21) 124.

ki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken" özen esas alınarak Gerekçe'de de belirtildiği gibi *objektif* bir ölçüt getirdiği kabul edilmektedir[29]. Bununla beraber, belirtmek gerekir, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde de vekalet sözleşmesinin vekilin kişiliği ve çoğu zaman uzmanlığının dikkate alınarak yapılması, ücret karşılığı ve mesleki faaliyet kapsamında yapılması halinde özen yükümlülüğünün objektif ölçüt temel alınarak tespit edileceği; hizmet sözleşmesine yapılan atfın bu nedenle anlamsızlaştığı belirtilmekteydi[30].

Vekalet sözleşmenin özel bir görünümü olan avukatlık sözleşmesi açısından vekilin özen yükümlülüğü uygulanacak bir diğer kriter, Avukatlık Kanununun "Avukatın Hak ve Ödevleri" başlıklı altıncı kısmında düzenlenmiştir. Avukatlık Kanununun 34. maddesine göre *"Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."* Avukat ile müvekkil arasındaki vekâlet sözleşmesi bağlamında avukatın özen yükümlülüğü açısından bir ölçüt getiren bu hükmün, özel hüküm niteliğinde olduğu ve TBK m. 506'ya nazaran öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir[31].

2. Özen Yükümlülüğünün Çifte İşlevine İlişkin Yargı Uygulamasının Değerlendirilmesi

Özen yükümlülüğü, hem borca aykırılık hem de kusur unsurları ile ilişkilidir. Buna karşılık, vekâlet sözleşmesi bağlamında özen yükümlülüğüne ilişkin temel kuralı olan TBK m. 506 (OR 394), özen yükümlülüğünü esas olarak borca aykırılık bağlamında düzenlemiştir.

Özen yükümlülüğünün çift işlevine ilişkin tartışma, özellikle iş görenin edimini ilgili uzmanlık alanındaki güncel bilgilerden yararlanarak olabilecek en iyi kararları vererek, *lege artis* ifa edeceği uzmanlık gerektiren bazı meslek türleri bakımından önem arz eder[32]. Örneğin; özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan kötü ifa hallerinden biri, vekâlet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesinde doğan yükümlülüklere aykırılıktır. Hekimin muayene, tedavi ve müdahalelerinde üstlendiği edim yalnızca edim sonucu olan hastanın tedavisi değildir, bunu –başarı ile sonuçlanıp sonuçlanmamasından bağımsız olarak- tıp tekniğinin kurallarına uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür.

---

29 Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019) N 1743.

30 Bkz Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (4. Tıpkıbasımdan 5. Tıpkıbasım, Vedat 2010) 411-412. Ayrıca mesleki uzmanlık ve diploma gerektiren avukatlık, mimarlık, doktorluk gibi meslekler açısından değerlendirme için bkz Tandoğan (n 27) 412 vd; Aynı yönde İnal (n 3) 152.

31 Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (n 14) 129.

32 Wiegand, Art. 97 (n 4) N 31 ve N 36; Derendinger 132 N 292.

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bazı kararlarında, OR 394 vd. hükümlerinde düzenlenen özen yükümlülüğüne atıf yapmakla beraber konuyu kusur ekseninde değerlendirildiği görülmektedir[33]. Bu kapsamda uzmanlık gerektiren meslekleri yürüten (karara konu olayda doktorların) kimselerin ancak ağır kusuru halinde sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir[34]. Federal Mahkeme daha sonra OR 99 (TBK m. 114/1) hükmünün getirdiği genel esasla bağdaşmadığı için eleştirilen bu içtihadından dönmüş, özen yükümlülüğünün hem kusuru hem borca aykırılık temelinde değerlendirmeye başlamıştır[35]. Buna karşılık, Yargıtay, İsviçre Federal Mahkemesinin anılan eski kararında olduğu gibi özen yükümlülüğün ilişkin TBK m. 400 zikretmekle beraber vekilin *"özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumlu"* olduğunu belirtmektedir[36]. Bu da OR 394 ve TBK m. 506'da vekilin yükümlülükleri arasında düzenlenen özen yükümlülüğünü, borca aykırılık yerine kusura ilişkin bir düzenleme olarak ele almış olması anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, Yargıtay'ın vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin yaklaşımı da büyük ölçüde İsviçre Federal Mahkemesinin yaklaşımlarına[37] paralellik göstermektedir. Yargıtay da vekâlet sözleşmesinin bir gereği olarak, vekilin sonuç sorumluluğunun bulunmadığını, kural olarak mesleki gereklerini yerine getirmek için gerekli kararları almak ve uygulamakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir[38]. Buna karşılık bazı kararlarda özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespitinde esas alan davranış kriteri konusunda, TBK m. 506'daki esastan sapılan tespitler görülmektedir. Örneğin; vekalet sözleşmesinin tarafı olan ve yatırım danışmanı olduğu tahmin

---

33 Luc Thévenoz, 'Art. 99' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021) N 8.

34 BGE 105 II 284, E. 1; BGE 115 Ib 175, E. 2b.

35 Thévenoz (n 30) N 8; Huguenin (n 2) N 3268. Bu yaklaşım tarzı, daha sonar bir kararda eleştirilmiştir, bkz BGE 133 III 121, n. 3.1. Nitekim bir kararında, *"yeni içtihatlara göre"* vekalet sözleşmesinin tarafı olan doktorun *"her türlü borca aykırılıktan sorumlu olacağını"* belirtmiştir, bkz BGE 120 II 248, E. 2c; BGE 116 II 519, E. 3a; BGE 115 Ib 175, E. 2b.

36 Y. 3. HD 3869/6432, T. 13.9.2022. Aynı yönde ayrıca bkz Y. 3. HD 3250/4848, T. 23.5.2022; Y. 13. HD 7902/1070, T. 5.2.1991.

37 Dipnot 22'de anılan kararlar ve metinde yer alan ilgili açıklama.

38 *"Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, TBK 510 (BK 394/1) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır."* bkz Y. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022; Y. 3. HD 3869/6432, 13.9.2022. Aynı yönde ayrıca bkz Y. 3. HD 3250/4848, 23.5.2022; Y. 13. HD 5555,/12706, 17.12.2019; Y. 13. HD 24447/11320, 14.11.2019.

edilen vekilin özen yükümlülüğünün düzeyi incelenirken, onun, *"paranın yatırım yerini seçerken rizikosuz emin, azami kâr sağlayan kişi ve kuruluşları tercih etmede özen göstermek; normal seviyede, makul tedbirli bir insan gibi hareket etmek zorunluğunda"* olduğu belirtilmiştir[39]. Ancak mesleki faaliyetinin gereği olarak müvekkillerin parasıyla yatırım yapan vekilin, toplumda makul düzeyde sağduyulu olan bir kişi karar alması yeterli olmaz; yatırım yapılan piyasada makul düzeyde bilgi ve deneyim sahibi bir danışmanın alacağı kararları almak, izleyeceği adımları izlemek zorundadır. Yargıtay'ın bu kriteri esas alması, ne 818 sayılı mülga Borçlar Kanununun amaca göre yorumu ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda öngörülen kriterler ile uyumludur.

Yargıtay yeni tarihli diğer bir kararında vekilin özen yükümlülüğü açısından TBK m. 506 hükmünü zikretmekle beraber, mülga Borçlar Kanunu dönemindeki esası zikrederek vekilin özen yükümlülüğünün kriterini işçi ile aynı olduğunu, bu nedenle her türlü kusurundan sorumlu olduğunu belirtmiştir. İkinci bir problem olarak, gerekçenin devamında ise *'(d)oktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda"* olduğunu belirtmiştir. Oysa doktorların sorumluluğu objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü olduğu için insan sağlığı açısından göstermeleri gereken mesleki özen, toplumun bir parçası olan sağduyulu bir insanın göstermesi gereken özenden zaten daha yüksek bir sınır çizer[40].

Buna karşılık yakın tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında, avukatların özen yükümlülüğüne değinilirken, *"vekillerin, TBK m. 506-508 uyarınca, ağırlaştırılmış sadakat, özen, basiretli vekil gibi davranma ve hesap verme borçları olduğu ve en ufak kusurundan bile müvekkiline verdiği zararın tamamından sorumlu olacağı"* belirtilerek[41] vekilin özen yükümlülüğünün objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü olduğu ortaya konmuştur.

II. SORUMLULUĞUN KURULMASI BAKIMINDAN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÇİFT İŞLEVİ VE BUNUN İSPAT YÜKÜNE ETKİSİ

A. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKTA İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Borca aykırılığa ilişkin genel sorumluluk normu olarak kabul edilen TBK m. 112'ye göre borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu, borca ay-

---

39 Y. 13. HD 7902/1070, 5.2.1991. Diğer bir kararında ise tıp doktor olan *vekilin "hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda"* olduğu belirtilmiştir, bkz Y. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022.

40 Y.3. HD 2475/4162, 26.4.2022.

41 Y. İBBGK 6/9, 5.10.2018. Aynı yönde "Bu sorumluluk BK'de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK'de benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilinin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır." bkz Y. 1. HD 19241/1318, 28.1.2015.

kırılığın kusurlu bir davranışından ileri gelmediğini ispat etmedikçe alacaklının zararını tazminle yükümlüdür. Bu kapsamda zarar gören sözleşme tarafı; zararın varlığını, zarara sebep olan borca aykırılığı ve zarar ile borca aykırı davranış arasındaki nedensellik bağının varlığı ispat ettiğinde üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur. Diğer yandan borçlunun ispat yükünün konusu ise borca aykırılığın vuku bulması bağlamında kendisine bir kusur atfedilemeyeceğidir[42].

TBK m. 112'nin getirdiği bu kabul, bir görüşe göre aksi iddia ve ispat edilebilir bir karine niteliğindedir[43]. Diğer bir görüşe göreyse burada bir karine değil, ispat yükünün dağılımına ilişkin yasal bir kural mevcuttur[44]. Bu çalışmada da ikinci görüş benimsenmekte; m. 112'nin ispat yükünün dağılımı noktasında alacaklının ispat yükü açısından TMK m. 6'ya paralel bir yaklaşım örtülü olarak içerdiği, kusur unsuru bakımından menfi bir olgunun (kusuru bulunmadığını) ispatı olarak borçluya yüklediği kabul edilmektedir.

B. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Özen yükümlülüğü; bir yandan borca aykırılığın tespiti, bir yandan da kusur unsurunun tespiti anlamında önem taşır. Bu ikili yön, ilk bakışta doktrinel bir tespit gibi görünse de ispat hukuku açısından önemli bir soru işareti içerir. Nitekim uygulamada da ispat yükünün dağılımı bakımından zorluk yaratan nokta, özen yükümlülüğünün bu ikili anlamıdır[45].

Sözleşmesel sorumlulukta ispat yükü başlığında açıklandığı gibi, borca aykırılık olgusunu ispat yükü zarar gören sözleşme tarafında iken, kusurlu olmadığını ispat etme görevi özen yükümlülüğünün borçlusundadır[46]. İsviçre[47] ve Türk hukukunda[48]

---

42 Wiegand, Art. 97 (n 4) N 60. Aynı doğrultuda ayrıca bkz BGer 4A_586/2017, Urteil vom 16. 4. 2018, E. 2.3; BGer 4A_318/2015, Urteil vom 2. 11. 2015, E. 4; BGer 4A_336/2014, Urteil vom 18. 12. 2014, E. 7.3; BGer 4C.274/2004, Urteil vom 18. 11. 2004; BGE 127 III 546.

43 Fikret Eren, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m. 83 – 206* (Yetkin Yayınları 2022) N 3328.

44 Oğuzman ve Öz (n 9) N 1342. Tartışma için bkz Cengiz Koçhisarlıoğlu, 'Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi' (1984) 10(3) Yargıtay Dergisi 272, 281 vd; Bu görüş bağlamında Weber ve Emmenegger, TBK m. 112'nin, MK m. 8'in ispat yüküne ilişkin getirdiği kuraldan ayrıldığını belirtmektedir, krş Weber ve Emmenegger, Art. 97 (n 12) N 435. Konuyu özen yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri bağlamında inceleyen Tiryaki ise ispat yükünün ters çevrilmesi olarak nitelendirmektedir, bkz Betül Tiryaki, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' 12(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267, 275.

45 Fellmann (n 12) N 22.

46 Gehrer Cordey und Giger (n 6) N 19.

47 Thévenoz (n 15) N 57; Ayrıca bu hususu belirten bazı kararlar için bkz BGE 133 III 121, E. 3.4; BGE 120 Ib 411, E. 4; ATF 115 Ib 175, E. 2b; BGE 4A_137/2015, Urteil vom 19. August 2015.

48 Tandoğan (n 27) 432; Yavuz, Acar ve Özen (n 19) 1308; Veysel Başpınar, 'Avukatın Özen Borcu' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 39, 59; Mustafa Alper

edim fiilinin taahhüt eden sözleşenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamakla yükümlü olanın, iş görme ediminin alacaklısı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu da özen yükümlülüğünün ihlalinin, borca aykırılık unsuru temelinde değerlendirildiğini göstermektedir. Kanımızca bu daha makuldür, zira sorumluluğun kurulabilmesi için ilk adımda alacaklının borca aykırılığı ispat etmesi gerekir; borçlunun sorumlu olmadığını ispat etmesi, sonraki aşamada gündeme gelir.

Buna karşılık özellikle avukatlık, tıp doktorluğu gibi uzmanlık arz eden meslekleri yürüten vekillerin özen yükümlülüğünü ihlal ettiklerini ispat etmek, müvekkiller açısından oldukça güçtür. Bu nedenle İsviçre Federal mahkemesi öğretide de önemle incelenen bir kararında, alacaklı lehine bir ispat kolaylığı imkânı geliştirmiş ve vekilin iş görme edimini ifası sonucunda beklenmeyen olumsuz bir durum gelişmesi –yani zararın ortaya çıkması halinde – alacaklının bu durumda bir *fiili (doğal) karine (présomption de fait) (tatsächliche/natürliche Vermutung)*'den yararlanacağına hükmetmiştir[49]. Bu kapsamda, bir doktorun uyguladığı tedavinin yan etkileri biliniyorsa, işinin uzmanı olarak alacağı kararlarla, bu yan etkilerin doğma ihtimalini tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmasa bile bunlardan mümkün olduğunca kaçınmak için gerekli özeni göstermelidir. Aksi halde tedavi sonucunda olası yan etkilerden biri gerçekleştirirse, doktorun gerekli kararları almadığı ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilir. Bu kapsamda, karara konu olayda Mahkeme, hastanın vücudunun enfekte olmuş bir bölgesine kortizol preparatı enjekte eden doktorun özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiştir. Buna karşılık doktor, somut olayda yan etkilerden kaçınmak için hangi tıbbi kararları aldığını ortaya koyarak bunlara rağmen tedavinin engellenemeyecek riskleri nedeniyle bu yan etkilerden ortaya çıktığı veya atipik etkenlerin araya girmesiyle nedensellik bağının kesildiğini ortaya koyarak bu karineyi çürütebilir. Ancak kararlarda da ifade edildiği üzere bu karine bir ispat kolaylığı *(Beweiserleichterung)* sağlar; ispat yükünün ters çevrilmesi anlamına gelmez[50].

Buna karşılık Federal Mahkeme başka bir kararında, retrospektif bir bakış açısıyla zarar doğuran veya zararın ortaya çıkmasına engel olmayan her davranışın özen yükümlülüğünün ihmali niteliğinde olmadığını, somut olay özelinde inceleme yapılması gerektiğini, bu nedenle anılan karardaki muhakemenin tartışmasız bir ilke olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir[51]. Bu kararda, bilirkişi raporlarını da sık

Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Bea, 2001) 381-382. Ayrıca bu hususu belirten bazı kararlar için Y. HGK 4-1575/686, 19.12.1970; Yarg. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022; Wolfgang Wiegand und Christoph Hurni, 'Die Vermutung kehrt zurück!' (2005) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 205, 208.

49 Weber ve Emmenegger, Art. 97 (n 12) N 525.

50 BGE 120 II 248, E. 2c; Benzer yönde BGE 133 III 121, E. 3.1; Ayrıca diş hekiminin sorumluluğu açısından BGer Urteil 4A_216/2016 vom 26. September 2016.

51 BGer Urteil 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000, E. 1c ve 2c; Aynı hususu belirten, daha yakın tarihli bir karar için bkz BGE 4A_137/2015 Urteil vom 19. August 2015, E. 6.3.1.

sık anarak ortaya çıkan komplikasyonun nadir olmakla beraber engellenemeyecek türden bir yan etki olduğunu belirtmiş; fiili karineyi esas almayarak cerrahın yapılan müdahalede tıp tekniğinin kurallarına uymamış olduğunu, hastanın ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir.

Diğer yandan, vekâlet sözleşmesi ile borçlanılan edim, bir sonucun gerçekleşmesi değil, bir işin özenle görülmesidir. Bu nedenle işin görülmesi sürecinde, işin müvekkil lehine tamamlanmasını engelleyebileceği makul olarak öngörülebilen bütün risklerin vekil tarafından dikkate alınması gerekir. Örneğin; bir avukat, müvekkili adına açtığı maddi tazminat davasından zamanaşımının haksız fiilin gerçekleştiği andan ve zararın tespit edildiği (yani maluliyetin belirlendiği) andan itibaren işleyeceğine ilişkin Yargıtay'ın özel daireleri arasında farklı görüşlerin benimsendiğini biliyorsa, kendisine makul ve isabetli gelen görüşe göre hareket ederek taleplerini ileri sürmesi yetmez. Aksi görüşün benimsenmesi ihtimalini de göz ardı etmemelidir, aksi halde özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olur[52].

C. İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMINA İLİŞKİN YARGI UYGULAMASI

Yargıtay kararlarının birçoğunda kabul edilen esas, vekâlet verenin vekilin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat etmekle yükümlü olduğudur[53]. Ancak araştırmalarımız neticesinde Yüksek Mahkeme'nin, yukarıda anılan Federal Mahkemesi kararında[54] olduğu gibi bu konuda bir fiili karine bulunduğundan hareket ettiği bir kararına rastlanmamıştır[55]. Peki, bu yönde bir fiili karinenin Türk hukukunda kabul

---

52 Y. HGK T. 10.5.2023, E. 2022/109, K. 2023/439.

53 Y. HGK 4-1575/686, 19.12.1970; Y. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022. Bir diğer iş görme sözleşmesi olan iş sözleşmesi açısından da işçinin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını ispatla yükümlü olanın işveren olduğu kabul edilmektedir, bkz Y. 22. HD 40643/20219, 2.10.2017.

54 Türk hukukunda Gümüş'ün, *"ilk görünüş ispatı"* terimiyle buradaki yaklaşımın öğretideki gelişimini ve İsviçre hukuk uygulamasında yer bulması hakkında detaylı açıklamaları için bkz Gümüş (n 45) 386 vd. Fiili karine ve ilk görünüş ispatı kavramları arasındaki teorik ayrım için bkz Gökçen Topuz, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat (Yetkin 2012) 136 vd; Vildan Peksöz, Hukuk Muhakemesi Kapsaminda Karineler ve Faturanin Hukuki Niteliği (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014) 172 vd. Buna karşılık Topuz, usul hukuku öğretisinde ilk görünüş ispatı ve fiili karine kavramlarını eş anlamlı kabul edenler olduğunu aktarmaktadır. Bu görüş için bkz Topuz (n 51) 137. Topuz da Alman hukuku menşeili ilk görünüş ispatı kavramının, fiili karineden büyük bir fark arz etmediğini, her iki kavramın da dolaylı ispat aracı olduğunu belirtmektedir. Diğer yandan, ilk görünüş ispatının kusur ve nedensellik bağının ispatında, fiili karinenin ise vakaların ispatında kullanıldığını vurgulamaktadır, bkz Topuz (n 51) 139. Topuz'un ortaya koyduğu bu fark ışığında, Federal Mahkemenin bir vaka olarak borca aykırılığın varlığını incelediği göz önüne alınırsa burada fiili karine terimini kullanmak bize daha doğru görünmektedir.

55 Diğer yandan, Türk sorumluluk hukuku bakımından fiili karinenin varlığının kabul edildiği klasik bir örnek, enflasyon nedeniyle temerrüt faizini aşan munzam zararın varlığının alacaklı tarafından ispatlanması gerekip gerekmediği noktasındadır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 tarihli 2014/2267 başvuru numaralı kararı üzerine yerleşik içtihadını değiştiren Yargıtay 15. Hukuk Dairesi enflasyonun varlığını karine olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Örnek bir karar için bkz Y. 15. HD 967/859, 15.03.2021.

edilmesi, taraflar arasındaki menfaat dengesinin adil sağlar mı? Fiili karine; davaya bakan hâkimin, bilinen olgulardan bilinmeyen olgular hakkında sonuç çıkarmasını sağlayan, ispat hukukuna ilişkin bir kavramdır[56]. Fiili karine, hâkimin hayat tecrübelerine dayanarak ispat sorunlarını çözmesini sağlayan bir araçtır[57].

Türk hukukunda Tandoğan, vekilin özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin çıkabilecek bir uyuşmazlık bakımından ispat yükünün kolaylaştırılmasına ilişkin bir fiili karine yaklaşıma karşı çıkmaktadır[58]. Kanaatimizce bir fiili karinenin varlığının kabul edilebilmesi için bilinen olayların (konumuz bakımından doktorun tıbbi müdahalesi, avukatın müvekkil adına işlem yapması, yatırım danışmanının yatırımcı hesabına işlem yapması gibi), zararlı sonucu doğurmaya elverişli ve özel olarak yatkın olması gerekir. Usul hukuku öğretisinde ve yargı uygulamasında vurgulandığı gibi fiili karinenin hukuki alana taşınmasının temelinde, tecrübe kuralları yatar. Buna karşılık, sonuç taahhüdü içermeyen sağduyulu vekâlet sözleşmesi açısından, sağduyu sahibi sözleşme tarafları, vekilin iş görme edimini ifasından bağımsız olarak başka etkenleri de başarılı sonuç alınması imkânını etkileyebileceğinin bilincindedir. Diğer bir deyişle, burada bir tecrübe kuralından bahsetmek her durum açısından geçerli değildir. Bu nedenle doğası gereken risk içeren iş görme edimlerini konu alan vekâlet sözleşmesinde fiili karinenin kabul edilmesi, tutarsız bir yaklaşım tarzıdır. Böyle bir fiili karinenin kabul edilmesi halinde vekil, menfi bir vakanın ispatıyla yükümlü olacaktır –ki bu da oldukça zordur[59]. Diğer yandan, vekilin özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin bir uyuşmazlığı değerlendiren bir ilk derece mahkemesi hâkimi, İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararında olduğu gibi bir fiili karinenin varlığını kabul etmesi halinde Yargıtay'ın hâkimin delilleri değerlendirme tarzını HMK m. denetleyip denetleyemeyeceği tartışmalıdır[60].

Bu durumda menfaat dengesini en doğru şekilde gözeten çözüm, esas kuraldan ayrılmayarak borca aykırılık olgusu olarak özen yükümlülüğünü ispatlamakla yükümlü olanın müvekkil olduğunu kabul etmektir. Müvekkil ilgili işin uzmanı olmasa da davayı açarken başvurabileceği, uzman kişilerce hazırlanacak iki tür takdiri delil

---

56 Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz Topuz (n 51) 121 vd; Sema Taşpınar, 'Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımdaki Rolü' (1996) 45(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 533, 536 vd. Türk usul hukuku öğretisinde, fiili karinelerin taraflar arasındaki ispat yüküne etkisi ve özellikle ispat yükünün yer değiştirip değiştirmediği konusunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Görüşler için bkz Taşpınar (n 54) 565-566. Topuz, fiili karinenin işlevinin ispat yükünü yer değiştirmek olduğunu ve Yargıtay içtihadının da bu yönde olduğunu belirtmektedir, bkz Topuz (n 51) 131.

57 Alexandra Jungo, *Beweislast, Art. 8 ZGB, ZK - Zürcher Kommentar* (3., völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess 2018) N 280; Martin Kaufmann, *Beweisführung und Beweiswürdigung* (Dike 2009) 16; Topuz (n 51) 124.

58 Tandoğan (n 27) 432.

59 Topuz (n 51) 177-178.

60 Bu tartışmaya ilişkin bkz Yavaş (n 1) 748 vd.

sunma imkânı söz konusudur. Bu kapsamda HMK m. 266[61]'ya dayanarak olarak bilirkişi incelemesi talep ederek veya HMK m. 293/1 kapsamında uzman görüşü sunarak ispat yükünü yerine getirebilir. Bu kapsamda uyuşmazlığın adil şekilde çözümü için mahkemeye yardımcı olmak adına özel bir uzmanlık alanında bir bilirkişi atanır. Atanan bilirkişi ya da görüşü alınan uzman, uyuşmazlığın hukuki yönlerini değil, olguları ve olayları uzmanlık alanı kapsamında değerlendirir[62].

Buna karşılık, istisnai olarak somut olayın şartları bir fiili karinenin kabulünü gerektiriyorsa, bu kapsamda özellikle vekilin fiili veya işleminin olağan sonucundan daha büyük bir risk ve/veya zarar doğmuşsa (örneğin; bir tıbbi müdahale sonucunda onam formunda oldukça nadir görüleceği belirtilen bir komplikasyon ortaya çıkmışsa), fiili karinenin yardımıyla ispat yükünün ters çevrilmesi hakkaniyete uygun olabilir.

Diğer yandan müvekkilin ispat yükünün konusunu oluşturan bir diğer husus, zararın varlığını ispattır. Yargıtay, özen yükümlülüğünün ihlalinin yanında müvekkilin spekülatif sayılacak bir zararı varsa bunun varlığını da ispatlaması gerektiğini özellikle belirtmektedir. Eski tarihli ancak incelikle hazırlanmış bir kararının gerekçesinde, avukatın temyiz süresini kaçırmasının özen yükümlülüğünün ihlali olduğunu kabul etmekle birlikte, müvekkilin dosyanın temyiz sürecine girebilseydi dahi kendisi lehine sonuçlanacağını yani *"davanın kazanılacağı inancı; kuvvetle yaratacak biçimde ortaya konulabilirse"* avukatın sorumluluğuna başvurulabileceğini belirtmektedir[63]. Yine başka bir kararından, pul parası yatırılmadığı için dosyanın işlemden kaldırılması halinde, vekilin bu yükümlülüğe aykırı davranmasaydı davanın kazanılacağının müvekkil tarafından ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir[64].

III. VEKİLİN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Müvekkilin borca aykırılık olgusunu ispatlaması üzerine vekilin sorumluluktan tamamen kurtulması, ancak kusurunun bulunmadığını[65] veya kendi fiiliyle zarar arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıracak bir olgunun varlığı halinde mümkün olur. Bu kapsamda müvekkilin kusurunun nedensellik bağını ortadan kaldıracak düzeye ulaşması veya mücbir sebebin bulunması halinde vekil sorumlu olmaz. Buna karşılık, edim fiilinin özenli ifasının taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde, özen yükümlülüğünün borca aykırılık ve kusur bağlamında tamamen örtüştüğü

---

61 HMK m. 266'ya göre *"Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir."*

62 Kaufmann (n 54) 157-158.

63 Y. 4 HD 3098/865, 22.2.1974. <https://av-saimincekas.com/yargitay-karari/yargitay-karari-4-hd-22-2-1974-t-973-3098-e-865-k/> Erişim tarihi: 12.03.2023.

64 Y. 13. HD 3956/4329, 9.5.1999.

65 Tandoğan (n 27) 432; Oğuzman ve Öz (n 9) N 1345.

göz önüne alınırsa[66], vekilin kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması beklenemez. Bununla beraber, vekilin kusuru bulunmaksızın sorumlu olduğu istisnai hallerde[67] bu sebep sorumluluğunun ortadan kaldıracak kurtuluş karinelerine başvurması mümkündür. Örneğin; vekalet sözleşmesi akdedilen cerrahın asistanının fiili nedeniyle ameliyat sonucunda komplikasyon oluşmuşsa, vekil, bizzat kendisi *de lege artis* yöntemlere uyarak ilgili fiili gerçekleştirseydi dahi zararın oluşacağını ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilir.

Bazı hallerde ise müvekkil, vekile gerekli bilgileri vermeyi veya vekilin almasını bildirdiği tedbirleri almayı ihmal edebilir. Bu takdirde müvekkilin kendi üzerine düşen iş ve işlemleri ihmal ederek bizzat kendisinin sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak işbirliği yükümlülüğünü ihmal etmesi[68], örneğin; hastanın ameliyatı takiben doktorun uyarılarına aykırı etmesi, de zararlı sonucun doğmasına sebep olmuş ya da zararı arttırmış olabilir. Bu etken nedensellik bağının kesilmesine sebep olacak düzeye ulaşırsa sorumluluğun kurulmasına engel olur. Bu düzeye ulaşmıyorsa TBK m. 52 uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır.

Belirtmek gerekir, vekil, vekâletin ücretsiz olduğuna dayanarak sorumluluktan kurtulmak için bir savunmada bulunamaz. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere vekilin ücret karşılığı müvekkil adına iş görme edimini ifa etmeyi taahhüt ettiği hallerde, vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği vekil yine de özen yükümlülüğünün ihlalinden sorumludur[69]. Ancak bu takdirde m. 114 (OR 99) hükmü kapsamında, vekâletin ücretsiz olması *(unentgeltlich)* tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır[70]. Örneğin; *pro bono* dava üstlenen bir avukatın tazminat sorumluluğunda bir indirim sebebi olarak gündeme gelir[71].

SONUÇ

Uygulamada vekâlet sözleşmeleri ekseriyetle iş görme edimini özellikle uzmanlığı kapsamında mesleki veya iktisadi faaliyet gereği (avukat, doktor, mimar banka gibi) ve para alacağı karşılığında ifa eden vekillerle akdedilmektedir. Vekâlet sözleşmesi gibi edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde ise asli edim

---

66 Bu bağlamda Oğuzman ve Öz, 'kusur olgusu' açısından özen yükümlülüğünü ihlal etmediğini ispatlamakla sorumluluktan kurtulabileceğini belirtmekle beraber mesleki faaliyeti gereği edim fiilini taahhüt eden borçlunun kişisel bilgi ve görgü eksikliğine dayanan bir kusursuzluk savunması yapamayacağını, bu eksikliğin varlığının başlı başına özen yükümlülüğünün ihlali teşkil edeceğini de savunmaktadır, bkz Oğuzman ve Öz (n 9) N 1346.

67 Örneğin ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk, hâkim görüşe göre borçlunun kusuruna dayanmaz. Birçokları yerine bkz Eren (n 40) N 3315.

68 Chappuis, 76.

69 Yavuz, Acar ve Özen (n 19) 1307.

70 Huguenin (n 2) N 3266; Gümüş (n 45) 337 vd. Ayrıca bkz Yarg. 13. HD T. 5.2.1991, E. 1990/7902, K. 1991/1070 (naklen Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (n 14) 277). Aksi görüşte Derendinger, 122-123 N 273-274.

71 Thévenoz (n 30) N 11.

yükümlülüğünün özenli olarak ifası borçlanıldığından salt bir yan yükümlülük değildir; asli edim yükümlülüğünün bir parçası olmuştur. Nitekim vekilin üstlendiği edim, başarıya ulaşma şartı aranmaksızın üstlenilen işin özenli olarak görülmesidir. Buna karşılık, özen yükümlülüğünün sözleşmeden doğan yükümlülükler arasında hangi gruba gireceğine ilişkin bu ayrım, vekalet sözleşmesi özelinde teorik bir sınıflandırma olarak kalmaktadır. Zira özen yükümlülüğünün hangi kategoride kabul edildiği önem arz etmeksizin –kabul edilen görüşe göre doğrudan veya kıyasen– uygulanacak hükümler aynıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide kabul edilen görüş ve yargı uygulamasıyla uyumlu olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, özen yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmiş sayılması için objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü standardını açıkça benimsemiştir. Özen yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanununun 506. maddesinde vekilin yükümlülükleri arasında düzenlenmiş ve temelde borca aykırılık olgusuyla ilişkilendirilmiştir. Ancak objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğünün kıstas olarak esas alındığı hallerde, vekilin kendisine yüklenen özen yükümlülüğü standardına aykırı hareket etmesi ve bu kararın dış dünyaya yansıması, sırasıyla kusur ve borca aykırılık unsurları tamamen örtüşür.

Özen yükümlülüğü; bir yandan borca aykırılığın tespiti, bir yandan da kusur unsurunun tespiti anlamında önem taşır. Bu ikili yön, ilk bakışta doktrinel bir tespit gibi görünse de ispat hukuku açısından önemli bir soru işareti içerir. Şöyle ki, sözleşmeden doğan bir borca aykırılık halinde tazminat sorumluluğu bakımından tarafların ispatla yükümlü oldukları unsurlar açıktır: Zarar gören sözleşme tarafı; zararın varlığını, zarara sebep olan borca aykırılığı ve zarar ile borca aykırı davranış arasındaki nedensellik bağının varlığı ispat ettiğinde üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur. Diğer yandan borçlunun ispat yükünün konusu ise borca aykırılığın vuku bulması bağlamında borca aykırılıktan sorumlu olmadığını –sıklıkla rastlandığı üzere kendisine bir kusur atfedilemeyeceğini– ispatlamalıdır. İsviçre ve Türk hukukunda edim fiilinin taahhüt eden sözleşenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamakla yükümlü olanın, iş görme ediminin alacaklısı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu da özen yükümlülüğünün ihlalinin, borca aykırılık unsuru temelinde değerlendirildiğini göstermektedir. Nitekim bu, makul bir tespittir; borca aykırılık ve kusur unsurlarının içeriği fiilen birleşse de ispatla yükümlü olunan ilk nokta, borca aykırılık unsurunun varlığını ispattır.

Diğer yandan, kimi zaman uzmnalığı kapsamında bir faaliyet yürüten vekillerin özen yükümlülüğünü ihlal ettiklerini ispat etmek, müvekkiller açısından oldukça güçtür. Bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, alacaklı lehine bir ispat kolaylığı imkânı geliştirerek vekilin iş görme edimini ifası sonucunda beklenmeyen olumsuz bir durum gelişmesi, yani zararın ortaya çıkması halinde, alacaklının bu durumda bir fiili (doğal) karineden yararlanacağına hükmetmiştir. Usul hukuku öğretisinde ve yargı uygulamasında vurgulandığı gibi fiili karinenin hukuki alana taşınmasının temelinde, tecrübe kuralları yatar. Buna karşılık, sonuç taahhüdü içermeyen vekâlet sözleşmesinde, sağduyu sahibi sözleşme tarafları, vekilin ifası

dışında başka etkenlerin de başarılı sonuç alınması ihtimalini etkileyebileceğinin bilincinde olmalıdır. Diğer bir deyişle, burada bir tecrübe kuralından bahsetmek her durum açısından geçerli değildir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi sonraki kararlarında, bu yönde bir fiili karineye dayanan ve ispat yükünün ters çevrilmesi sonucu doğuran yaklaşımın, her olayda gündeme gelemeyeceğini belirtmiştir. Türk yargı uygulamasında ise borca aykırılık olgusu açısından ispat yükünün dağılımına etki eden böyle bir yaklaşıma rastlanmamıştır. Buna karşılık, vekilin özen yükümlülüğünü ihlali açısından müvekkil lehine bir yaklaşım gözlemlenmekte; ihlalin tespiti sıklıkla vekilin tıbbi kayıtları tutma yükümlülüğü ile ilişkilendirilmekte ve bilirkişi görüşlerine başvurulmaktadır. Gerçekten de müvekkil ilgili işin uzmanı olmasa da davayı açarken başvurabileceği, uzman kişilerce hazırlanacak iki tür takdiri delil sunma imkânı söz konusudur. Bu kapsamda HMK m. 266 'ya dayanarak olarak bilirkişi incelemesi talep ederek veya HMK m. 293/1 kapsamında uzman görüşü sunarak ispat yükünü yerine getirebilir.

Buna karşılık, istisnai olarak somut olayın şartları bir fiili karinenin kabulünü gerektiriyorsa, bu kapsamda özellikle vekilin fiili veya işleminin olağan sonucundan daha büyük bir risk ve/veya zarar doğmuşsa, fiili karinenin yardımıyla ispat yükünün ters çevrilmesi hakkaniyete uygun olabilir.

Nihayetinde vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme edimini kötü ifa ettiği, davaya bakan hâkim tarafından bir fiili karine ya da diğer bir takdiri delile başvurularak sabit görüldükten sonra müvekkilin sorumluluktan kurtulması için elinde bulunan bazı imkanlar vardır. Vekilin sorumluluktan kurtulma imkânı, ancak sorumluluğun kurusu olgularından başka birinin eksikliğini ispatlamasıyla söz konusu olabilir. Bu kapsamda müvekkilin borca aykırılık olgusunu ispatlaması üzerine vekilin sorumluluktan tamamen kurtulması, ancak kusurunun bulunmadığını veya kendi fiiliyle zarar arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıracak bir olgunun varlığı halinde mümkün olur.

KAYNAKÇA

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019).

Bachmann G, 'BGB § 241' in *Münchener Kommentar zum BGB Band II* (9. Auflage, C.H. Beck 2022).

Başpınar V, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin 2004).

Başpınar V, 'Avukatın Özen Borcu' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 39-62.

Chapuis O, *Responsabilité et Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat: le Régime de Responsabilité Applicable à la Violation des Devoirs Accessoires* (Helbing & Lichtenhahn 2005).

Derendinger P, *Die Nicht- und die Nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages* (Universitätsverlag Freiburg 1988).

Eren F, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m. 83 – 206* (Yetkin Yayınları 2022).

Fellmann W, 'Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe' (2008) 4 (recht) 119-133.

Fellmann W, 'Art. 398' in *Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4* (Stämpfli 1992).

Gauch P, 'Art. 387' in *Der Werkvertrag* (6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess 2019).

Gehrer Cordey C und Giger G, 'Art. 398' in *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage, Schulthess 2016).

Gümüş MA, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta, 2001).

Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (Schulthess 2019).

İnal HT, *6098 satılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih* (Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin 2014).

Jungo A, *Beweislast, Art. 8 ZGB, ZK - Zürcher Kommentar* (3., völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess 2018).

Kaufmann M, *Beweisführung und Beweiswürdigung* (Dike 2009).

Koçhisarlioğlu C, ‚Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi' (1984) 10(3) Yargıtay Dergisi 272-284.

Morin A, 'Art. 1' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn 2021).

Müller-Chen M, *Folgen der Vertragsverletzung* (Schulthess 1999).

Oğuzman MK ve Öz TM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, Vedat 2021).

Oser D und Weber RH, 'Art. 398' in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020).

Peksöz V, Hukuk Muhakemesi Kapsaminda Karineler ve Faturanin Hukuki Niteliği (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014).

Schwenzer I und Fountoulakis C, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Stämpfli 2020).

Taşpınar S, 'Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımdaki Rolü' (1996) 45(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 533–572.

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (4. Tıpkıbasımdan 5. Tıpkıbasım, Vedat 2010).

Thévenoz L, 'Art. 97' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021).

Thévenoz L, 'Art. 99' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021).

Tiryaki B, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' 12(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-279.

Topuz G, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (Yetkin 2012).

Weber RH und Emmenegger S, 'Art. 97' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020).

Weber RH und Emmenegger S, 'Art. 99' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020).

Werro F, 'Art. 398' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 253-529 CO, Autres contrats* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn 2021).

Werro F, *Le Mandat et Ses Effets, une etude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligation, Analyse critique et comparative* (Editons Universitaires Fribourg 1993).

Wiegand W, 'Art. 97' in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020).

Wiegand W, 'Gratwanderungen' (2010) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 78-82.

Wiegand W und Hurni C, 'Die Vermutung kehrt zurück!' (2005) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 205-212.

Yavaş M, 'Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı' (2015) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi 741-761.

Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II* (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta 2022).

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1684018

HAVA YOLUYLA YÜK VE YOLCU TAŞIMA DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

The International Jurisdiction of Turkish Courts in Disputes on Cargo and Passenger Transport by Air

Nazlıcan AKMEŞE*

Özet

Çalışmamızda, uluslararası taşıma sözleşmelerinden doğan davalarda yetkili mahkemeler, milletlerarası özel hukuk çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda konu, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ve bu anlaşmaların uygulama alanına girmeyen durumlarda ise MÖHUK hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Varşova ve Montreal Konvansiyonları, çok geniş katılımın sağlandığı milletlerarası anlaşmalar olduğundan taşıyanın hukukî sorumluluğuna ilişkin davalar bu Konvansiyonlara dayanılarak çözümlenmektedir. Diğer taraftan, kalkış veya varış yerlerinden birinin Türkiye, diğerinin ise milletlerarası anlaşmalara taraf olmayan bir devlet olması durumunda MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir. Bu hâllerde, taşıyanın sorumluluk davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK'un ilgili hükümlerine göre tayin edilecektir. Ayrıca, Konvansiyonların kapsamına girmeyen hususlarda da MÖHUK hükümleri uygulanacaktır. Bu hususlar, kanunlar ihtilâfı hükümleri dâhil olmak üzere lex fori'ye tâbidir. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin, Konvansiyonlar çerçevesinde milletlerarası yetkili olduğu haller MÖHUK hükümlerine göre tayin edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Montreal konvansiyonu, milletlerarası yetki, uluslararası hava taşımacılığı, hava taşıma sözleşmeleri, Türk Sivil Havacılık Kanunu

Abstract

In this study, competent courts in cases arising from international transportation contracts are examined through the lens of private international law. Within this framework, the issue is analyzed in the context of international agreements to which Turkey is a party, and where these agreements do not apply, it is evaluated according to the MÖHUK framework. Since the Warsaw and Montreal Conventions are international agreements with very broad participation, cases regarding the legal liability of the carrier generally fall within the scope of these Conventions. On the other hand, if one of the points of departure or arrival is in Turkey and the other place is in a state that is not a party to these international conventions, the MÖHUK regime may apply. In these cases, the international jurisdiction of Turkish courts in carrier liability cases is determined in accordance with the relevant provisions of MÖHUK. In addition, the MÖHUK regime applies to matters not covered by the Conventions. These matters are governed by the lex fori, including its conflict of

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.11.2024*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye, nazlican.akmese@bakircay.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-1879-1037.

laws rules. Therefore, the cases in which Turkish courts have international jurisdiction within the scope of the Conventions are determined in accordance with the provisions of MÖHUK.

Keywords: Montreal convention, international jurisdiction, international air transport, air carriage contracts, Turkish Civil Aviation Law

GİRİŞ

Taşıma, ülkeler arasında veya bir ülkenin ulusal sınırları içerisinde yolcuların ya da malların teslim alındığı yerden gideceği ya da gönderileceği yere çeşitli ulaşım araçlarıyla transfer edilmesidir. Günümüzde taşımacılık sektöründe hem eşya hem de yolcu taşımacılığı alanında uluslararası hava taşımacılığı ve sivil havacılık faaliyetleri önemli yer tutmaktadır. Bu tür taşıma faaliyetlerinden, taşıma sözleşmesi ihlalleri ve haksız fiiller doğabilmekte; taşıyana karşı sorumluluk davaları ile ölen yolcuların mirasçıları veya bedensel zarara uğrayan yolcular tarafından tazminat davaları açılabilmektedir.

Birden fazla ülke arasında transfer sağlayan taşıma sözleşmelerinden doğan hukuki uyuşmazlıklar milletlerarası usul hukuku alanını doğrudan ilgilendirmektedir. Uluslararası sivil hava taşımacılığından kaynaklanan ve yabancılık unsuru da barındıran konuyla ilgili diğer tüm uyuşmazlıkların hangi ülke mahkemelerinde görüleceği hususu milletlerarası yetki kavramı içerisinde değerlendirilmektedir[1]. Uluslararası hava taşıma sözleşmesinin birden fazla devlet ile ilişkili olduğu hallerde, hava aracının kalkma yeri, varma yeri, yolcunun vatandaşlığı, hava aracının tabiiyeti gibi çok sayıda yabancı irtibat noktası olayda ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi hallerde, sözleşme veya taşıma sırasında meydana gelen kazayla veya taşıma işiyle bağlantılı birden çok devlet uyuşmazlığın çözülmesinde kendisini yetkili görebilmektedir. Bu durum milletlerarası hukuk çalışmalarında ve ulusal düzenlemelerde uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetki konularında yeknesak kuralların düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Taşıyıcı, yolcu, gönderici ve alıcı için hukuki açıdan öngörülebilirlik sunan uluslararası düzeyde geçerli standart kurallar, bu süreçlere önemli katkılar sağlamakta ve kanunlar ihtilâfı sorunlarının ve milletlerarası yetki hususunun çözümünü kolaylaştırmaktadır[2].

Uluslararası alanda yeknesak kuralların oluşturulması ihtiyacı ilk olarak 1929 tarihli, Varşova Konvansiyonu olarak da anılan, "Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme[3]" ile giderilmiştir. Varşova Konvansiyonu çok sayıda değişiklik ve ek protokoller ile yenilenmiştir. Ancak ek protokollerin zaman içerisinde giderek artan sayısı neticesinde Konvansiyon, asıl amacı olan kuralların yeknesaklaştırılması amacına hizmet edemez hale gel-

[1] Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2024) 466 vd.

[2] Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Milletlerarası Özel Hukukta Sivil Hava Taşımacılığı Kazaları ve Taşıyıcının Hukuki Sorumluluğu (Taşıyıcının Sorumluluğu), (Yetkin Yayıncılık 2016) 26.

[3] Varşova Konvansiyonu Türkçe metni için bkz.: R.G.: Tarih: 03.12.1977, Sayı:16128.

miştir. Bu nedenle 1999 tarihinde, Montreal Konvansiyonu olarak da anılan, "Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme[4],[5]" kaleme alınmıştır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde Varşova Konvansiyonu sistemine göre; ikinci bölümünde ise Montreal Konvansiyonu hükümlerine göre uluslararası hava yolu taşımacılığından doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin nasıl belirleneceği incelenecektir. Üçüncü bölümde Konvansiyonların uygulama alanına girmeyen uluslararası hava yolu taşımacılığından doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin nasıl belirleneceği ele alınacaktır.

I. MONTREAL KONVANSİYONU ÖNCESİNDEKİ ULUSLARARASI ANLAŞMALAR

Günümüzde yürürlükte olan uluslararası sözleşmeleri incelemeden önce Montreal Konvansiyonuna zemin hazırlayan önemli hukuki düzenlemelere kronolojik olarak değinmek gerekmektedir. Bu düzenlemeler, öncelikle Varşova Konvansiyonu ve onu tadil eden ya da eklemeler getiren çeşitli protokol ve anlaşmalardan oluşmaktadır.

A. Varşova Konvansiyonu

Uluslararası alanda hava taşıyıcılarının taşıma faaliyetinden doğan sorumluluklarının öngörülebilir kurallara tabi olması ihtiyacı ve farklı hukuk sistemlerinin öngördüğü yüksek tazminat taleplerinin sınırlandırılması ihtiyacı bu alanda yeknesak kuralların düzenlenmesini gerekli kılmıştır[6]. Bu alanda yeknesak kuralların oluşturulması ihtiyacına karşılık, ilk olarak düzenlenen uluslararası anlaşma 1929 tarihli "Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme[7]"

---

[4] Türkiye, Varşova Konvansiyonu ve onu değiştiren protokollerden; La Haye Protokolü ve 4 Nolu Montreal Protokolüne taraftır. 2 Nisan 2009 tarihinde, "Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" TBMM'de kabul edilmiş ve 14 Nisan 2009 tarihinde 27200 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Konvansiyona taraf olma isteğine ilişkin belgeler ise 25 Ocak 2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütüne (ICAO) verilmiştir. Bu şekilde taraf olma koşullarının tamamlandığı 26 Mart 2011 tarihi itibariyle, Türkiye Montreal Sistemine taraf olmuştur.

[5] 28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal'de imzalanan ve 2/4/2009 tarihli ve 5866 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme"nin Çekince ile birlikte onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı, R.G.: Tarih: 01.10.2010, Sayı: 27716.

[6] Kübra Yetiş Şamlı, Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, (Oniki Levha Yayıncılık 2008) 47.

[7] "Convention Pour L'unification De Certainer Règles Relatives Au Transport Aérien International-Convention For The Unification Of Certain Rules Relating To International Transportation By Air". Varşova Konvansiyonu 12 Ekim 1929 tarihinde imzalanmış ve 13 Şubat 1933 tarihinde taraf olan devletler için yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından ise 01 Mart 1977 tarihinde 2073 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 29 Ağustos 1977 tarihinde 7/13874 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmış ve 03 Aralık 1977 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak 25 Haziran 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.Varşova Konvansiyonu hala yürürlüktedir.

(Varşova Konvansiyonu)'dur[8].

Varşova Sistemi kapsamında yer alan uluslararası taşımalardan doğan tazminat davaları hakkında milletlerarası yetkili mahkemeler Varşova Konvansiyonunun 28. maddesinde açıkça tespit edilmiştir. Buna göre; taşıyanın yerleşim yerinin bulunduğu yer, taşıyanın esas işyerinin bulunduğu yer, taşıma sözleşmesinin akdedildiği işyerinin bulunduğu yer ve son olarak varma yeri mahkemeleri milletlerarası yetkiyi haizdir[9].

Sözleşmenin 28. maddesinde belirtildiği üzere, usul hukukuna ilişkin hususlar *lex fori*'ye tâbidir. Bu maddede belirtilmekle birlikte Konvansiyonda tanımı yapılmayan kavramlara ilişkin sorunlar ve yetkili mahkemelere ilişkin diğer usul hukuku sorunları *lex fori*'ye göre çözümlenecektir. "Yerleşim yeri", "esas işyeri", "işyerinin bulunduğu yer" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği aşağıda Montreal Konvansiyonuna ilişkin açıklamalarda daha detaylı şekilde belirtildiğinden konunun tekrar teşkil etmemesi bakımından bu başlıkta yer almamaktadır.

B. La Haye Protokolü

Havayolu şirketlerinin taşıma belgelerine ilişkin düzenlemelere ilişkin eleştirileri ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin yolcuların şahıs varlığı zararları bakımından sorumluluk sınırının düşüklüğüne ilişkin eleştirileri Varşova Konvansiyonu'nun tadil edilmesini gerekli kılmıştır[10]. Konvansiyon zaman içerisinde birçok değişikliğe uğramıştır. 1955 yılında La Haye Protokolü[11] ile önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu değişiklilerden sonra Varşova Konvansiyonu'nun yerini Varşova-La Haye sistemi olarak bilinen düzen almıştır[12]. La Haye Protokolü ile Konvansiyonun 3. ve 4. maddelerinde düzenlenen taşıma belgeleri basitleştirilmiş; bunların içermesi gereken kayıtlar sadeleştirilmiş ve ispat hukuku bakımından işlevi hüküm altına alınmıştır[13]. Taşıyanın sorumluluğu şahıs varlığı zararları

---

8 R.G.: Tarih: 01.10.2010, Sayı: 27716.

9 Bkz.: "Convention Pour L'unification De Certainer Règles Relatives Au Transport Aérien International- Convention For The Unification Of Certain Rules Relating To International Transportation By Air" ("Varşova Konvansiyonu"), m. 28/1.

10 Yetiş Şamlı (n 6) 48.

11 "Protocol To Amendt The Convention Fort the Unification Of Certain Rules Relating To International Carriage By Air, Signed At Warsaw On 12 October 1929" ("12 Ekim 1929 Tarihli Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Kuralların Birleştirimesi Hakkında Sözleşmeyi Değiştirilen Protokol"). Protokol, 28 Eylül 1955 tarihinde imzalanmış ve 01 Ağustos 1963 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Varşova/La Haye sistemine katılması 1 Mart 1977 2073 Sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Bu Kanun 3 Aralık 1977 tarihinde 16128 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

12 İlyas Gölcüklü, Hava Hukuku (2. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2021) 6.

13 Cemal Şanlı, Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk (Kazancı 1992) 10.

bakımından iki katına çıkarılmıştır[14]. Bu protokolü Varşova Konvansiyonuna taraf devletlerden bazıları imzalarken ABD gibi bazıları ise imzalamamış, bu nedenle ikili bir sistem ortaya çıkmıştır[15].Getirilen düzenlemeler taşıyanın sorumluluğuna ilişkin olup yetkiye ilişkin hükümler bakımından bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir.

C. Guadalajara Ek Konvansiyonu

Varşova Konvansiyonu akdî taşıyan ile fiilî taşıyanı birbirinden ayırmadığından akdî taşıyandan taşıma işini devralan fiilî taşıyana karşı Konvansiyon sisteminin sorumluluk rejimi uygulanamamaktaydı[16]. Bu kavramlar Konvansiyon'da net olarak tanımlanmasa da düzenlemelerde yer almaktadır. Fiili taşıyan (*actual carrier*), hava taşıma sözleşmesine doğrudan taraf olmasa da akdî taşıyanın talimatıyla belirli bir uçuşu fiilen gerçekleştiren taraf veya işletmeyi ifade etmektedir. Akdi taşıyan (*contractual carrier*) ise yolcu veya yük sahibi ile taşıma sözleşmesini akdeden tarafı ifade etmektedir.

Taşıma işini gerçekleştiren fiilî taşıyana karşı da ilgili hükümlerin uygulanabilmesi adına 1961 yılında Guadalajara Anlaşması[17] imzalanarak Konvansiyona ek hükümler getirilmiştir[18]. Guadalajara Ek Konvansiyonu,Varşova Konvansiyonu'nda ele alınmayan bir konu olarak; sözleşmeye taraf olmayan fiilî taşıyan tarafından gerçekleştirilen uluslararası taşımalarla ilgili uyuşmazlıklarda, fiilî taşıyanın sorumluluğunu belirlemektedir. Fiilî taşıyana karşı açılacak davalarda, Varşova Konvansiyonu'nda belirtilen mahkemeler ile birlikte fiilî taşıyanın mutad meskeninin veya esas işyeri merkezinin bulunduğu yer mahkemeleri de milletlerarası yetkilidir[19]. Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşmeye taraf olmamıştır.

D. Montreal Geçici Anlaşması

ABD, La Haye Protokolü ile saptanan sorumluluk sınırlarını da yetersiz bulmuş ve hava yolu şirketleri karşısında gerçek kişilerin menfaatlerini korumadığını dü-

---

14 Yetiş Şamlı (n 6) 48.

15 Yetiş Şamlı (n 6) 48.

16 Yetiş Şamlı (n 6) 49.

17 "Convention Supplementary To The Warsaw Convention Unification Of Certain Rules Relating To International Carriage By Air Performed By A Person Other Than The Contracting Carrier" ("Akdî Taşıyıcıdan Başka Bir Şahıs Tarafından İcra Edilen Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Konvansiyonunu Tamamlayıcı Konvansiyon Guadalaraja Anlaşması")) 18 Eylül 1961 tarihinde imzalanmış ve 1 Mayıs 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

18 Tuba Birinci Uzun, Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu (Seçkin Yayıncılık 2020) 26; Şanlı (n 13)10; Yetiş Şamlı (n 6) 49; Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 6.

19 Bkz.: "Convention Supplementary To The Warsaw Convention Unification Of Certain Rules Relating To International Carriage By Air Performed By A Person Other Than The Contracting Carrier" ("Akdî Taşıyıcıdan Başka Bir Şahıs Tarafından İcra Edilen Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Konvansiyonunu Tamamlayıcı Konvansiyon" [Guadalaraja Anlaşması]), m.8.

şüncesiyle Varşova Sözleşmesi'ni feshetmiştir[20]. ABD'nin uluslararası sivil havacılıkta önemli bir konumda bulunması sebebiyle bu talepler dikkate alınmış ve 1966 tarihinde uluslararası geçerliliği olmayan sadece yerel bir düzenleme olan Montreal Geçici Anlaşması[21] imzalanmıştır. Bu geçici anlaşmada yetkiye ilişkin kurallara dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır[22].

E. Guatemala City Protokolü

ABD'nin Varşova Konvansiyonu sisteminden çıkması Montreal Geçici Anlaşması sayesinde engellenmiştir[23]. Buna rağmen değişiklik çalışmaları devam etmiş ve 8 Mart 1971 tarihinde Guatemala City Protokolü[24] imzalanmıştır. Bu protokol ile Varşova Sözleşmesi'nin 28. Maddesine getirilen değişiklik ile Varşova Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklarla ilgili davaların davacının ikametgâh veya devamlı meskeninin bulunduğu taraf ülkede taşıyıcının bir iş yerinin bulunması halinde davanın bu ülke mahkemelerinde de görülebileceği düzenlenmiştir[25]. 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'nun temellerini oluşturacak olan bu protokol, aralarında ABD'nin de olmadığı 7 devlet tarafından onaylandığından yürürlüğe girememiştir[26].

Guatemala City Protokolü de Varşova Sistemine yeni bir yetki kuralı getirmiştir. Buna göre, yolcunun ölümü, yaralanması veya uçuşun iptali, bagajın kaybolması, hasara uğraması veya teslimin gecikmesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında, eğer taşıyanın işletmesinin bulunduğu yer aynı zamanda yolcunun ikametgahı veya daimî adresi ise, bu yerin mahkemeleri uluslararası yetkiye sahiptir[27]. Bu mahkeme, Taraf Devletlerden birinin ülkesinde bulunmalıdır. Ayrıca, Varşova Konvansiyonu'nun 28/1. maddesinde belirtilen mahkemelerde de dava açılabileceği ifade edilmiştir. Madde metninde geçen "Taraf Devlet" ifadesi ile La Haye Protokolü ile

---

20 Yetiş Şamlı (n 6) 49.

21 "Montreal Intercarrier Agreement", (CAB 18900), 1966. Detaylı bilgi için bkz.: Kader Güneş, Air Carrier Liability In International Law, In European Law And In Turkish Law (Adalet Yayınevi 2013).

22 Bülent Sözer, 'Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova / La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi' (2001) 21 [1] Banka ve Ticaret Hukuku Degisi (BATİDER) 141,149-150.

23 Yetiş Şamlı (n 6) 50.

24 "Protocol to Amend The Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage By Air, Signed at Warsaw on 12 October 1929" ("Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımacılığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyonun Değiştirilmesine İlişkin Protokol").

25 Şanlı (n 14) 12-13.

26 Birinci Uzun (n 18) 27; Yetiş Şamlı (n 6) 50.

27 Bkz.: "Protocol to Amend The Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage By Air, Signed at Warsaw on 12 October 1929" ("Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımacılığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyonun Değiştirilmesine İlişkin Protokol"), m. 12.

değiştirilmiş Varşova Konvansiyonu'na ve Guatemala City Protokolüne taraf olan devletler ifade edilmektedir. Türkiye tarafından da onaylanan protokol yeterli sayıda imzacıya ulaşamadığından yürürlüğe girmemiştir.

F. Montreal Ek Protokolleri

Varşova Konvansiyonu'nun tadili yukarıda bahsedilen La Haye Protokolü ,Guadalajara Ek Konvansiyonu, Montreal Geçici Anlaşması ve Guatemala City Protokolü ile getirilen değişiklikler ile sınırlı kalmamış ve 1975 yılında Montreal Protokolleri[28] ile de önemli değişiklikler yapılmıştır[29]. Bu değişiklikler ile yüke gelen zararlardan taşıyanın mutlak sorumlu olacağı kabul edilmiş ve en önemlisi Varşova Konvansiyonu ve Eklerinin tek bir metinde toplanmasına karar verilmiştir[30]. Türkiye, Montreal Protokollerinden 1 ve 2 numaralı protokole hiçbir zaman taraf olmamış, 3 ve 4 numaralı protokolleri ise imzalamamasına rağmen onay belgelerini depoziter ülke konumundaki Polonya'ya iletmiştir[31]. 3 numaralı protokol, az sayıda devletin taraf olması sebebiyle yürürlüğe girmemiş; 4 numaralı protokol ise 14 Haziran 1998 tarihi itibariyle taraf ülkeler bakımından (Türkiye bakımından 12 Eylül 1998) tarihinde yürürlüğe girmiştir[32].

Yukarıda açıklanan tüm düzenlenmeler dikkate alındığında Türkiye bakımından uygulanan anlaşmalar sırasıyla Varşova Konvansiyonu, Varşova/La Haye Sistemi, 4 Numaralı Montreal Protokolü ve son olarak Montreal Konvansiyonudur. Önceki düzenlemelerin Montreal Konvansiyonu ile tamamen yürürlükten kaldırılmadığını da önemle belirtmek gerekir[33].

II. VARŞOVA/LA HAYE SİSTEMİ UYGULAMA ALANI VE YETKİ KURALLARI

Varşova Konvansiyonu'nun uygulama alanı, 1. maddesinde[34]; "*Bu Sözleşme,*

---

28 "Montreal Additional Protocol No. 1, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929; Montreal Additional Protocol No. 2, 1975 to amend the Convention fort he Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955; Montreal Additional Protocol No. 3, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955 and at Guatemala City on 8 March 1971; Montreal Additional Protocol No. 4, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955".

29 Yetiş Şamlı (n 6) 50-51.

30 Şanlı (n 13) 12; Sözer (n 22) 154.

31 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 7.

32 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 7.

33 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 7.

34 Bkz.: "Convention Pour L'unification De Certainer Règles Relatives Au Transport Aérien International- Convention For The Unification Of Certain Rules Relating To International Transpor-

ücret karşılığında uçakla gerçekleştirilen tüm uluslararası insan, bagaj veya eşya taşımalarına uygulanır. Bu hüküm, bir hava taşıma işletmesi tarafından uçakla gerçekleştirilen karşılıksız taşımalara da aynı şekilde uygulanır." denilerek gösterilmiştir.

"Uluslararası taşıma" ifadesi, 2. maddede açıklanmıştır. Buna göre taşımada kesinti veya aktarma olsun ya da olmasın, sözleşmede hareket yeri ve varış yerinin, iki farklı âkit tarafın toprakları içerisinde kararlaştırıldığı taşımalar uluslararası taşımadır[35]. Ayrıca yine Konvansiyonda, hareket ve varış yeri tek bir âkit devlet sınırları içerisinde olmasına rağmen taşıma sözleşmesinde, Konvansiyona taraf olmasa dahi, bir başka devletin topraklarında durma yeri belirlenmiş ise bunun da uluslararası taşıma sayılacağı düzenlenmiştir[36]. Burada bahsedilen hareket, varış ve durma yerlerinin belirlenmesi hususunda fiilî durum değil taşıma sözleşmesi esas alınacaktır. Aynı âkit devlet ülkesinde taşıma gerçekleştiren hava aracının fiilîyatta başka bir devlet ülkesinde duraklaması eğer taşıma sözleşmesinde bu belirtilmemişse taşımaya uluslararası nitelik kazandırmamaktadır[37]. Buna göre Konvansiyon; taraf devletlerde olmak kaydıyla, sözleşmeye dayanılarak ücret karşılığı (istisnaen hava taşıma işletmesi tarafından karşılıksız olarak) ve hava araçları ile yapılan uluslararası yük ve yolcu taşımaları söz konusu olduğunda uygulama alanı bulacaktır[38].

Konvansiyon'un 28. maddesinde ise taraf ülkelerin mahkemelerinin yer itibariyle yetkisi belirtilmektedir[39]. Konvansiyon'un 28. maddesinde "1. *Tazminat davası, davacının seçimine bağlı olarak, Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birinin topraklarında, ya taşıyıcının mutat olarak ikamet ettiği veya iş merkezinin bulunduğu yerdeki yargı yetkisine sahip Mahkeme önünde açılmalıdır veya Sözleşmenin yapıldığı bir kuruluşun bulunması veya varış yerinde yargı yetkisine sahip Mahkeme önünde bulunması. 2. Usul sorunları, davaya bakan mahkemenin hukukuna tabi olacaktır."* denilerek hangi mahkemelerin yetkili olacağı gösterilmiştir. Buna göre davacılar, taraf devletlerden birinde olmak kaydıyla davalarını; taşıyanın ikametgahının bulunduğu yer, taşıyanın esas iş yerinin merkezinin bulunduğu yer, taşıyanın taşıma sözleşmesini akdettiği iş yerinin bulunduğu yer ve varış yeri mahkemesinde açabilmektedirler[40].

Guadalajara Sözleşmesi kapsamında, Konvansiyon'un 28. maddesine göre, fiilî taşıyana karşı açılacak davalarda Varşova Konvansiyonu'nda belirtilen mahkemelere ek olarak, fiilî taşıyanın mutad meskeninin veya ana işyerinin bulunduğu

---

tation By Air", Art. 1.https://eu.pravo.hr/_download/repository/Varsavska_konvencija_1929.pdf, (E.T.:10.12.2023).

35 Yetiş Şamlı (n 6) 53.

36 Yetiş Şamlı (n 6) 53.

37 Yetiş Şamlı (n 6) 53; Hüseyin Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1987) 20.

38 Şanlı (n 13) 13; Yetiş Şamlı (n 6) 52; Ülgen (n 37) 17.

39 Şanlı (n 13) 15.

40 Mahzar Nedim Göknil, Hava Hukuku (Fakülteler Matbaası 1951) 206; Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 77-78.

yerin mahkemeleri de uluslararası yetkiye sahip olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşmeye taraf olmamıştır. Guatemala City Protokolü ile Varşova Sistemine bir yetkili mahkeme daha eklenmiştir. Buna göre, Protokole taraf devletlerin birinde olmak kaydıyla, eğer davacının ikametgahı veya devamlı meskeninin bulunduğu yerde taşıyanın bir iş yeri mevcutsa davacı burada da davasını açabilmektedir[41]. Bu Protokol, Türkiye tarafından onaylanmış olmasına rağmen yürürlüğe girmemiştir.

Sayılan mahkemeler arasında herhangi bir öncelik sırası bulunmamaktadır, davacı belirtilen yer mahkemelerinden hangisini tercih ediyorsa orada davasını açabilmektedir. Konvansiyonda tanımı yapılmayan usul hukuku kavramlarına ilişkin sorunlar ve yetkili mahkemelere ilişkin diğer usul hukuku sorunları *lex fori*'ye göre çözümlenecektir. Bu durum davacılar açısından *forum shopping*[42] imkânı yaratmaktadır. Davacı en yüksek miktarda tazminata hükmedeceğini düşündüğü yer mahkemesini seçebilir ancak karar farklı bir ülkede tenfiz edilecekse bunu da göz önüne almak yararlı olacaktır.

Yeknesak kurallar oluşturmak amacıyla kaleme alınan Varşova Konvansiyonu'na eklenen birçok ek protokol ve yapılan çok sayıda değişiklik sonucu yeknesaklaştırma amacından uzaklaşılmış, bu amacı yeniden tesis etme ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

A. Montreal Konvansiyonu

Varşova Sisteminde yapılan değişiklikleri her devlet kabul etmediği gibi devletlerin hangi değişikleri onaylayıp onaylamadığını belirlemek de oldukça zor bir hal almış ve yeniden kolaylaştırıcı standart bir düzen oluşturmak gerekli hale gelmiştir. Bu nedenle yine yeknesaklaştırma amacıyla 1999 tarihinde, Montreal Konvansiyonu[43] kaleme alınmıştır.

Türkiye bakımından Konvansiyon, Bakanlar Kurulunun 13.09.2010 tarih ve 2010/895 sayılı kararı ile uygulanma alanına ilişkin 57. maddesine çekince konularak onaylanmış ve onay evrakı 25.01.2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütüne (ICAO) gönderilmiştir. Konvansiyon, yürürlüğe girmeye ilişkin kuralı gereği Türkiye için üç ay sonra 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir[44].

---

41 Şanlı (n 13) 15.

42 Milletlerarası özel hukuk alanında kullanılan bir terim olan *forum shopping*; davacının bir dava konusunda birden fazla ülkede bu dava için başvurabileceği yetkili mahkemeler varsa ve bu yerlerin her birinde uyuşmazlık konusu için başka kanun yetkili sayılıyorsa, davacının bu kanunlardan kendisi için en avantajlı olanı seçerek davasını orada açma imkanına sahip olduğunu anlatır. Bkz.: Vedat Raşit Seviğ, "Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı" (1997) 55 [3] İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası 179.

43 "Convention For The Unification Of Certain Rules For International Carriage By Air"("Hava Yoluyla Yapılan Uluslararası Taşımalar İçin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyon"). Konvansiyon, 28 Mayıs 1999 tarihinde imzalanmış, 4 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından ise Konvansiyon 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Montreal Konvansiyonu'nun onaylanmasının uygun bulunduğuna dair 02.04.2009 tarihli 5866 sayılı Kanun, 14.04.2009 tarihli ve 27200 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Konvansiyonun resmi Türkçe çevirisi için bkz.:01.10.2010 tarihli ve 27716 sayılı Resmî Gazete.

44 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 8.

1. Montreal Konvansiyonunun Uygulanma Alanı

Montreal Konvansiyonu 1. maddesinde "*Bu Sözleşme, ücret karşılığında hava aracı ile gerçekleştirilen tüm uluslararası insan, bagaj veya kargo taşımalarına uygulanır. Bu hüküm, bir hava taşıma işletmesi tarafından uçakla gerçekleştirilen karşılıksız taşımalara da aynı şekilde uygulanır*." denilerek uygulanma alanını Varşova/La Haye sisteminde düzenlenen şekilde belirlemiştir. Bu düzenlemelere ek olarak Konvansiyon 51. maddesinde, taşıyanın normal faaliyetlerinin kapsamına girmeyen olağanüstü şartlarda gerçekleştirilen taşımalara Konvansiyonun 3.,4.,5.,7. ve 8. maddelerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir[45].

"Konvansiyon'un uygulanma alanı bakımından taraf devletlere çekince koyma imkânı getiren 57. maddeye göre; bir Taraf Devlet, kendi işlev ve görevleri bakımından ticari olmayan amaçlar için doğrudan kendisi tarafından gerçekleştirilen ve işletilen hava yoluyla uluslararası taşımacılığa ilişkin çekince koyabilir. Ayrıca devletler, ilgili Taraf Devlette kayıtlı ya da o Taraf Devlet tarafından kiralanıp, bütün kapasitesi o Taraf Devletin askeri makamlarınca ya da bu makamlar için ayrılmış olan hava araçları ile yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığına ilişkin olarak da Konvansiyonun uygulanmasına çekince koyabilir. Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti, Montreal Sözleşmesinin 57. maddesine çekince koymuştur[46]. Buna göre, Montreal Konvansiyonu, egemen bir devlet olarak işlev ve görevleri bakımından ticarî olmayan amaçlar için doğrudan Türkiye Cumhuriyeti tarafından ifa edilen ve işletilen uluslararası taşımacılığa ve Türkiye Cumhuriyeti'ne kayıtlı veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından kiralanan, tüm kapasitesi ile Türk askerî makamlarınca veya onlar adına tahsis edilen ve askeri amaçlara hizmet eden hava aracı ile kişi, eşya ve bagaj taşımacılığına uygulanmayacaktır[47]."

Montreal Konvansiyonu'nun hava yolu taşımalarına uygulanabilmesi için öncelikli koşul, taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin mevcut olmasıdır[48]. Montreal Konvansiyonu'nda taşıma belgelerinin düzenlenmesine ilişkin hükümler yer alsa da bu belgeler geçerlilik şartı olmamakla birlikte taşıma sözleşmesine ilişkin başkaca bir şekil şartı da bulunmamaktadır[49]. Konvansiyonda düzenlenmemiş olan taşıma sözleşmesinin şekli geçerliliği hususunda yabancılık unsuru da dikkate alınarak MÖHUK'un ilgili hükümlerine göre uygulanacak hukukun belirlenmesi ve burada yer alan maddi hukuk hükümlerine göre sözleşmenin geçerliliğinin tespit edilmesi gerekir[50].

---

45 Yetiş Şamlı (n 6) 56.

46 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 8; Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 63.

47 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 63-64.

48 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 16.

49 Ülgen (n 37) 15-16; Birinci Uzun (n 18) 42, Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 19.

50 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 19-20. Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken öncelikle uyuşmazlığın şekle ilişkin olup olmadığı kural olarak *lex* fori'ye göre tespit edilir. Uyuşmazlık konusunun şekle ilişkin olduğuna kanaat getirildikten sonra ilgili kanunlar ihtilafı

Bir diğer uygulanma şartı ise taşımanın hava aracı ile yapılmasıdır[51]. Konvansiyonda hava aracının tanımı yapılmadığından uyuşmazlığa konu aracın hava aracı olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Buradaki sorun hukuki bir kavramın nitelendirilmesine ilişkindir. Uyuşmazlığa konu aracın hava aracı olup olmadığı, uyuşmazlığın Konvansiyonun uygulama alanına girip girmeyeceğini belirleyeceğinden bu kavramının nitelendirilmesi hususu bağlama noktasının vasıflandırılması kurumuna benzetilebilir. Milletlerarası hukukta bağlama noktasının ve usul hukukuna ilişkin konuların belirlenmesinde genel kural vasıflandırmanın *lex fori'*ye göre yapılmasıdır[52]. Uyuşmazlığa konu aracının nitelendirilmesinde de vasıflandırmadaki genel kural olan *lex fori* uyarınca forum hukukunun maddi hükümlerine göre niteleme yapılması gerektiği kabul edilmektedir[53]. Türk hukukunda hava aracı, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun[54] "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde, "*havalanabilen ve havada seyredebilme kaabiliyetine sahip her türlü araç*" olarak tanımlanmaktadır.

Konvansiyonun uygulanması için taşıma faaliyetinin Konvansiyon hükümleri anlamında uluslararası taşıma niteliğinde olması gerekir[55]. Uluslararası taşıma ifadesi kesinti veya aktarma olsun ya da olmasın, sözleşmede hareket yeri ve varış yerinin, iki farklı âkit tarafın toprakları içerisinde kararlaştırıldığı taşımaları ifade etmektedir. Ayrıca hareket ve varış yeri tek bir âkit devlet sınırları içerisinde olsa bile taşıma sözleşmesinde, Konvansiyona taraf olmasa dahi, bir başka devletin topraklarında durma yeri belirlenmiş ise bu da uluslararası taşıma olarak kabul edilmektedir.

Taşıma sözleşmesinin ücret karşılığında yapılmış olması gerekmektedir[56]. Bu kuralın istisnası Konvansiyonun 1/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taşı-

---

kuralı olan MÖHUK m.7 hükmünün işaret ettiği hukukun maddi hükümleri uygulanır. Bu kurala göre; hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun (*locus regit actum)* veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae)* maddî hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılır. Söz konusu hukuki işlem bir sözleşme olduğunda, bu işlemin esasına uygulanacak hukuk; MÖHUK m. 24'te belirtildiği üzere, taraflar hukuk seçimi yapmamışsa o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk olacaktır. MÖHUK'un 7. madde hükmünde bahsedilen işlem yeri hukuku ile esasa uygulanacak hukuk, birbirine alternatif olarak düzenlenmiştir. Şekli geçerliliğe uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Begüm Süzen, Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk (Oniki Levha Yayıncılık 2020).

51 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 168.

52 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 434; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku (Beta Yayınları 2017) 393; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk (Beta Yayınları 2021) 497; Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku (Yetkin Yayınları, 2022) 226; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim, Hüseyin Akif Karaca, Milletlerarası Özel Hukuk (Oniki Levha Yayıncılık 2022) 546; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk (Savaş Yayınevi 2020) 25; Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukuk (Vedat Kitapçılık 2020) 12; Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 210.

53 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 43.

54 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu R.G.: Tarih: 19.10.1983, Sayı: 18196.

55 Muharrem Gençtürk, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk (Vedat Kitapçılık 2006) 65; Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 26.

56 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 53; Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 37.

manın bir hava taşımacılığı işletmesi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ücret şartı aranmaksızın taşımalar kapsam dahilinde kabul edilmiştir. Bu sayede hava yolu şirketleri tarafından çalışanlarına ve ailelerine verilen ücretsiz biletlerle yapılan taşımalarda veya belli yaş altındaki çocuk yolcular için yapılan ücretsiz taşımalarda da yolcular Konvansiyon kapsamında korunabilecektir[57].

Uygulanma şartlarından sonuncusu ise yapılan taşımanın konusunu yük, bagaj ve yolcu taşımaları oluşturmasıdır[58].

Montreal Konvansiyonu, hala yürürlükte bulunan Varşova / La Haye Sistemi düzenlemelerinin uygulanma kabiliyetini tamamen sona erdirmemiştir[59]. Bunun sebebi hala çok sayıda devletin Varşova /La Haye Sistemine taraf olmasıdır. Varşova Konvansiyonu'nu onaylamış ancak Montreal Konvansiyonu'nu onaylamamış ülkeler bulunduğundan iki Konvansiyon da mevcut hukuki düzende somut olaya göre uygulama alanı bulabilmektedir[60].

Türkiye bakımından düzenlemelerin uygulanma alanını açıkça ortaya koymak gerekirse; sadece Varşova Konvansiyonu'na taraf devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık, Varşova Konvansiyonu hükümlerine tâbidir[61]. Sadece Montreal Konvansiyonu'na taraf olan devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık, Montreal Konvansiyonu hükümlerine tâbidir[62]. Hem Montreal Konvansiyonu'na hem de Varşova Konvansiyonu'na taraf olan devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık bakımından uygulanacak düzenleme, "Montreal Konvansiyonunun Varşova Sistemi İçinde Yer Alan Belgeler ile Olan İlişkisi" başlıklı 55. maddesine göre tespit edilecektir. Montreal Konvansiyonu 55. maddesinde Konvansiyonun önceki düzenlemeler ile olan ilişkisini düzenlemektedir. Buna düzenlemeye göre, hem Montreal Konvansiyonu'na hem de Varşova Sistemine taraf olan iki devlet arasındaki taşımalara Montreal Konvansiyonu hükümleri uygulanacaktır.

"Anayasa m. 90/(5) hükmü gereğince, Varşova ve Montreal Konvansiyonları, uygulama alanlarına giren uyuşmazlıklara taraf devlet olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti bakımından iç hukukun bir parçası olarak doğrudan uygulanacaktır[63]. Montreal Konvansiyonuna taraf olmayan ancak Varşova Sistemi içinde yer alan aynı hukuki düzenlemeye taraf iki devlet arasında gerçekleşen taşımalara bu düzenleme hükümleri uygulanacaktır[64]."

---

57 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 39-40.

58 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 53; Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 43.

59 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 31.

60 Sözer (n 22) 168.

61 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 31.

62 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 32.

63 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 30.

64 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 31.

"Taşımacılığın Varşova veya Montreal Konvansiyonu hükümlerine tâbi olması durumunda, Konvansiyonlarda milletlerarası yetkiye ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması halinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Bunun yanı sıra, hiçbir milletlerarası anlaşmaya taraf olmayan devletler ile Türkiye arasında gerçekleştirilen taşımalardan doğan uyuşmazlıklarda da, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yine MÖHUK hükümlerine göre tespit edilecektir.

2. Montreal Konvansiyonu'nun Yetkiye İlişkin Hükümleri

a. Genel Olarak

Milletlerarası yetki, bir devlet mahkemesinin yabancı unsurlar içeren bir uyuşmazlığı konu, taraflar ve hukuki sonuçlar açısından karara bağlama yetkisini ifade eder[65]. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda egemenlik gereği, her devlet ancak kendi mahkemelerinin yetkili olup olmadığını belirleme yetkisini haizdir[66].

MÖHUK m. 1/(1) uyarınca, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi" bu kanun ile düzenlemektedir. Yabancı unsur taşıyan ihtilaflarda devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi hem özel milletlerarası yetki kuralları hem de yine aynı kanunun 40. maddesinin atfıyla iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uyarınca belirlenmektedir. Ancak milletlerarası anlaşmalarda da yetkiye ilişkin düzenlemeler getirilebilmektedir. MÖHUK m. 1/(2), ilk fıkrada belirtilen yetki kuralına Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma kurallarını muhafaza ederek istisna getirmektedir. Bu durum, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirten Anayasa m. 90/(5)'e hükmünün gereğidir. Dolayısıyla MÖHUK m. 1/(1) kapsamın düzenlenen hususlarda, aynı konuya ilişkin bir milletlerarası anlaşması bulunması durumunda öncelikli olarak bu düzenlemeler göz önüne alınacaktır. Bu nedenle, belirli uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tespit edilirken Türkiye'nin âkit devlet olduğu bir milletlerarası anlaşma olup olmadığı araştırılmalı ve böyle bir anlaşma bulunması halinde anlaşmanın yetkiye ilişkin hükümleri uygulanmalıdır.

Montreal Konvansiyonu kapsamında açılacak olan sorumluluk davalarında hangi mahkemelerin yetkili olduğu Konvansiyon'un 33. maddesinde düzenlenmiştir. Madde 33/(1)'e göre, hava yolu taşıyanına karşı sorumluluk davasının açılabileceği mahkemeler şöyle belirlenmiştir: Taşıyanın ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi, taşıyanın esas iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıyanın taşıma sözleşmesinin akdedildiği işyerinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıma söz-

---

65 Nomer, (n 52) 417; Çelikel, Erdem, (n 52) 559; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 466; Şanlı (n 13) 7; Güngör, (n 52) 240; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 573; Akıncı (n 52) 114; Doğan (n 52) 38; Cemile Demir Gökyayla,Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Vedat Kitapçılık 2021) 9.

66 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 468; Nomer (n 52) 54; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 573; Çelikel, Erdem (n 52) 610; Güngör (n 52) 240; Akıncı (n 52) 115; Doğan (n 52) 39.

leşmesinde öngörülen varma yeri mahkemesidir. Bu düzenlemede Varşova Konvansiyonundaki sistem takip edilmekle birlikte burada yer alan dört alternatife ikinci fıkrada beşinci bir alternatif olarak yolcunun ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi de eklenmiştir[67].

Madde 33/(4) hükmü ise yargılama usulüne ilişkin diğer hususların yargılamayı gören mahkemenin hukukuna tabi olacağını düzenlemektedir. Ancak Konvansiyon kapsamında açılacak sorumluluk davalarının, Konvansiyonda gösterilen milletlerarası yetkili mahkemeler dışında başka bir mahkemede görülmesi mümkün değildir. Mahkemenin yetkisi Konvansiyon ile tesis edilmemişse iç hukuk kurallarına göre tesis edilemez[68]. Ayrıca Konvansiyonun 49. maddesinde hasarın oluşmasından önce yapılacak yetki sözleşmeleri veya taşıma sözleşmelerine konan yetki kayıtlarının geçersiz olacağı da belirtilmiştir.

Milletlerarası yetkisini tespit edecek olan mahkemenin ilk olarak mensup olduğu devletin Konvansiyona taraf olup olmadığını[69] ardından konvansiyonun 1. maddesinde belirtilen uygulanma şartlarını ve 33. maddede sıralanan mahkemelerden olup olmadığını nihayet kendi iç hukukunda düzenlenen dava şartlarını inceleyerek yetkisine karar vermesi gerekir[70].

Konvansiyonda yetkinin tesisinde esas alınan usule ilişkin kavramların ne anlama geldiği ayrıca düzenlenmemişse bunların vasıflandırılması *lex foriye* göre yapılacaktır[71]. Yetki kurallarında yer alan bağlama noktalarının vasıflandırılmasında esas olan hâkimin hukukudur[72]. Dolayısıyla mahkeme, yetkili olup olmadığına ilişkin incelemeyi yaparken Konvansiyon'da yer alan yetki kriterlerini kendi iç hukukuna göre yorumlayacaktır[73]. Bu durum, Konvansiyon'un 33. maddesinin 4. fıkrasında, usule ilişkin diğer hususların *lex fori'*ye tabi olacağı belirtilen kural ile de uyumludur. Örneğin "taşıyanın ikametgâhı" ifadesindeki ikametgâh Türk Medeni Kanunu'nun[74] m.19 ve m.51 hükümlerine göre anlamlandırılacaktır[75].

---

67 Konvansiyonda yetkilendirilen mahkemeler aşağıda II. Bölüm/A/2/b başlığı altında detaylı detaylı değerlendirilmektedir.

68 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 76.

69 Tüm forumların ortak şartı ise dava açılacak mahkemenin mutlaka Montreal Sözleşmesi'ne "taraf" devletlerin birinde yer almasıdır. Bkz.: İlyas Gölcüklü, "Montreal Sözleşmesi Kapsamında Beşinci Yetki Kuralı ve Uygulaması" (Beşinci Yetki), (2020) 26 [1] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 317, 323.

70 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 77.

71 Şanlı (n 13) 18.

72 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 434; Çelikel, Erdem (n 52) 570; Nomer (n 52) 410; Güngör (n 52) 219.

73 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 481; Akıncı (n 52) 119; Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, "Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", (2022) 12 [1] Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 921.

74 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, R.G.: Tarih: 08.12.2011, Sayı: 24607.

75 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 81; Nalçacıoğlu Erden (n 73) 921; Begüm Süzen,

Montreal Konvansiyonu ile beş farklı yetki hükmü getirilmiş olup davacı, bu yetkili mahkemelerden arasından seçimlik hakkını kullanarak istediği herhangi birini seçebilir[76]. Davacı yapacağı tercih uyarınca usul hukukunu ilgilendiren sorunların çözümünde uygulanacak hukuku da seçmiş kabul edilecektir. Nitekim, usule ilişkin sorunlar, davaya bakmakla yetkili olan mahkemenin hukukuna göre çözümlenecektir. Bununla beraber davacı davasını açacağı mahkemeyi seçerken kararın hangi ülkede tanınacağını veya tenfiz edileceğini de dikkate almalıdır[77]. Konvansiyon, uygulama kapsamında yer alan uyuşmazlıklarla ilgili olarak 33. maddede sayılan mahkemeler tarafından verilmiş kararların âkit devletlerde tanınması ve tenfizi hususunu düzenlememiştir. Dolayısıyla, Konvansiyon kurallarına dayanılarak alınan kararların âkit ülkelerde icrası, tanıma tenfiz ülkesinin hukukuna göre gerçekleşecektir[78].

Montreal Konvansiyonu, "İlave Yargılama Yetkisi" başlığı altında 46. maddede ek bir yetki kuralı da düzenlemektedir. Bu kural madde 45'e dayanmaktadır ve maddede fiilî taşıyandan (*actual carrier*) bahsedilmektedir. Konvansiyonun 39. maddesinde akdî taşıyan (*contracting carrier*); genel olarak, bu Konvansiyon'a tabi bir taşıma sözleşmesi yaparak bir yolcu veya gönderici ile ya da yolcu veya gönderici adına hareket eden bir kişi ile anlaşan kişi olarak tanımlanmaktadır. Yine aynı maddeye göre, fiilî taşıyan ise akdî taşıyanın vermiş olduğu yetkiyle taşıma işleminin tamamını veya bir kısmını yapan kişidir. Konvansiyonun 46. maddesinde getirilen yetki kuralına göre, fiilî taşıyan tarafından gerçekleştirilen taşımalarla ilgili olarak dava açılması durumunda dava, davacının tercihine bağlı olarak fiili taşıyan veya akdî taşıyan aleyhine ayrı ayrı ya da birlikte açılabilir. Dava taşıyanlardan sadece birine karşı açılmışsa, davalı taşıyan diğer taşıyanın müdahil olmasını talep edebilir. Her halükârda, dava açılacak olan ülkenin Konvansiyona taraf olan ülkelerden biri olması gerekmektedir.

Konvansiyon tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmelerine de imkân vermektedir. Ancak Konvansiyon'un uygulama kapsamı içerisinde kalan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvuru Konvansiyonun 34. maddesinde iki koşula bağlanmıştır. Birincisi, taşıma konusunun yük olması ve ikincisi ise tahkim yerinin yalnızca m. 33/(1) 1'de sayılan yerlerden biri olarak seçilebilmesidir. Tahkim, davacının seçimine bağlı olarak m. 33'te gösterilen yerlerden birinde görülebilecektir. Maddede tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerektiği de belirtilmiştir.

Taraflar aralarındaki ihtilafların tahkim prosedürü ile çözümlenmesini ancak; taşıma sözleşmesinin konusunu yük oluşturduğunda ve hasarın ortaya çıkmasından

---

"Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Kurallarında Kullanılan Bağlama Noktalarının Vasıflandırılması", Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim (ed.) içinde, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar, (On İki Levha Yayıncılık, 2021) 48.

76 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 305-306.

77 Şanlı (n 13) 15-16.

78 Zeynep Derya Tarman, 'Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri' (2013) 107 TBB Dergisi 97, 105.

sonra (Konvansiyonun 49. maddesinde yer alan sınırlama nedeniyle) yapacakları taşıma sözleşmesi ile 33. maddede belirtilen yargı yerlerinde gerçekleştirilmek üzere kararlaştırabilirler.

b. Konvansiyonda Yer Alan Yetkili Mahkemeler

aa. Taşıyanın İkametgâhının Bulunduğu Yer Mahkemesi

Montreal Konvansiyonu uyarınca açılacak davalarda yetkili olarak gösterilen ilk mahkeme hava yolu taşıyıcısının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir. Varşova Konvansiyonunda olduğu gibi[79] Montreal Konvansiyonunda da ikametgâh tanımı bulunmamaktadır. İkametgâh kavramının tespiti davanın görüldüğü yer mahkemesinin maddi hukukuna göre yapılacaktır[80].

Günümüzde uluslararası sivil hava taşımacılığı faaliyetini gerçekleştiren taşıyanlar daima tüzel kişiliği haiz şirketlerdir. Tüzel kişilerde TMK m.51 gereğince "*tüzük ya da esas sözleşmelerinde belirlenen yer veya tüzük ya da esas sözleşmelerinde belirtilmemişse idari işlemlerinin yürütüldüğü yer*" kişinin ikametgâhı sayılmaktadır. Hava yolu taşıyıcıları ticari işletme olduğundan davanın şirket esas sözleşmesinde gösterilen yer mahkemesinde açılması gerekmektedir[81].

Gerçek kişilerin yerleşim yeri ise Türk hukuku bakımından TMK m.19/(1) gereğince "*kişinin yerleşmek niyetinde olduğu yer*" kişinin ikametgâhı sayılmaktadır. TMK m. 19'da yer alan yerleşim yeri kavramı "yerleşme iradesi" ve "sürekli kalma niyeti" olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır[82]. Yabancı kişinin ikametgahının belirlenmesinde sürekli kalma niyetiyle yerleşme iradesi gösterip göstermediğinin incelenmesi gerekir. Yargıtay'ın 1977 tarihli bir kararında[83], bir yabancının uzun süre Türkiye'de ikamet etmesi, ticari faaliyetlerde bulunması veya çocuğunun Türk okullarında eğitim görmesi gibi durumların, tek başına, o kişinin yerleşim yerinin Türkiye olarak kabul edilmesi için yeterli olmadığı belirtilmiş; yabancıların vatandaşlık başvurusunda bulunmalarının gerçekten yerleşme niyetine sahip olduklarını göstereceği ifade edilmiştir. Karar, doktrinde eleştirilmiş ve yerleşim yerinin belirlenmesinde vatandaşlık yerine, Türkiye ile gerçek ve yakın bağın esas alınması gerektiği vurgulanmıştır[84].

---

79 Ülgen (n 37) 227.

80 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 434; Çelikel, Erdem (n 52) 570; Nomer (n 52) 410; Güngör (n 52) 219; Sinan Sami Akkurt, Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2018) 341.

81 Birinci Uzun (n 18) 212.

82 Serap Helvacı, Gerçek Kişiler (Legal Yayınevi 2021) 98-99; Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk (Turhan Kitabevi 2019) 284-286.

83 Yargıtay 2. HD, E. 1977/1136, K. 1977/1490, 21.02.1977 için bkz. "Türk Mahkeme Kararları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (1982) 2 [1], 36, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99829 (Erişim Tarihi: 22.01.2025).

84 Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Beta Basım Yayım 2000) 94.

Yerleşim yerine ilişkin başka bir düzenleme Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda[85] (NHK) yer almaktadır. NHK'nın tanımların yer aldığı m. 3/ee hükmünde "yerleşim yeri adresi" sürekli kalma niyetiyle oturulan yer olarak tanımlanmaktadır. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği'nin 1. maddesinde belirtilen amaç doğrultusunda, Türk vatandaşları ile en az altı ay süreli ikamet tezkeresi bulunan yabancıların yerleşim yerlerinin belirlenmesine yönelik kuralların düzenlendiği görülmektedir. Yönetmeliğin "Adres kayıtlarının tutulması" başlıklı m.10 hükmünde "Türk vatandaşları ve yabancıların yerleşim yeri adresi ve diğer adresleri elektronik ortamda tutulur" denilmektedir. Yönetmeliğe göre, kişinin adres olarak beyan ettiği yer, Türk vatandaşı veya yabancı fark etmeksizin, yerleşim yeri sayılmaktadır. Bu kapsamda, yabancı kişilerin ikamet tezkerelerinde yer alan ve adres kayıt sistemine bildirdikleri adresler, yerleşim yeri olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay'ın bazı karalarında da yabancıların ikamet tezkerelerinde yazan adres onların yerleşim yeri kabul edilmektedir[86].

Yargıtay'ın ikamet tezkerelerinde yazan adresi doğrudan yerleşim yeri olarak kabul etmesi de eleştirilmektedir. Doktrinde, adres beyan sisteminde kaydedilen adreslerin yerleşim yerinin tespiti için gerekli olan yerleşme iradesi ve sürekli kalma

---

85 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, R.G.: Tarih: 25.04.2006, Sayı: 26153.

86 "*Davacı, kendi yerleşim yerinin İstanbul olduğunu ileri sürdüğüne göre, İstanbul'un dava tarihi itibarıyla davacının yerleşim yeri olup olmadığı belirlenmelidir. Dava 13.5.2009 tarihinde açılmıştır. Dosyaya sunulan belgelerden, davacının 6.11.2008 ile 6.11.2010 tarihleri arasında iki yıl süreli yabancılara mahsus ikamet tezkeresiyle Türkiye'de bulunduğu anlaşılmaktadır. 5490 sayılı* Nüfus Hizmetleri *Kanununa göre, Türkiye'de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet tezkeresi almış olan yabancıların Genel Müdürlükçe "Yabancılar Kütüğüne" kaydedilmeleri (md.8/1) ve yerleşim yeri adreslerinin bu kütüğe işlenmesi, bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 15.8.2007 tarihinde yürürlüğe konulan "Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliğine" göre de, bu durumda olan yabancıların yerleşim yeri ve diğer adres bilgilerinin elektronik ortamda tutulması zorunludur. (Yönetmelik md.10/1) O halde, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden, davacının "yabancılar kütüğünde" kaydının olup olmadığı ve aynı kütükte dava tarihi itibarıyla Türkiye'deki yerleşim yeri adresiyle ilgili bir bilginin bulunup bulunmadığı sorulup tespit edilmeli…"* Kararın tam metni için bkz.: Yargıtay 2. H.D., T. 10.05.2011, E. 2010/4537, K. 2011/8105; "*5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa dayanılarak çıkartılan ve 15.08.2007 tarihinde yürürlüğe giren Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği (R.G 15.12.2007)'ne göre, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de herhangi bir amaçla en az 6 ay süreli ikamet tezkeresi ile bulunan yabancıların yerleşim yeri adresleri Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından elektronik ortamda tutulur. (Yönetmelik m. 9,10) Yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin yazılı beyanı esas alınır. Adres beyan formundaki bilgiler aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir (Yönetmelik m. 13/1). Davacı, davalının ikamet tezkeresi ile Türkiye'de bulunduğunu, …'da bir otelde kaldığını ve otelin yönetim kurulu başkanı olduğunu ileri sürmüş, davalı ikamet tezkeresinin çalışma amacıyla verildiğini, yerleşme amacıyla verilmediğini bildirmiştir. O halde, burada tespiti gereken husus davalı kocanın Türkiye'de yerleşim yerinin bulunup bulunmadığıdır. Mahkemece; Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden, davacının "yabancılar kütüğünde" kaydının olup olmadığı ve aynı kütükte dava tarihi itibarıyla Türkiye'deki yerleşim yeri adresiyle ilgili bir bilginin bulunup bulunmadığı sorulup tespit edilmeli, kişilerin adres beyan formundaki bildirimlerinin aksi sabit oluncaya kadar geçerli (Yönetmelik md.13/1) olacağı da dikkate alınmalı…"* Kararın tam metni için bkz.: Yargıtay 2. H.D., T. 27.11.2014, E. 2014/8718, K. 2014/24170.

niyeti kriterleri açısından ayrıca incelenmesi gerektiği[87]; yerleşim yerinin oluşabilmesi için yerleşmenin belirsiz veya uzun süreli olması ve belirli bir süreyle sınırlı olmaması gerektiği[88] vurgulanmıştır. YUKK'ta yer alan ikamet izni türlerinde ise uzun dönem ikamet izni dışında kalan diğer izin türlerinin (kısa dönem, aile, öğrenci, insani, insan ticareti mağduru ikamet izni) ikamet sürelerinin üst limitlerinin önceden belirlenmiş olduğu ifade edilmiştir[89]. Yerleşim yerinin tespitinde, kişinin o yerde sürekli yerleşme niyetinin olup olmadığının da göz önünde bulundurulması gerektiği ancak uzun dönem ikamet izni gibi özel durumlarda belirtilen adresin, yabancının yerleşim yeri için bir karine olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir[90]. Yabancıların ikamet izninde kayıtlı olan adresin, her koşulda doğrudan yerleşim yeri sayılmaması gerektiği; NHK'da geçen adres kavramı ile TMK'da düzenlenen yerleşim yeri kavramının birbirinden ayrı olduğu, NHK'da amaçlananın yalnızca kişilere ait bilgilerin kayıt altına alınması olduğu belirtilmiştir[91].

Kanaatimizce, ikamet izninde yer alan adres doğrudan yerleşim yeri sayılamaz. Yerleşim yeri, kişi her an orada bulunmasa da; kişinin başka bir yerde yaşarken ya da kısa sürelerle belirli yerlerde ikamet edip seyahat ederken en sonunda yaşamını devam ettirmeyi düşündüğü asıl yer olarak anlaşılmalıdır. İkamet izninin amacı ise yabancının ülkede yasal olarak bulunmasını teyit etmektir. Yabancının ikamet adresi gibi çeşitli kayıtlarının tutulması; kişi hakkında idari, hukuki işlemlerin yapılabilmesi, bunların tebliği gibi gerekli durumlarda kişinin takibi için gerekli olan resmi kayıt işleminden ibarettir. TMK'da yerleşim yeri ile ilgili getirilen ölçütlere göre ise yerleşim yeri kesinlik ifade etmez, sürekli kalma niyetinin değişmesi ile değişebilir. Bu niteliği itibariyle de yazılı bir kayıt gibi mutlak değildir. Dolayısıyla adres kayıt sistemindeki kayıtların TMK'daki anlamıyla yerleşim yerini ifade etmediği açıktır. Yabancıların yerleşim yerinin tespitinde, her bir uyuşmazlık özelinde inceleme yapılmalı ve yabancının bulunduğu yerdeki sosyal ve ekonomik ilişkileri de göz önünde bulundurularak yerleşme iradesinin ve sürekli kalma niyetinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

TMK'nin 20. maddesi yerleşim yerinin değişmesi için yeni bir yerleşim yerinin kazanılmasını şart koşmaktadır. Zira hukukumuza göre herkesin yalnızca bir yerleşim yeri bulunmalıdır. Ancak yabancının yerleşim yeri tüm araştırmalara rağmen tespit edilemiyorsa ya da yabancı yurtdışındaki yerleşim yerini terk edip Türkiye'ye geldikten sonra yeni bir yerleşim yeri edinmemişse TMK m.20/2 uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre "önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülke-

87 Nalçacıoğlu Erden (n 73) 925.

88 Ekşi (n 84) 85.

89 Nalçacıoğlu Erden (n 73) 925.

90 Merve Acun-Mekengec, Aynî Haklardan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk (Seçkin Yayıncılık 2016) 312 vd.

91 Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Türk Medenî Kanuna Göre Yerleşim Yeri (On İki Levha Yayıncılık 2009) 30.

deki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır." Yerleşim yeri belli olmayan yabancının fiilen oturduğu yer, sürekli kalma niyeti bulunmasa bile yabancının yerleşim yeri sayılmaktadır.

bb. Taşıyanın Esas İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Konvansiyonun 33. maddesinde davanın, taşıyanın esas iş yerinin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabileceği hüküm altına alınmıştır. Taşıyanın ikametgahı ile faaliyetlerini yürüttüğü merkez farklı olabilir. Bu nedenle taşıyanın esas işyerini bulunduğu yerde de yetki tesis edilmiştir[92]. Özellikle ulus aşırı faaliyet gösteren hava yolu şirketlerinde işverenin ikametgâhı ve esas faaliyet yerinin farklı ülkelerde bulunmasından iki yer mahkemesinde de dava açma imkânı getirilmiştir.

Montreal Konvansiyonu'nda yer alan "esas işyeri" kavramı, milletlerarası hava taşımacılığına ilişkin taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Bu bağlama noktasını anlayabilmek için Türk hukukunda başka hangi düzenlemelerde yer aldığına bakmak faydalı olabilir. Benzer kavram, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitini düzenleyen MÖHUK m.27/3'te de yer almakta olup, bu hükümde "işverenin esas işyeri" objektif bağlama noktası olarak düzenlenmiştir. Ancak, Montreal Konvansiyonu'nun kapsamı taşıma sözleşmeleri ile sınırlıdır. MÖHUK m.27 ise iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları konu edinmektedir. Bu nedenle, her iki düzenleme farklı hukuki alanlara ilişkin olup, esas işyeri kavramı da ilgili normların amaç ve ilkeleri doğrultusunda farklı biçimlerde yorumlanmaktadır. Türk hukukunda bireysel iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin düzenlemelerde kanun koyucunun amacının işçinin korunması olduğu ve bu bakımdan en elverişli bağlama noktasının seçilmesi gerektiği açıktır[93]. MÖHUK m.27/3'te yer alan kavramların yorumlanmasında da bu amaç göz önüne alınmaktadır. Öte yandan, Montreal Konvansiyonu'nun kapsamı, bir hizmet sözleşmesi niteliğinde olan taşıma sözleşmeleriyle sınırlıdır. Bu nedenle, Konvansiyon'da yer alan kavramların yorumunda genel sözleşme hukuku ilkeleri esas alınmalıdır. Bu çerçevede, MÖHUK m.27'de yer alan esas işyeri kavramına Konvansiyonun düzenlediği bağlama noktasının yorumlanması bakımından yol gösterici olması amacıyla kısaca değinilecektir.

"İşverenin esas işyeri" bağlama noktası, hukukumuzda bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitini düzenleyen MÖHUK m.27/3'te objektif bağlama noktası olarak yer almaktadır. Bu hükmün uygulanmasında "işyeri" ve "esas işyeri" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışılmıştır. MÖHUK

---

92 Şanlı (n 13) 19.

93 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 364; İpek Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/3'ün Uygulanması Sorunu" (2018) 8 [2] 236; Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (Adalet Yayınevi 2012) 139.

m.27[94], mehaz Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Konvansiyonu[95] m. 6 ve Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma I Tüzüğü[96] (Roma I Tüzüğü) m. 8'de olduğu gibi, bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku göstermektedir[97]. MÖHUK m.27'de taraflara sınırlı hukuk seçimi imkânı getirilmektedir. Burada kabul edilen sınır, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumadır. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanacaktır. İşyeri, hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunu[98] m. 2'de tanımlanmaktadır. Buna göre, "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri" olarak tanımlanmıştır. Mutad işyeri ise doktrinde, işçinin işini fiilen yerine getirdiği, işin ağırlık merkezinin bulunduğu yer[99]; işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer[100] olarak ifade edilmiştir. Birden fazla ülkede görev yapılmakta olan, uluslararası hava taşımacılığında çalışan işçilerde olduğu gibi, işin mutaden ifa edildiği tek bir ülkenin tespit edilememesinin yarattığı sakıncaların önüne geçebilmek için maddenin üçüncü fıkrasında bir diğer objektif bağlama kuralı olarak işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunu gösteren kural düzenlenmiştir. Doktrinde, işverenin esas işyerinin aynı Kanunun 9. maddesinde düzenlenen idare merkezi[101]; işverenin işyeri merkezi[102] olduğu; aynı zamanda işçinin korunması amacıyla mutad işyeri kavramının mümkün olduğunca geniş yorumlanması ve iş-

---

94 "*İş Sözleşmeleri*
MADDE 27 – (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.
(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.
(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir."

95 Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC)
Bkz.; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41980A0934&from=EN (Erişim Tarihi:02.02.2025).

96 Regulation (EC) No 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 17 June 2008 on The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I)
Bkz.; https://eur-lex.europa.eu/legal- content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN (Erişim Tarihi:02.02.2025).

97 Büyükalp (n 93), 199-200.

98 4857 sayılı İş Kanunu, R.G.: Tarih: 10.06.2003, Sayı: 25134.

99 Nomer, (n 52) 347.

100 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 365,dn 516.

101 Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları (Vedat Kitapçılık 2020) 332.

102 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 1) 368,dn 524.

veren odaklı hukuka yönlendiren işverenin esas işyeri bağlama noktasının uygulama alanın genişletilmemesi gerektiği ifade edilmektedir[103]. Doğan ve Elçin'e göre, "esas işyeri" kavramı, iş hukuku terminolojisinden ziyade ticaret hukuku terminolojisine ait bir kavramdır[104]. Doğan, bu bağlamda "merkez yeri" kavramına değinmekte ve karşılaştırmalı hukuk perspektifinden hareketle hükümde geçen kavramın "işletme merkezi" olarak yorumlanabileceğini; ayrıca, birden fazla işletme merkezinin bulunması durumunda işçinin işe alındığı işletme merkezinin hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmektedir[105].

Konvansiyonun uygulanması bakımından doktrinde "esas işyeri" ile kastedilenin, tüzel kişi taşıyanın en yüksek idari organının bulunduğu yer başka bir deyişle tüzel kişi taşıyanın idare merkezinin bulunduğu yer olduğu belirtilmiştir[106]. Esas iş yerinin bulunduğu yerden kasıt şirket faaliyetlerinin bir elde toplandığı ve bunları yöneten fiili idare merkezinin bulunduğu yerdir[107]. Konvansiyonun uygulanması bakımından işverenin esas işyerinden anlaşılması gereken işyerinin idare merkezidir, doktrinde yer alan işçinin korunmasına yönelik tartışmalar Konvansiyondan kaynaklanan talepler bakımından gündeme gelmeyecektir.

cc. Taşıyanın Taşıma Sözleşmesini Akdettiği İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Bu hükme göre Konvansiyonun kapsamına giren uyuşmazlıklarla ilgili davalar taşıma sözleşmesinin akdedildiği yani biletin satın alındığı taşıyanın işletmesine ait işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir[108]. Montreal Konvansiyonunda "işyeri" irtibat noktasının tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle bu irtibat noktasının yorumu ulusal hukuk düzenlerine bırakılmıştır[109].

MÖHUK'un 24. maddesinde "işyeri" bağlama noktasına yer verilmiştir. Düzenlemede hukuk seçimi olmaması hakinde en sıkı ilişki hukukun uygulanacağı, bu hukukun; karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku olacağı düzenlenmiştir. Doktrinde MÖHUK m. 24/(4)'te geçen işyeri kavramının geniş yorumlanması ve ticari veya sınai faaliyetin yürütüldüğü; üretim tesisleri, depolama alanları, mağazalar, idari

---

103 Büyükalp (n 93), 236; Elçin (n 93) 138-139.

104 Doğan (n 52) 433 ;Elçin (n 93) 143.

105 Doğan (n 52) 433

106 Gökhan Turhan, Uluslararası Hava Yolu Taşımalarında Taşıyıcının Yüke İlişkin Sorumluluğu (On İki Levha Yayıncılık 2016) 204.

107 Şanlı (n 13) 20; Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 323.

108 Şanlı (n 13) 20.

109 Gülce Gümüşlü Tunçağıl, "Varşova ve Montreal Sözleşmeleri Kapsamında Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tayininde "İşyeri" Kavramı"(İşyeri), (2017) 2 [1] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 146.

merkezler ve şubeler gibi tüm birimlerin işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[110]. Ayrıca hükümde karakteristik edim borçlusunun birden çok işyerinin varlığı halinde sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunun esas alınacağı belirtilmektedir. Doktrinde, en sıkı ilişki içinde bulunan işyerinin ticari faaliyetin yürütülmesinde esas olanın işyeri değil, sözleşmenin kurulması ve ifasında daha aktif rol oynayan işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda sözleşme müzakerelerinin yürütüldüğü ve muhatap olarak alınan işyerinin yakın bağlantılı işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[111]. Bununla birlikte, sözleşmede karakteristik edimin farklı bir işyeri tarafından sağlanacağının belirtilmesi veya alıcının bunu öngörebilecek durumda olması hâlinde, esas alınması gereken işyerinin bu olduğu belirtilmektedir[112].

Buradaki işyerinin taşıyanın işletmesinden bağımsız ancak onun adına çalışan bir acenteyi de kapsayıp kapsamadığı sorunu önem arz etmektedir. Konvansiyonun İngilizce metninde, "*where the carrier has an establishment*" ifadesi; Fransızca metninde ise "*carrier's établissement*" ifadesi yer almaktadır[113]. Konvansiyonların farklı dillerdeki metinlerinde farklı terimlerin kullanılması, Fransız ve ABD mahkeme içtihatları bakımından da farklı yorumların getirilmesine sebep olmuştur.

Şanlı, Fransız mahkemeleri tarafından kabul edilen dar yorum uyarınca, bilet alınan şube ve seyahat acentesinin taşıyanın iş yeri olarak kabul edildiğini belirtmektedir[114]. Fransız Yargıtay'ı da verdiği kararlarında, şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili mahkeme olarak kabul edilebilmesi için, sözleşmenin bizzat o şube tarafından akdedilmiş olması gerektiğini belirtmektedir[115]. Buna göre acentenin bulunduğu yer mahkemelerinin, Montreal Konvansiyonu m.33 kapsamında milletlerarası yetkisi bulunmamaktadır. ABD mahkeme kararlarında ise ifade geniş yorumlanarak taşıma bileti alınan seyahat acentelerinin de işyerinin bulunduğu yere dâhil olduğu kabul edilmektedir[116].

Doktrinde, burada düzenlenen yetki kurallarının yolcu ve eşya sahibi lehine getirildiği dolayısıyla bu kişilerin kolayca başvurabilecekleri mahkemelerin yetki-

---

110 Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (2012) 30 [1-2] 27, 58.

111 Özdemir Kocasakal, (n 110) 59.

112 Özdemir Kocasakal, (n 110) 59-60.

113 Şanlı (n 13) 20-21.

114 Şanlı (n 13) 21.

115 "*Pour conclure à la compétence du tribunal du lieu où le transporteur possède un établissement, il impératif de relever que le contrat a été conclu par cet établissement, aucun autre critère n'étant déterminant de cette compétence*", Cour de cassation, civile, Chambre commerciale 08-11-2011, Arrêt no 1091 n° 10-28.069, F-P+B, Cassation partielle, Kararın tamamı için bkz.: https://www.lexbase.fr/jurisprudence/5630018-cass-com-08112011-n-1028069-fp-b-cassation-partielle, (Erişim Tarihi:02.02.2025).

116 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 83.

li olması gerektiği bu nedenle geniş yorumun daha uygun olacağı belirtilmiştir[117]. Doktrinde, geniş yorumun Konvansiyonda düzenlenen ikinci ve üçüncü yetki kuralları arasındaki farkı ortaya koyması açısından da daha uygun olduğu belirtilmiştir[118].

Günümüzde özellikle yolcu taşıma sözleşmeleri elektronik ortamda akdedilmektedir. Sözleşmenin elektronik ortamda akdedildiği hallerde mesafeli sözleşmeden[119] bahsedilmektedir[120]. Elektronik ortamda sözleşmeler genellikle bir web sitesi veya online uygulamalar ile kurulmaktadır. Telefon, bilgisayar, televizyon, faks gibi elektronik iletişim vasıtaları aracılığıyla kurulan sözleşmeler, doktrinde elektronik sözleşme olarak adlandırılmaktadır[121]. İnternet üzerinden yapılan sözleşmeler çoğunlukla web sitesi aracılığıyla iletilen irade beyanlarıyla oluşturulmaktadır. Doktrindeki hâkim görüş, web sitesi aracılığıyla oluşturulan sözleşmelerin hazır olmayanlar arasında kurulduğu yönündedir[122]. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin, irade beyanının hedef kişinin hâkimiyet alanına ulaşma anında hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilmektedir[123]. Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde kabul beyanı, muhatap kişinin erişim sağladığı sunucuda veya e-posta kutusunda onun erişebileceği biçimde kaydedildiği anda varmış sayılacak ve sözleşme kurulmuş olacaktır[124]. Doktrinde hazır olmayanlar arasındaki elektronik sözleşmelerin kuruluş anının, tacir olan muhataplar için kabul beyanının tacirin bu beyanı öğrenebileceği şekilde onun hakimiyet alanına girmiş olduğu an; tacir olmayanlar bakımından ise kabul beyanın fiilen öğrenilmesi anı olduğu

---

117 Şanlı (n 13) 21-22.

118 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 84.

119 Mesafeli sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 9/A (1) hükmünde "yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malı veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. Tanımda da belirtildiği gibi, mesafeli sözleşmeleri belirleyen temel unsurlar, tarafların fiziksel olarak bir araya gelmemesi ve iradelerini yalnızca bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracı kullanarak açıklamalarıdır. Bu özellikleri nedeniyle, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin diğer sözleşmelere kıyasla daha fazla korunması gerektiği vurgulanmaktadır. Mesafeli sözleşmeler, elektronik araçlar kullanılarak akdedilmişse elektronik sözleşme olarak da nitelendirilebilir. Bkz.: Oğuz Gökhan Yılmaz, "Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (2013) 1[4] 1011, 1014.

120 Akkurt (n 80) 161; Elektronik ticaret fiziksel olarak bir arada bulunmayan şahıslar arasında uzaktan anlaşma yoluyla kurulan sözleşmeleri kapsar, dolayısıyla elektronik ortamda kurulan sözleşmeler zorunlu olarak mesafeli sözleşmelerdir. Bkz.: Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünden Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tesbiti,(2003 Vedat Kitapçılık) 46.

121 Özge Uzun Kazmacı, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan (2016) 22 [3] 2791, 2792; Emrehan İnal, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması (Vedat Kitapçılık 2005) 93.

122 İ. Yılmaz Aslan, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku(Ekin Kitabevi 2014) 490-491; Uzun Kazmacı (n 121) 2796.

123 İnal (n 121) 105.

124 Uzun Kazmacı (n 121) 2797.

belirtilmiştir[125]. Buna göre taşıma sözleşmesinin kurulma anı, taşıma işini üstlenen tacirin şirketinin sunucularına kabul beyanının ulaştığı an olacaktır.

Farklı ülkelerde bulunup hazır olmayanlar arasında ya da hazır olup da farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında kurulan sözleşmelerde sözleşmenin kurulma yerinin tespiti zorluk yaratmaktadır. Sözleşmenin yapıldığı yerin tespiti hususunda doktrinde Süzen'in ifade ettiği üzere; milletlerarası özel hukuk bakımından kuruluş yerinin tespiti bağlama noktasının vasıflandırılmasına ilişkin bir meseledir ve bu hususta *lex fori* vasıflandırma esas olduğundan işlemin yapıldığı yerin *lex fori*'ye göre belirlenmesi gerekmektedir[126]. Yine doktrinde ifade edildiği üzere; Türk Hukukunda kuruluş yerine ilişkin özel hüküm bulunmadığından kuruluş anına ilişkin kurallardan yola çıkılarak vasıflandırma yapılmalıdır[127]. Buna göre, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerde kabul beyanının icap edene ulaşma anı, sözleşmenin kurulma anı addedilmekte ve bu anda icap edenin bulunduğu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilmektedir. Ancak yazar, bu yöntemin özellikle elektronik sözleşmeler bakımından tarafların öngöremeyecekleri tesadüfi bir işlem yeri hukukun uygulanmasına yol açabileceğini belirtmektedir[128]. Bu nedenle yazar, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında kurulan sözleşmelerde tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradelerini açıkladıkları anda bulundukları ülke hukuklarının yanında; gerçek kişiler bakımından mutad meskenlerinin, tüzel kişiler bakımından idare merkezlerinin bulunduğu yer hukuklarının alternatif olarak uygulanmasını ve Türk hukukunda hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesi özelinde işlemin yapıldığı yer kuralının uygulanmasında oluşan zorlukların giderilmesi için bir düzenleme yapılmasını önermektedir[129].

Meseleyi elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar özelinde değerlendiren Özdemir Kocasakal ise, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde kabul beyanının icabı yapan kişiye ulaştığı anda icabı yapanın bulunduğu yerin sözleşmenin kuruluş yeri olarak kabul edileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte beyanın ulaştığı sırada bu kişilerin sözleşme ile ilişkili olmayan tesadüfi yerlerde bulunabilecekleri, tesadüfi hukukların uygulanmasının önlenmesi için sözleşmenin kurulma yeri olarak, beyanın ulaştığı anda icabı yapan tacir ise bu kişinin işyerinin; tacir değil ise ikametgahının bulunduğu yerin kuruluş yeri olarak kabulünün daha uygun olacağını belirtmektedir[130].

Kanaatimizce; elektronik sözleşme yolu ile kurulan taşıma sözleşmesinin kurulma yerine ilişkin bağlama noktasının tespiti bakımından *lex fori* vasıflandırma

---

125 Özdemir Kocasakal (n 120) 88.

126 Süzen (n 50) 135.

127 Süzen (n 50) 136.

128 Süzen (n 50) 135-136.

129 Süzen (n 50) 137-138.

130 Özdemir Kocasakal (n 120) 89.

yapılmalıdır. Doktrinde de ifade edildiği gibi hukukumuzda özel hüküm bulunmadığından kuruluş anına ilişkin kurallardan yola çıkıldığında; kabul beyanının icabı yapan kişiye ulaştığı anda icabı yapanın bulunduğu yerin sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilmesi gerekir[131]. Elektronik ortamda kurulan taşıma sözleşmelerinde kabul beyanı, icap eden olarak havayolu şirketinin sunucularına ulaştığı anda sözleşme kurulacaktır. Dolayısıyla havayolu şirketinin sunucularının yer aldığı işyerinin bulunduğu yer, sözleşmenin kuruluş yeri sayılmalıdır. İcap edenin birden fazla ülkede sunucularının bulunması durumunda tesadüfi hukukların uygulanmasının önlenmesi ve en sıkı ilişkili hukukun belirlenebilmesi için genel kural olan MÖHUK m.24'ün yorumlanmasında olduğu gibi sözleşmenin kurulması ve ifasında daha aktif rol oynayan işyerinin bulunduğu yer sözleşmenin kuruluş yeri olarak kabul edilebilir. Örneğin; havayolu şirketinin sunucularının yer aldığı işyerlerinden biri aynı zamanda varış veya kalkış yeri ise ya da taşıma senedinin düzenlendiği yer ise bu yerde bulunan işyerinin sözleşmenin ifasında aktif rol oynadığı kabul edilebilir. Dolayısıyla elektronik sözleşme yolu ile kurulan taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda havayolu şirketinin sunucularının bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olabileceği kabul edilmelidir.

dd. Taşıma Sözleşmesinde Kararlaştırılan Varma Yeri Mahkemesi

Konvansiyon kapsamında yetki sahibi olan bir diğer mahkeme, taşıma sözleşmesinde varma yeri olarak öngörülen yer mahkemesidir. Varma yeri, taşıyan ile taşıtan veya yolcu arasındaki taşıma sözleşmesinin hükümlerine göre, sözleşmenin tam ve gereği gibi ifa edilmiş olacağı nihâi varış noktasıdır[132]. Varma yerinin neresi olduğu, taşıma senedi veya biletten anlaşılmaktadır[133].

Gidiş-dönüş biçiminde yapılan bir yolculukta varma yerinin aynı zamanda hareket yeri olur[134]. Yapılan olası bir duraklamanın yapıldığı yerin varma yeri olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından duraklama yeri mahkemesi, Konvansiyona göre milletlerarası yetkiyi haiz değildir[135]. Dönüşü açık bırakılan taşımalar bakımından varma yerinin tespiti gerekir. Doktrinde, bu tür taşımalarda tarihi belirlenmese dahi bir dönüş yeri belirlenmiş ise hareket yerinin bu halde de yine varma yeri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir[136].

ee. Yolcunun İkametgahının Bulunduğu Yer Mahkemesi (Beşinci Yetki Kuralı)

Montreal Konvansiyonundaki önemli değişikliklerden biri, hava yoluyla uluslararası seyahat sırasında yaralanmış olan davacılar için yargı yetkisini genişleterek

---

131 Süzen (n 50) 136.

132 Şanlı (n 13) 23; Tarman (n 81) 107; Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 86.

133 Şanlı (n 13) 23; Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 86.

134 Şanlı (n 13) 23.

135 Şanlı (n 13) 23.

136 Şanlı (n 13) 24, Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 86.

taşıyanın ilgili ülkeye hizmet vermesi kaydıyla kendi ülkelerinde dava açmalarına olanak sağlamasıdır[137].

Konvansiyonun m. 33/(2) düzenlemesine göre; "*Yolcunun ölümü ya da yaralanmasından kaynaklanan hasarlar açısından, bir dava bu maddenin birinci paragrafında değinilen mahkemelerden birinde, ya da kazanın gerçekleştiği esnada yolcunun esas ve daimi ikametgahının bulunduğu ve taşıyıcının gerek kendi hava aracıyla gerek ticari bir anlaşmaya göre bir başka taşıyıcının hava aracıyla gerçekleştirdiği hava yoluyla yolcu taşıma için hizmet faaliyetlerini yürüttüğü ve taşıyıcının kendisinin ya da ticari anlaşmalı olduğu başka bir taşıyıcıya ait ya da kiralanmış bina ve müştemilattan hava yoluyla taşınması işini yürüttüğü bir taraf devletin sınırları dahilindeki mahkemelerden birinde açılabilir*."

Bu kural Montreal Konvansiyonundan önce Varşova Konvansiyonuna Guatemala Protokolü ile eklenerek milletlerarası anlaşmalara girmiştir. Hükmün konulma amacı zarar görenleri korumak ve onları dava açmak için taşıyanın ikametgahına, işyerinin bulunduğu yere ya da varma yerine gitmekten kurtarmaktır[138]. Bu kural, madde 33/(1)'deki dört mahkemeye ek beşinci bir yetki kuralı getirdiğinden "beşinci yetki kuralı" olarak anılmaktadır. Beşinci yetki kuralı, sadece yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan davalara uygulanabilir.[139] Bu kural yolcunun gecikmesinden kaynaklanan sorumluluk için geçerli değildir; çünkü açık düzenlemeye göre yalnızca kaza sonucu yolcunun ölümü ya da bedensel zarar görmesi durumunda uygulanabilir[140]. Ayrıca bu kuralın bagaj zararlarına uygulanmayacağını yalnızca yolcu taşınması bakımından geçerli olacağını da belirtmek gerekir.

Bu kurala göre yetkinin tesisi için şu şartların sağlanması gerekir: yolcunun ölümü ya da bedensel zarara uğramasından söz edilmelidir, yolcunun kaza anındaki kalıcı ve esas ikametgâhının bulunduğu ülkenin yetkisi dikkate alınmalıdır fakat bu ülke mahkemelerindeki yetkinin beşinci yetki olarak kabul edilebilmesi için taşıyanın, bu ikametgâh ülkesinden ya da bu ikametgâh ülkesine kendi hava aracıyla ya da ticari anlaşmaya dayanan yolcu taşıma faaliyeti halihazırda mevcut olmalıdır, söz konusu yetkinin kullanılacağı ülke Montreal Konvansiyonu'na taraf olmalıdır[141]. Bu kuralın uygulanabilmesi için davacının dava açtığı ikametgâhının bulunduğu âkit devlet ülkesinde davalı taşıyanın bir iş yerinin bulunması gerekmektedir[142]. Amerikan mahkeme kararlarında, beşinci yetki kuralına temel oluşturan "esas ve daimî ikametgâh" kavramının "kalıcı bir yerleşim yeri" ve "yolcunun kaza anındaki

---

137 Gregory C. Walker, "Doing Business in Montreal: The Effects of the Addition of Fifth Forum Jurisdiction under the Montreal Convention" (2004) 23 [1] Penn State International Law Review 125,126.

138 Şanlı (n 13) 25.

139 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 306-307.

140 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 325.

141 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 325.

142 Şanlı (n 14) 25.

yerleşim yeri" olarak anlaşılacağı belirtilmektedir[143].

Madde 33/(2) ile hükmü getirilen açık hükümle yolcunun ikametgahı bağlama noktasının değişkenliği de dikkate alınmış ve yetkinin öngörülebilirlik kuralı ışığında olası değişikliklerden etkilenmemesi için yalnızca kaza anındaki ikametgâh ülkesinin yetkisi kabul edilmiştir[144]. Bu sayede kaza anındaki daimî ikametgahın beşinci yetkiye esas alınmasıyla değişken ihtilafların da önüne geçilmiştir. Eğer kaza tarihinde yolcunun esas ve kalıcı ikametgahının olduğu ülkeden veya bu ülkeye taşıyanın hava yolu ile yolcu taşıma faaliyeti halihazırda mevcutsa, yolcunun bu ikametgâh ülkesi mahkemeleri de madde 33/(1)'deki dört mahkemeye ek, beşinci yetkili mahkeme olarak davayı görebilecektir[145].

Doktrinde beşinci yetki kuralının, özellikle ABD'nin talebi ile madde 33/(1)'deki dört mahkemeye ek "beşinci bir yetki kuralı" olarak Montreal Konvansiyonu'na dahil edildiği vurgulanmaktadır[146]. Bu kuralın Amerikan mahkemelerinden gelebilecek muhtemel yüksek tazminat kararlarının gezgin Amerikan vatandaşlarını korumak üzere getirilmiş bir kural olduğu eleştirileri getirilmiştir[147]. Kanaatimizce bu kural, vatandaşlık esasına değil ikametgâh esasına bağlandığından yalnızca Amerikan vatandaşlarına değil ayrıca Amerikan vatandaşı olmasa da Amerika Birleşik Devletleri'nde ikamet eden kişiler için de *forum shopping* imkânı getirmesi sebebiyle eleştirilebilir.

B. Mahkeme Kararlarında Konvansiyonun Yetki Kurallarının Uygulanması

Uygulamada ABD mahkemelerinin uçak kazalarında oldukça yüksek tazminat kararları verebildiği bilindiğinden, taşıyanın hava yolu ile taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu çerçevesinde sıklıkla bu ülkede davalar açılmaktadır. Taşıma sözleşmesinde belirlenen rota ile ilgisi olmasa dahi özellikle beşinci yetki kuralının uygulanması için olayın mevcut koşulları zorlanarak, yüksek tazminat taleplerine olumlu cevap veren hukuk sistemlerinde dava açılmaya çalışıldığı bilinmektedir[148].

Beşinci yetkinin tesisi için taşıyanın yolcu taşıma hizmetlerinin yolcunun ikamet ettiği ülkede zaten mevcut olması şartı arandığı belirtilmişti. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Helicopteros*[149] davasında bu şartın sağlanıp sağlanamadığı tartışmasında belirttiği gibi dava sebebinin davalının *forum* devleti sınırlarındaki faaliyetlerinden kaynaklanmamasına rağmen taşıyanın o ülke içinde ve o ülkeden dışarıya uçuşlar

---

143 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 329.

144 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 325.

145 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 325.

146 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 326.

147 Devendra Pradhan, "The Fifth Jurisdiction under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody" (2003) 68 [4] Journal of Air Law and Commerce 717,721; Walker (n 137) 141.

148 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 328.

149 Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 408, 1984.

gerçekleştirmesi şartın sağlanması için yeterli kabul edilmektedir. Örneğin; New York'ta ikamet eden bir kişi, Birleşik Krallık'ta tatil yaparken British *Air Ways* ile Londra'dan Paris'e gidiş-dönüş bileti alırsa m. 33/2 uyarınca yolcu, British *Air Ways*'in New York'a ve New York'tan uluslararası uçuşlar gerçekleştirmesi nedeniyle New York'ta taşıyana karşı dava açabilir[150].

Davacılar için davayı yüksek tazminat kararları veren forumlarda açmak avantajlı görünse de mahkemelerin bu özellikli yetkiyi her zaman kabul etmedikleri ve yetki itirazlarını dikkatlice incelediklerini de belirtmek gerekir[151]. Daimî ikametgâh ve taşıma hizmeti verme şartlarının ABD açısından sağlandığı varsayılsa dahi, diğer koşulların, örneğin davalı hava yolu şirketinin bu ülkede faaliyet gösterdiğinin ayrıca kanıtlanması gerekmektedir. Örneğin, *Erwin-Simpson v. AirAisa* davasında[152] ABD Temyiz Mahkemesi yetkisizlik kararı vermiştir. *Mary Erwin-Simpson* Mart 2016'da Malezya merkezli havayolu şirketi *AirAsia Berhad (AirAsia*) ile Malezya'dan Kamboçya'ya uçarken bir uçuş görevlisinin, üzerine kaynar su dökmesi sonucu yaralandığı iddiasıyla ABD'de dava açmıştır. Her ikisi de Washington D.C.'de ikamet eden eşler (Mary Erwin-Simpson ve Kevin Simpson) *AirAsia* ve onun bağlı kuruluşu *AirAsia* X Berhad (*AirAsia* X) aleyhine Amerika Birleşik Devletleri Columbia Bölgesi Bölge Mahkemesi'nde kişisel yaralanma ve konsorsiyum kaybı[153] nedeniyle tazminat talebiyle dava açmışlardır. ABD kurallarına göre ABD'de bir mahkemenin davayı görebilmesi için hem taraflar üzerinde hem de dava konusu üzerinde yargı yetkisine sahip olması gerekir. Bir ABD mahkemesinin, mahkemenin bulunduğu eyalette yaşayan gerçek kişiler veya bu eyalette kurulmuş olan tüzel kişi taraflar üzerinde çoğu zaman kişisel yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir[154].

---

150 Walker (n 137) 142.

151 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 328.

152 Erwin-Simpson v. AirAsia Berhad, No. 19-7034 (D.C. Cir. 2021).

153 Temel haksız fiil hukuku ilkelerine göre hukuka aykırı bir haksız fiil nedeniyle zarar gören kişi, acı ve ıstırap, ücret kaybı ve sağlık giderlerinin tazmini hakkına sahiptir. Bu çoğu modern hukuk sisteminin benimsediği bir kuraldır. *Common law* sistemine göre işleyen bazı hukuk düzenlerinde ise mağdurun evli olduğu durumlarda konsorsiyum kaybı denilen ek bir tazminat kategorisi tanınır. Konsorsiyum kaybının telafisi talebiyle açılan davada; zarar görmeyen eş, zarar gören eşin sevgisinden, arkadaşlığından ve yardımından mahrum kalmasından kaynaklanan manevi zararlarının giderilmesini ister. Bkz.: John M. Palmeri & Christopher P. Kenney, Consortium, '*Claims Involving Children: Should Colorado Continue an Archaic Concept or Confront a Faulty Cornerstone*' (1992) 69 [3] Denver University Law Review 481.

154 Birçok Amerikan şehrinde hem eyalet hem de federal bir mahkeme bulmak mümkündür. Bu mahkemeler farklı türde davalara bakar ve farklı yargı yetkileri taşırlar. Bir davanın hangi mahkemenin yargı yetkisinde olduğunu belirlemek için davanın ne hakkında olduğuna bakılır. Davanın federal mi yoksa eyalet mahkemesinde mi görüleceği sorusunun yanıtını konu yargı yetkisi kuralları belirler. Federal mahkemenin konu yargı yetkisi federal Anayasa veya federal bir yasaya ilişkin soru içeren davalarla sınırlıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nin taraf olduğu anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin davalarda federal mahkeme yargı yetkisine sahiptir. Eyalet yasalarını içeren davalar kural olarak eyalet mahkemelerinde görülür. Birçok eyalette, eyalet mahkemelerinin, orada ikamet etmeyen kişinin eyaletle en azından "asgari irtibata" (*minimum contact*) sahip olması durumunda,

Davacılar *AirAsia*'nın şirketin web sitesi aracılığıyla sürekli ve sistematik olarak *Washington D.C.*'de hizmet sunduğunu böylece m.33/(2) hükmü anlamında taşıma hizmeti vermeye ilişkin yetki şartlarının oluştuğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, havayolu şirketinin forum ülkesi olan ABD'de hizmet yürüttüğünün kabulü için bu hizmetin bu ülkede fiziksel bir mevcudiyet yoluyla yürütülmesi gerektiği sonucuna varmıştır. *AirAsia*'nın ABD'de sürekli ve kayıtlı fiziksel bir varlığı bulunmadığından bu davalı aleyhine yöneltilen tazminat talebi üzerinde de kişisel yargı yetkisi tesis edilememiştir. Karar temyiz edilmiş, temyiz mercii davayı ABD ulusal hukukunun yetkiye ilişkin kuralları çerçevesinde incelemiştir. Önceki içtihatlarına[155] göre; üzerinde yetki kurulması söz konusu olan tüzel kişinin forumla irtibatı kişiyi o devlette evindeymiş gibi hissettirecek nitelikte ve önemde ise yetkinin kabul edilebildiğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi yetkinin kurulması için cevaplanması gereken asıl sorunun, daha sonraki içtihatlarında[156] da belirtildiği gibi irtibatın sürekli ve sistematik olup olmaması değil; irtibatın "şirketi evinde kılacak denli" sürekli ve sistematik olup olmaması olduğunu belirtmiş ve bu bakımdan yeni içtihatlarla çelişen eski kararları bu tartışma bakımından iptal etmiştir. Temyiz Mahkemesinin değerlendirmesine göre, *AirAsia'*nın bölge ile irtibatının "esasen kendi evinde olmasını sağlayacak kadar sürekli ve sistematik" olduğu sonucuna varmak için hiçbir temel bulunmamakta, şirketin bölgeye uçuşları bulunmamaktadır. Tüzel kişi tarafın forum devletinde fiziksel bir varlığı olmaksızın yalnızca şirketi "yerli bir işletmeyle karşılaştırılabilir" kılmak hususunda tek başına yetersiz kalan bir web sitesi bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerden dolayı bölge mahkemesinin yetkisizliğe ilişkin kararı onanmıştır.

---

ikamet etmeyen kişiler üzerinde kişisel yargı yetkisi kazanmasına izin veren bir "uzun kol" (*long-arm)* yasası bulunmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi geleneksel olarak, davanın temelini oluşturan faaliyetin mahkemenin bulunduğu eyalette gerçekleşmesi halinde "asgari irtibat" şartının yerine getirilmiş olacağına karar vermiştir. Mukim olmayan kişinin bir eyaletle asgari irtibatı, kişinin o eyalette mülk sahibi olması veya kişinin eyaleti ziyaret etmesi ve o eyalette bulunduğu sırada dava hakkında bilgilendirilmesi durumunda da söz konusu olabilir. Yerleşik olmayan kişi kişisel yargı yetkisine itiraz etmek isterse, bunu derhal yapmalıdır; kişisel yargı yetkisine itiraz etmeden mahkeme önüne çıkılması daha sonra itiraz etme hakkından feragat olarak yorumlanabilir. Eyalet mahkemelerinin çoğu genel yetkili mahkemelerdir ve her konudaki davalara bakma yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte, federal mahkemeler sınırlı yetkili mahkemeler olarak kabul edilir; Kongre federal mahkemelerin bakabileceği davaların konusunu sınırlar. Federal mahkemeler yalnızca tarafların farklı vatandaşlıklara sahip olması veya konunun federal yasalar kapsamında ortaya çıkması halinde yargılama yetkisine sahiptir.Bkz.:John Maggio, Long Arm, Longer Reach: How U.S. Courts Obtain Personal Jurisdiction over Foreign Entities, Aviation Insurance Symposium, 14 October 2022 / Mumbai, India https://bfsi.economictimes.indiatimes.com/files/cp/1375/cdoc-1666249015-Long%20Arm,%20Longer%20Reach%20Condon%20&%20Forsyth%20LLP%20John%20Maggio.pdf,(ErişimTarihi: 27.08.2024).

155 *Gorman, FC Investment Group v. Ameritrade Holding Corp.*, 293 F.3d 506, 511-12, D.C. Cir. 2002. https://casetext.com/case/gorman-v-ameritrade-holding-corp, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).

156 *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117, 139 (2014), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/571/117/(Erişim Tarihi:27.10.2023).; *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, 564 U.S. 915, 919, 2011. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/915/, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).

Columbia Bölge Mahkemesi, yetki tesis edilebilmesi için yalnızca Konvansiyonun m.33/2 hükmüne göre inceleme yapmış ve davalı şirketin ABD ile yalnızca web sitesi ile kurduğu irtibatı yeterli görmemiştir. Temyiz talebi üzerine uyuşmazlığı değerlendiren Temyiz Mahkemesi ise ABD'nin düzenlemelerine göre yetkiyi tesis etmeye çalışmış ve yeterli irtibata sahip olunmadığı için davanın reddini onamıştır. Eyalet mahkemesi olarak Columbia Bölge Mahkemesinin yetkisinin münhasıran Montreal Konvansiyonundaki yetki hükümlerine göre mi, Temyiz Mahkemesinin değerlendirmesindeki gibi ABD hukukuna göre mi yoksa her iki hükümler birlikte ele alınarak mı tespit edileceği de cevaplanması gereken bir sorudur.

Konvansiyonun yetki hükümlerinin yalnızca ulusal düzeyde kaldığı kabul edilirse yine Konvansiyona göre hukuku uygulanacak devletin yetki kurallarına göre yetkili birim belirlenecektir. Bu bakımdan Temyiz Mahkemesinin kararının değerlendirilmesinde Konvansiyondaki yetki hükümlerinin yorumu önem arz etmektedir. Doktinde, konuya ilişkin Varşova Konvansiyonu dönemi içtihatları incelendiğinde Kıta Avrupası sistemi içerisinde Fransız mahkemesi kararlarına[157] göre Konvansiyonun yetkiyi düzenleyen kurallarının mahalli düzeyde mahkemeye yapılan sıkı sıkıya bağlı bir atıf şeklinde yorumlandığı; *common law* sistemine dâhil İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde verilen kararlarda[158] ise daha çok Konvansiyonun yetki hükümlerinin ulusal düzeyde yorumlandığı ifade edilmiştir[159]. Konvansiyon hükümlerinin yetkiyi yalnızca ulusal düzeyde belirlediği kabul edilirse yüksek mahkemenin kararında hukuka aykırılık bulunmayacaktır. Aksi yönde yorum kabul edilirse yüksek mahkemenin kararına katılmak mümkün olmayacaktır.

Konvansiyonun davaların görüleceği yerlere ilişkin düzenlemelerinde yer bakımından yetkinin mi kastedildiği yoksa davanın hangi taraf devletin ülkesinde görülmesi gerektiğine mi işaret edildiği hususu tartışmalıdır. Bu hususta farklı yönde kararlar mevcuttur. B*erner v. United Airlines Inc*.[160], davasında mahkemenin âkit devlete bağlı olması yeterli gelmemiş, ülke sınırları içerisinde belirli bir şehrin veya eyaletin mahkemesinin tespiti gerektiği kararı verilmiştir[161]. *Smith v. Canadian Pacific Airways*[162] davasında ise Konvansiyondaki "yer" deyimi ile şehir, bölge, eyalet kastedilmeyip bir taraf devletin ülkesinin kastedildiği kabul edilmiştir[163].

---

157 Liberator c. Cie Air France (1974) 28 R.F.D.A. 287 (C.A. Paris, Dec. 8, 1973). Bkz.: Sinem Kaya, Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Halinde Taşıyıcının Sorumluluğu (Platon Hukuk 2021) 174.

158 Smith v. Canadian Pac. Airways, Ltd., 452 F.2d 798 (2d Cir. 1971).Bkz.: Kaya (n 157) 174

159 Kaya (n 157) 174.

160 Berner v. United Airlines, 2 Misc.2d 260; 149 N.Y.S.2d 335 (Sup. Ct. 1956); 3 App. Div. 2d 9, 157 N.Y.S.2d 884, 1956.

161 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 77.

162 Smith v. Canadian Pacific Airways Ltd., 452 F.2d 798. U.S. Court of Appeals, 2d Cir., Dec. 6, 1971.

163 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 77.

Doktrinde de bu hususta fikir birliğine varılamamıştır. Bir görüş, Konvansiyon ile sözleşen devlete ait mahkemenin yetkisinin tespitinin yeterli olduğunu, bu devlette hangi görevli mahkemeye başvurulacağının ise o devletin iç hukukuna göre belirleneceğini savunmaktadır[164]. Diğer bir görüş ise Konvansiyonda yer alan yetki kurallarının hem uluslararası hem de yer itibariyle yetki kuralı niteliğinde olduğu; davanın hem âkit devletlerden hangisinde görüleceği hem de bu ülkelerdeki mahkemelerden hangisinin yer itibariyle yetkili olacağının tayin edildiği yönündedir. Türk hukuk doktrininde konuyu inceleyen Şanlı, Konvansiyonun uygulama alanına giren ihtilaflar bakımından milli mahkemelerin hem uluslararası hem de yer itibariyle yetkisini düzenlediğini ifade etmiştir[165].

Konvansiyonun yetkili kıldığı mahkemelerin yetkisinin kapsamının ulusal ya da yerel mahkeme olup olmadığı meselesi Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Türk hukuku uygulamasında Yargıtay "…*Montreal Protokolünün 33. maddesindeki yetki düzenlemesinin ülke bakımından yetkiyi belirlediği tarafların yetkili ülkeler dışında yetkili mahkeme belirlemesinin geçerli olmayacağı ancak tarafların yetkili olan ülke içerisinde geçerli olmak üzere yetki sözleşmesi yapmalarına engel bir durum bulunmadığı…* "[166] belirtilmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından görülen yakın tarihli bir davada[167] da Konvansiyonun 33. maddesinin nasıl yorumlanacağına ilişkin ABAD hukuk sözcüsü (*advocate general*) Henrik Saugmandsgaard Øe'nin görüşü istenmiştir. Roma Bölge Mahkemesi tarafından sunulan ön karar talebi, Montreal Konvansiyonunun yetkiye ilişkin 33. maddesi ile yine aynı hususa ilişkin yargı yetkisini düzenleyen 1215/2012 Sayılı AB Tüzüğü arasındaki etkileşime ilişkindir. Mahkeme, Montreal Konvansiyonu'nun 33. maddesinin bu tür bir durumda uygulanabilir olduğuna karar verilirse, bu hükmün yalnızca uluslararası düzeyde, yani ilgili devletler arasında yetki dağılımını mı yoksa aynı zamanda iç düzeyde, yani belirli bir devletin mahkemeleri arasında yetki dağılımını mı düzenlediği konusunda görüş talep etmiştir. Saugmandsgaard Øe görüş yazısında[168]; Konvansiyonunun 33. maddesinin uygulanabilir olduğu kabul edilirse bu hükmün yargı yetkisinin sadece uluslararası

---

164 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 78.

165 Şanlı (n 13) 17.

166 Karar metni için bkz.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/1259, K. 2019/542, T: 21.01.2019.

167 Karar metni için bkz.: Adriano Guaitoli, Concepción Casan Rodriguez, Alessandro Celano Tomassoni, Antonia Cirilli, Lucia Cortini, Mario Giuli, Patrizia Padroni v. easyJet Airline Co. Ltd., 2019, C213/18, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=&docid=220359&doclang=EN&mode=lst&occ=first&pageIndex=0&part=1&text=.(Erişim Tarihi:01.03.2025).

168 Görüş metni için bkz.: Opinion Of Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 20 June 20191 Case C-213/18Adriano Guaitoli, Concepción Casan Rodriguez, Alessandro Celano Tomassoni, Antonia Cirilli, Lucia Cortini, Mario Giuli, Patrizia Padroni v. easyJet Airline Co. Ltd., 2019, C213/18, https://polit-x.de/en/documents/4307332/europa/english/court-of-justice-of-the-european-union/cjeu/opinion-2019-06-20-adriano-guaitoli-and-others-v-easy-jet-airline-co-ltd(Erişim Tarihi:01.03.2025).

düzeyde ilgili devletler arasındaki yetkiyi belirleyecek şekilde değil aynı zamanda iç düzeyde de ilgili devletin mahkemelerinin yetkisini belirleyecek şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Hukuk sözcüsü, Montreal Sözleşmesi'nin 33. maddesini lafzi bir yaklaşımla ele alarak, metnin kapsamını belirlemek için altı orijinal dilindeki ifadelerine bakmıştır. Fransızca versiyonunun "*juridiction compétente*" başlığı taşıdığını belirtmiştir. Fransızca'da bunun, sadece ilgili sözleşmeye taraf devletin yargı yetkisini değil, her türlü yargı gücüne sahip bir organı ifade ettiğini belirtmiştir. Bu tanımlama, davacıların Konvansiyonda doğrudan belirlenen mahkemelerden birine başvurabilmesini sağlar ve iç yetki kurallarını aşar. Hukuk sözcüsüne göre 33. madde yalnızca uluslararası yargı yetkisini belirlemek isteseydi, metin farklı şekilde kaleme alınırdı. Hukuk sözcüsü, Montreal Sözleşmesi'nin amaçlarının da bu argümanı desteklediğini savunmuştur. Konvansiyon, uluslararası hava taşımacılığında tüketicilerin çıkarlarını korumayı ve ilgili kuralları uyumlaştırarak çıkarlar arasında adil bir denge sağlamayı amaçlamaktadır. Eğer 33. madde yalnızca uluslararası düzeyde uygulanıyorsa, bunun uyumlaştırma amacına aykırı olacağını savunmuştur. Hukuk sözcüsüne göre, 33. madde bir üye devletin içinde yargı yetkisini belirlerse, hukuki belirsizlik azalır. Davacılar, her bir devletin iç hukuk kurallarını incelemek zorunda kalmazlar, hangi mahkemede yargı yetkisi olduğunu kolayca belirleyebilirler. ABAD hukuk sözcüsü bu yorumun Montreal Sözleşmesi'nin amaçlarıyla uyumlu olduğunu düşünmektedir[169].

Kanaatimizce, Konvansiyonun kendi uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta taraf devletlerde öncelikle ve yeknesak bir şekilde uygulanma amacı dikkate alındığında Konvansiyonun yetki hükümlerin yer itibariyle yetkiyi belirleyen kurallar olarak anlaşılması gerekir. Montreal Konvansiyonu'nun amacı uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetki konularında standart hükümlerin kabulünü sağlamaktır. Konvansiyon hükümlerinden, kendi uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta, taraf devletlerde öncelikle ve yeknesak bir şekilde uygulanacağı anlaşılmaktadır. Montreal Konvansiyonu, yeknesaklık ve öngörülebilirlik amaçları doğrultusunda taşıyana karşı açılabilecek davaların tabi olduğu tüm rejimi *numerus clausus* yöntemiyle açıkça belirlemiştir[170]. Montreal Konvansiyonu'nun emredici karakteri[171], yukarıda sayılan mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeyi imkânsız kıldığı gibi başka bir mahkemeyi yetkili hale getirmeyi de engeller[172]. Konvansiyonun 33. maddesinde sayılan mahkemeler münhasıran yetkilidir[173].

---

169 Opinion Of Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 20 June 20191 Case C-213/18Adriano Guaitoli, Concepción Casan Rodriguez, Alessandro Celano Tomassoni, Antonia Cirilli, Lucia Cortini, Mario Giuli, Patrizia Padroni v. easyJet Airline Co. Ltd., 2019, C213/18, 12-16.https://polit-x.de/en/documents/4307332/europa/english/court-of-justice-of-the-european-union/cjeu/opinion-2019-06-20-adriano-guaitoli-and-others-v-easy-jet-airline-co-ltd(Erişim Tarihi:01.03.2025).

170 Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 335.

171 Şanlı (n 13) 55.

172 Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 305 ; Gölcüklü, Beşinci Yetki (n 69) 323.

173 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 78.

Konvansiyon, 29. maddesinde "*Bu Sözleşme kapsamında ya da sözleşme ile ya da haksız fiil davası olarak ya da başka türlü olsun yolcu, bagaj ya da kargo taşınması ile ilgili olarak bir şekilde meydana gelmiş hasarlara karşı açılmış bir dava; böyle bir davayı açma hakkına sahip olan kişilerin kim oldukları ve kendi haklarının neler oldukları hususuna zarar getirmeksizin, sadece bu Sözleşmede tayin edilen koşullara ve sorumluluk sınırlarına tabi olacak biçimde açılabilir. Bu tür herhangi bir davada cezayı gerektirici, örnek teşkil eden ya da tazminat hükmünde olmayan hasarlar telafi edilir olmayacaktır.*" [174] hükmünü getirmiştir. Konvansiyon bu hüküm ile münhasır uygulanma ilkesi getirmektedir. Söz konusu hüküm ile getirilen münhasır uygulanma ilkesi, Konvansiyon tarafından gerçekleştirilen hukuk birliğini güvence altına alır. Amaç, hukukun birleştirilmesini sağlamak ve Konvansiyonun öngördüğü tekdüze sorumluluk rejimini korumaktır. İlkenin esas işlevi Konvansiyonun kapsamına giren zararlar için ulusal hukuktaki sorumluluk esaslarına başvurulmasını yasaklamaktır. Bu hükümde Konvansiyonun yeknesak ve ulusal hukuku dışlayıcı uygulama amacı açıkça görülmektedir[175]. Madde 29 Konvansiyonun diğer hükümleriyle de bağlantılıdır ve hukukun birleştirilmesinin etkinliğini garanti altına almaya yönelik bir sistemin parçasıdır. Bu sebeple yetkiye ilişkin hükümlerin değerlendirilmesinde fikir ayrılığına düşülen hallerde yorum yapılırken bu ilke de göz önüne alınmalıdır.

Ayrıca 29. madde, 17. ve 18. maddeler kapsamında açılacak tazminat davalarını doğrudan Konvansiyon hükümlerine tabi tutmaktadır[176]. Konvansiyonun emredici karakteri ve yeknesak uygulama amacını gerçekleştirmek için özel olarak düzenlenen taleplerin dayanaklarına ilişkin 29. maddede yer alan Konvansiyon kapsamına giren bir davanın yalnızca Konvansiyonda belirtilen koşullara göre açılabileceği hükmü de göz önüne alındığında yetki hükümlerinin münhasıran uygulanması ve bunların yer itibariyle yetki olarak anlaşılması gerekmektedir.

---

[174] Doktrinde maddeye ilişkin alternatif bir çeviri daha bulunmaktadır.
"*Madde 29 - Taleplerin hukuki temeli"*
"*Yolcu, bagaj ve yük taşımasında tazminat talepleri, her ne şekilde olursa olsun, ister bu Konvansiyon hükümlerinden, ister sözleşmeden isterse de haksız fiilden kaynaklansın, dava açma hakkına kimlerin sahip olduğu ve haklarının neler olduğu hususundan bağımsız olarak, sadece bu Konvansiyon'da düzenlenen hükümlere ve sorumluluk sınırlarına tabi olarak ileri sürülebilir. Bu tür davalarda, cezalandırma (yaptırım) amacı güden, örnek niteliğinde veya zararın telafisini amaçlamayan türden diğer tazminatlar tahsil edilemez*." *bkz.*: Selim Ciğer, 'Uluslararası Hava Yolu Taşımasına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma (Montreal Konvansiyonu) – Resmi Çeviri Üzerine Düşünceler ve Alternatif Bir Çeviri' (2020) 69 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369, 388. Ayrıca, Resmi Gazetede yayınlanan çeviri için bkz.: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101001-1-1.pdf,(Erişim Tarihi: 01.03.2025). Metnin orijinal hali için bkz.: https://www.icao.int/Meetings/AirCargoDevelopmentForum-Togo/Documents/9740.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2025).

[175] Gölcüklü, Hava Hukuku (n 12) 219.

[176] Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 74.

III. KONVANSİYON KAPSAMINA GİRMEYEN HUSUSLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Hava Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Bakımından Milletlerarası Yetki

1. Genel Olarak

Milletlerarası anlaşmaların kapsamına girmeyen uluslararası hava taşımalarından doğan davalar ile milletlerarası anlaşmalarda açıkça kapsam dışında bırakılan hususların tabi olacağı hukuk, MÖHUK hükümleri çerçevesinde tespit edilecektir[177].

Montreal Konvansiyonu 29. maddesinde; yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığından kaynaklanan zararlardan dolayı taşıyana karşı sorumluluk davası açma hakkına kimlerin sahip olduğu hususunu açıkça kapsam dışında bırakmıştır. Hava araçlarının karada bulunan üçüncü kişilere verdiği ve haksız fiil niteliğindeki zararlara ilişkin davalar ile ücretsiz taşımalardan doğan zararlara ilişkin davalar da Konvansiyonun kapsamı dışında kalmaktadır[178]. Bu hususlar bakımından doğrudan Konvansiyonun 33. maddesine dayanmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu hususlara benzer şekilde Konvansiyonların uygulama alanına girmeyen hususlarda milletlerarası yetki, MÖHUK hükümleri çerçevesinde tespit edilecektir.

MÖHUK'un 40. ila 46. maddeleri, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemektedir. 40. madde genel yetki kuralı, 41. ila 46. maddeler ise özel yetki kuralları ihtiva etmektedir. Hava yolu ile uluslararası yük ve yolcu taşıma faaliyetine ilişkin özel yetki kuralları bulunmamaktadır. Özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen hususlar genel yetki kuralına göre çözümlenecektir. Genel kural olan MÖHUK m. 40'ta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır[179].

2. MÖHUK m. 45'e Göre Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesi

Konvansiyon kapsamına girmeyen yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümler de gündeme gelebilmektedir. Günümüzde yolcu taşıma sözleşmeleri genellikle çevrimiçi araçlarla mesafeli sözleşme[180] biçiminde kurulmaktadır. Sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması halinde MÖHUK'un "*Tüketici Sözleşmesine İlişkin Davalar*" başlığını taşıyan 45. maddesi gündeme gelecektir. Bu madde taraflardan birinin tüketici olduğu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisine ilişkin tüketiciyi koruma

---

177 Gümüşlü Tunçağıl, Taşıyıcının Sorumluluğu (n 2) 207.

178 Şanlı (n 13) 45.

179 Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenmesi konusunda ayrıntılı açıklama için bkz.:III. Bölüm/ B Başlığı.

180 Mesafeli sözleşme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK), satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin karşı karşıya gelmeksizin mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem aracılığıyla uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bkz.: TKHK m.48.

amacı taşıyan özel nitelikte bir yetki kuralıdır[181]. Kuralın birinci fıkrasında tüketicinin açacağı davalarda yetki düzenlenmiştir. Buna göre, tüketicinin dava açtığı hallerde yetki onun tercihine bırakılmış ve tüketicinin yerleşim yerinde, mutad meskeninde ya da sözleşmenin diğer tarafının işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer Türk mahkemelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada, tüketiciye karşı açılacak davalarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi düzenlenmiştir. Bu halde yalnızca tüketicinin mutad meskeni olan mahkeme yetkili kılınmıştır.

MÖHUK m. 45 uygulama alanını belirtirken yine aynı kanunun "Tüketici Sözleşmeleri" başlıklı 26. maddesine atıfta bulunmaktadır. Buna göre madde 45'in uygulama alanı bulabilmesi için uyuşmazlığın MÖHUK'un 26. maddesinde tanımlanan bir tüketici sözleşmesinden kaynaklanması gerekir. MÖHUK m. 26'ya göre; tüketici sözleşmeleri, meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik yapılan sözleşmelerdir. MÖHUK 26/(1) hükmünde tüketici sözleşmeleri hakkında genel bir tanıma yer verilerek bu sözleşmelerde tarafların tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimi yapabilecekleri düzenlenmiştir. Hükümden, milletlerarası özel hukukun tüketici menfaatinin korunmasının amaçlandığı ve kanun koyucunun bu amacı gerçekleştirmeye en uygun hukukun tüketicinin mutad meskeni hukuku olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. İkinci fıkrada ise hukuk seçimi yapılmayan hallerde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için ilk fıkrada tüketici sözleşmeleri hakkında yapılan genel tanıma ek bazı özel şartlar getirilmiş, ikinci fıkranın uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. MÖHUK m. 26/(2) kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri hakkında MÖHUK m. 24'te yer alan genel kural uygulanacaktır. Böylece MÖHUK m. 26/(1) ile MÖHUK m. 26/(2) arasında uygulama alanı bakımından önemli bir fark oluşmaktadır. MÖHUK m.45 ile yapılan atıftan, MÖHUK m. 26/(1)'in mi yoksa MÖHUK m. 26/(2)'nin mi anlaşılması gerektiği hususunda tereddütler yaşanmaktadır.

Tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 26/(1)'de tüketici sözleşmeleri tanımlanmaktadır. Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığının vasıflandırılması *lex fori'ye* göre yapılacaktır[182]. Türk hukuku bakımından sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığının tespitinde asıl husus sözleşme taraflarının, o sözleşmeyi yapmak ile amaçladıkları gayenin ne olduğudur. Dolayısıyla sözleşmenin konusu veya kurulma şartları sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde önem taşımayacaktır[183]. Ancak 26/(2)'de yer verilen ek şartlardan dolayı esasa uygulanacak hukuk bakımından milletlerarası özel hukukun

---

181 Çelikel, Erdem n (52) 580.

182 Zeynep Derya Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması" (2019) 39 [1] Public and Private International Law Bulletin 325, 330; Nomer (n 52) 100; Çelikel, Erdem n (52) 79-80.

183 Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik "Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini"(2014) 63 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 833, 848.

tüketiciyi koruma amacının sadece belirli tipteki tüketici sözleşmelerini kapsadığı anlaşılmaktadır[184]. Ayrıca MÖHUK m. 26/(4) hükmünde; "*Bu madde paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.*" denilmiştir. Buna göre paket turlar hariç taşıma sözleşmeleri, tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuka ilişkin bu kuralın kapsamına girmemektedir. Milletlerarası usûl hukuku bakımından ise tüketici sözleşmeleri hakkında getirilen özel nitelikli kuralların uygulama alanının, belirli tipteki tüketici sözleşmeleriyle sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tartışmalıdır. Doktrinde, MÖHUK m. 26'nın uygulama alanının belirlenmesinde yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri için yapılan ayrımın milletlerarası yetkinin tespiti için de geçerli olması için bir sebep bulunmadığı[185], MÖHUK m. 45'te yapılan atfın 26. maddenin 1. fıkrasında bulunan genel tanım gereğince "*meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri*" bakımından uygulanacağı[186] yönünde görüşler bulunmaktadır. Güngör'e göre, MÖHUK m. 45'in lafzi yorumu yalnızca MÖHUK m. 26'nın ilk fıkrasındaki tanımı işaret etse de; milletlerarası özel hukuk, yalnızca belirli tipteki sözleşmeler bakımından tüketiciyi koruma amacı taşıdığından yetki hükmünün de yalnızca MÖHUK m. 26/(2)'de belirtilen şartları taşıyan tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacağının kabulü gerekir[187]. Doktrinde Özel, Erkan, Pürselim, Karaca MÖHUK m.45'in uygulama kapsamının belirlenmesinde olan hukuk açısından MÖHUK m.26/1 ve m.26/4'ün birlikte ele alınması gerektiğini ifade etmiştir[188]. Olması gereken hukuk açısından ise MÖHUK m. 45'in kapsamının lex fori'ye göre tüketici hukukunda tüketici sözleşmeleri nasıl tanımlanıyorsa bu kapsamdaki tüm tüketici sözleşmelerine uygulanması gerektiğini belirtmiştir[189]. Tarman ise MÖHUK m.45'te yapılan atfın, tüketici sözleşmelerinin yalnızca tanımına ilişkin olmadığını, maddenin kapsamına ilişkin olduğunu değerlendirerek atfın m.26'nın tamamına yapıldığını savunmaktadır[190].Bu görüşe göre MÖHUK m.

---

184 Uygulanacak maddi hukuk bakımından tüketicinin korunmasının amaçlandığı sözleşmeler; tüketicinin kendi yaşadığı sosyal ve hukukî çevre içinde satıcının tüketiciye yöneldiği "*home deal"* tüketici sözleşmeleri ile tüketicinin satıcının düzenlediği bir geziyle ve sözleşme yapmak amacıyla başka bir devletin ülkesine götürüldüğü "*traveler's deal*" tüketici sözleşmeleridir. Bkz.: Gülin Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku Düşünsel Temeller" (Düşünsel Temeller), (2008) 57 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 119; Bayraktaroğlu Özçelik n (183) 849; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe n (1) 362.

185 Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe n (1) 523, dn. 198.

186 Bayraktaroğlu Özçelik n (183) 855.

187 Gülin Güngör 'The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure' in Dan Andrei Popescu (ed), Specificitate şi complementaritate în dreptul privat european, Conflictele de legi şi de jurisdictii şi integrarea juridicã europeanã (Hamangiu 2012) 528, 551; Güngör (n 52) 263.

188 Yazar, Özel ve Pürselim'in MÖHUK m. 45'in kapsamının belirlenmesinde MÖHUK m.26/2'nin esas alınması gerektiği görüşünde olduğunu da belirtmektedir. Bkz.: Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 622.

189 Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 623.

190 Doktrinde MÖHUK'ta zayıf tarafı koruyan özel yetki kurallarının hiçbirinde (m.44, 45 veya 46) bu

26/(4), paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanmasının zorunlu olduğu sözleşmeleri kapsam dışı bıraktığı için taşıma sözleşmelerinden doğan davalarda tüketici sözleşmelerine ilişkin yetki kuralları uygulanmayacaktır[191].

MÖHUK m. 45 atfını 26. maddenin tamamına ya da ikinci fıkrasına işaret eder biçimde yorumlamanın sonucu 26. maddedeki özel şartları taşımayan tüketici sözleşmeleri ile paket turlar hariç taşıma sözleşmelerinin genel yetki kuralına tabi olmasıdır. Bu durumda tüketici niteliğindeki taşıma sözleşmelerinden doğan davalar; HMK'nın 6. maddesinde yer alan genel yetki kuralına göre davalının yerleşim yeri, 10. maddesinde yer alan sözleşmeden doğan davalarda yetki kuralına göre sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde ve son olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[192] m.73/5 hükmünde yer alan yetki kuralı gereğince tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde açılabilecektir. MÖHUK m. 26'nın uygulama alanının belirlenmesinde yapılan ayrımın milletlerarası yetkinin tespitini etkilemeyeceği yönündeki değerlendirmenin sonucunda ise yabancı unsurlu tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan taşıma sözleşmelerinden doğan davalarda MÖHUK m 45 gereğince; tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkili olmaktadır. Aynı tüketici sözleşmeleri hakkında tüketiciye karşı açılacak davalarda ise yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesinden ibaret olmaktadır. Bu halde MÖHUK m.45 hükmünde tüketicinin açacağı davalarda yetkinin genişletildiği, tüketiciye farklı alternatiflerin sunulduğu; tüketiciye karşı açılacak davalarda ise yetkinin daraltıldığı anlaşılmaktadır. Tüketici dava açmak istediğinde sayılan mahkemeler arasından kendisine en uygun mahkemede dava açabilecektir. Tüketiciye dava açmak istendiğinde ise tüketicinin aşina olduğu ve kolay erişebileceği mutad meskeninde bu davanın ikame edilmesi gerekecektir. Bu şekilde bir düzenleme getirdiği için MÖHUK m.45 hükmünün amacının hükmün gerekçesinde de vurgulandığı gibi tüketicinin menfaatini korumak olduğu anlaşılmaktadır[193].

---

tarz bir atfın yapılmadığı, MÖHUK m.45'teki atfın sadece tanıma değil kapsama da ilişkin olduğu ifade edilmiştir, bkz.: Tarman (n 182) 344.

191 Tarman konuya ilişkin eserinde MÖHUK m.45'te yer alan atfın, 26. maddenin 1. fıkrasındaki genel tanımdan ibaret olmayıp maddenin tamanına ilişkin olduğunu dolayısıyla taşıma sözleşmelerinin MÖHUK m. 45 kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Buna göre, taşıma sözleşmeleri TKHK uyarınca tüketici sözleşmesi olarak kabul edilse de, MÖHUK m.26/(4) uyarınca m.26'nın uygulama alanına girmemektedir. Yazara göre, deniz, hava, kara veya demiryolu fark etmeksizin tüm taşıma sözleşmeleri (paket tur sözleşmeleri hariç olmak üzere) konusunda yetki Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler başta olmak üzere genel yetki kurallarına göre belirlenmelidir. Bu itibarla, taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak getirilen yetki kuralları uygulanmayacaktır.Tarman (n 182) 345.

192 6502 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, R.G.: Tarih: 07.11.2013, Sayı: 28835.

193 Aynı yönde; Bayraktaroğlu Özçelik n (183) 855; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 623; Begüm Süzen Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi (Onikilevha Yayıncılık 2016) 76.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak yetki kurallarını düzenleyen Brüksel I bis Tüzüğü'nün[194] 17. maddesi[195] kapsamını açıkça belirtmektedir. Bu hükümde sözleşme konusunun kapsamı ve taşıma sözleşmelerinin yetkiden hariç tutulup tutulmadığı açıkça ifade edilmiştir. Türk hukukunda MÖHUK m. 45'te, Brüksel I bis Tüzüğündeki düzenlemeden farklı olarak kapsam açıkça belirtilmek yerine "*MÖHUK 26. maddede tanımlanan sözleşmeler*" ifadesiyle atıf yapılmakla yetinilmiştir. Türk hukukunda da hükme ilişkin tereddütlerin önlenebilmesi için yetki kuralının kapsamı kanunda açıkça belirtilmelidir.Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m.26/2 'de yer alan sınırlama milletlerarası yetkinin tayini bakımından da geçerli olup olmadığı önemli bir sorudur. MÖHUK m.45 hükmünün lafzından uygulama alanının belirli tüketici sözleşmeleriyle sınırlandırıldığına ilişkin bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Lafzi yorum dışında bir diğer yöntem amaçsal yorum yöntemidir. Hart ve Sacks'a göre, amaç odaklı yorum faaliyetinde aşılmaması gereken iki sınır vardır; yasaya sözcüklerine yüklenemeyecek bir anlam vermemek ve açık ifadelerle belirlenmiş politikaları ihlal etmemek[196]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında "*Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK'nun 1.maddesine uygun düşmez*" demektedir[197]. Anayasanın "*Tüketicilerin korunması*" başlıklı 172. maddesi "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır,*

---

194 Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz., https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj/eng (Erişim Tarihi:20.02.2025)

195 Brüksel I bis Tüzüğü Tüketici Sözleşmelerine İlişkin 4. kısım 17. madde hükmü aşağıdaki şekildedir. "*Article 17*
1. In matters relating to a contract concluded by a person, the consumer, for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, jurisdiction shall be determined by this Section, without prejudice to Article 6 and point 5 of Article 7, if:
(a) it is a contract for the sale of goods on instalment credit terms;
(b) it is a contract for a loan repayable by instalments, or for any other form of credit, made to finance the sale of goods; or
(c) in all other cases, the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities.
2. Where a consumer enters into a contract with a party who is not domiciled in a Member State but has a branch, agency or other establishment in one of the Member States, that party shall, in disputes arising out of the operations of the branch, agency or establishment, be deemed to be domiciled in that Member State.
3. This Section shall not apply to a contract of transport other than a contract which, for an inclusive price, provides for a combination of travel and accommodation."

196 Henry M. Hart Jr., Albert M. Sacks The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (Foundation Press 1951)148 dn.9, akt: Philip P. Frickey 'Faithful Interpretation' (1995) Washington University Law Quarterly 73 1085,1091.

197 Karar metni için bkz.: Yargıtay HGK , T. 25.2.2004, E. 2004/4-40, K. 2004/113.

tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" hükmü ile tüketicilerin korunmasını anayasal güvence altına almış ve devleti tüketicileri korumakla görevlendirmiştir. MÖHUK m. 45 hükmünün gerekçesinde de tüketicinin korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla aksine bir düzenleme olmadıkça kanun koyucunun kural olarak sınırlama olmaksızın tüketiciyi koruma yönünde bir hukuk politikası izlediği söylenebilir. MÖHUK m.26'da kendini gösteren milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı genel politikaya nazaran daha özel, istisnai bir durum teşkil etmektedir. İstisnalar yorum yoluyla genişletilemeyeceği gibi hak arama hürriyeti gibi temel bir hakka ilişkin düzenlemenin yorum yoluyla sınırlandırılması hukuk tekniğine uygun düşmeyecektir[198]. MÖHUK m.45 hükmünün kapsamına dair yaşanan tereddüttün giderilmesinde yorum yapılırken tüketicinin korunması yönündeki amaç ile ters düşülmemesi ve açıkça sınırlanmamış olan hükmün yorum yolu ile sınırlandırılmaması gerekir. Kanaatimizce, aksi yönde bir düzenleme yapılmadıkça MÖHUK m. 45 atfının MÖHUK 26/1'i işaret ettiği yorumunu yaparak tüketici sözleşmelerinin tamamı için yetki kuralını uygulamak yerinde olacaktır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu[199] m.1/2 gereği dava şartı olan zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin kapsamına yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dahildir[200]. Söz konusu uyuşmazlık TKHK m. 73/A(1) kapsamında ise dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gereğini de not etmek gerekir.

Tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan hava yoluyla yük ve yolcu taşıma sözleşmelerinde yetkili mahkeme bakımından MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer almamaktadır. MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen taşıma sözleşmeleri bakımından milletlerarası yetkili mahkeme, MÖHUK m.40'ta yer alan genel yetki kuralı gereğince iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tespit edilecektir.

3. Yetki Sözleşmesi Yapılması Durumunda MÖHUK m. 47'ye Göre Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesi

MÖHUK m. 47'de tarafların yetki sözleşmesi yapabilmelerine de imkân tanınmıştır. Yetki sözleşmesi ile taraflar uyuşmazlığın çözümünde hangi yabancı ülke mahkemelerinin yetkili olduğunu belirleyebileceklerdir. Bunun için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki esasına göre düzenlenmemiş olması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması gerekir[201]. Ancak tarafların aralarında yetki sözleşmesi yaparak yabancı bir mahkemeyi değil;

---

198 "Hürriyet karinesi" ya da "*in favorem libertatis*" ilkesi gereğince tereddütlü konularda haklar lehine yorum yapılır. Kısıtlama yetkili makam tarafından usulüne uygun olarak ayrıca ve açıkça konulmuş olmalıdır. Bkz.: Kemal Gözler, Hukuka Giriş (Ekin Yayınevi 2018) 347-348.

199 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu,R.G.: Tarih: 07.06.2012, Sayı: 28331.

200 Tekinalp 408; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 624-625.

201 Çelikel, Erdem n (52) 584 vd.

bir Türk mahkemesini yetkili kılmak istemleri halinde bu sözleşmeye HMK m. 17-18 uygulanacaktır.

Doktrinde MÖHUK m.45'in münhasır yetki tesis edip etmediği, başka bir deyişle tüketici sözleşmelerine ilişkin yetki sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Güngör' e göre MÖHUK m.45 zayıf tarafı koruyan bir hüküm olduğundan kamu düzenine ilişkindir ve bu durum tüketici sözleşmelerinden doğan davalarda Türk mahkemeleri yerine yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesine engel olacağı gibi, yanı sıra yabancı mahkemelerin yetkisinin eklenmesine de engeldir[202]. Diğer görüşe göre, MÖHUK m.47/2 hükmü "*44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez*" kuralını içerdiğinden tüketici mahkemelerinin yetkisi tüketiciyi korumakla sınırlı münhasır yetki niteliği kazanmaktadır[203]. Bu görüşe göre; tüketicinin Türkiye'de mutad meskeni bulunduğu halde yetki sözleşmesi gereği tüketiciye karşı yabancı bir devlet mahkemesinde dava açıldığında kararın tüketici olmayan tarafın talebiyle Türkiye'de tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Ancak yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi ile hükmün korumayı amaçladığı tüketici tarafından yabancı bir devlet mahkemesinde dava açılması[204] ve alınan kararın tanıması veya tenfizi talebinde bulunulmasında hukuka aykırılık yoktur[205]. Doktrindeki üçüncü görüş ise MÖHUK m.47/2'nin yetki sözleşmesi yapılmasını engellemediği yalnızca belirtilen alanlarda Türk mahkemelerini daimî yetkili mahkeme haline getirdiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre MÖHUK m.45 münhasır yetki ihtiva etmemekte ancak bu kurala göre yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisi yetki sözleşmesinde belirlenen yabancı mahkemeler yanında devam etmektedir[206].

Bir mahkemenin yetkisinin münhasır yetki ihtiva ettiğinden söz edilebilmesi için kanun koyucunun söz konusu uyuşmazlığın mutlak suretle Türk mahkemelerinde görülmesini amaçlamış olması gerekir[207]. Yetkinin münhasırlık ihtiva edip etmediği yetki kuralının ifadesinden ve düzenleme amacından anlaşılır[208]. Kanaatimizce, MÖHUK m.45 hükmü değerlendirildiğinde kanun koyucunun tüketici sözleşme-

---

202 Güngör (n 52) 263-264.

203 Nomer (n 52) 522; Çelikel, Erdem n(52) 648.

204 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe n (1) 551-552.

205 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe n (1) 693.

206 Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 640; Sibel Özel, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi" (2019) 14 [179-180] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351,1377 ; Berk Demirkol, Milletlerarası Yetki Anlaşmaları (Vedat Kitapçılık 2018) 242.

207 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe n (1) 692; Nomer (n 52) 485-486; Akıncı (n 52) 203; Çelikel, Erdem (n 52) 602;Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 627; Doğan (n 52) 125-126; Burak Huysal, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler" (2013) 32 [1] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 71, 84.

208 Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz.:Yargıtay HGK , T. 04.03.2015, E.2013/1628, K. 2015/894.

lerinin mutlak surette Türk mahkemelerinde görülmesini amaçladığı söylenemez. MÖHUK m.47/2 hükmü ise münhasır yetkiye ilişkin değil yetki sözleşmesine rağmen belirtilen konularda yetkili olan Türk mahkemesinin yetkisinin ortadan kalkmayacağına ilişkindir. Dolayısıyla MÖHUK m.45 hükmü münhasır yetki ihtiva etmediğinden ve MÖHUK m.47/2 hükmü yetki sözleşmelerini yasaklamadığından, yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi mümkündür. Kural olarak yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkeme, münhasıran yetkilendirilmiştir[209] ve Türk mahkemesi ancak önüne gelen davaya yetki itirazında bulunulmadığında ya da yabancı mahkeme kendisini yetkisiz saydığında yetkili olacaktır[210]. MÖHUK m. 47/2 bu duruma istisna teşkil etmektedir. Zira tarafların aralarında yetki sözleşmesi yapmış olmaları MÖHUK m. 45'te düzenlenen yetki kuralını ortadan kaldırmayacaktır. Tüketici sözleşmelerinde yabancı mahkeme lehine yapılan yetki sözleşmesine rağmen MÖHUK m. 45'te sayılan tüketiciye sağlanan yetkili mahkeme seçenekleri saklı kalmaya devam edecektir. MÖHUK m.47/2 hükmü, tüketici Türk mahkemelerinde dava açtığında karşı tarafın yetki sözleşmesine dayanarak yetki itirazında bulunmasını engellemektedir.

B. Hava Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Bakımından Milletlerarası Yetkinin İç Hukukun Yer İtibariyle Yetki Kurallarına Göre Belirlenmesi

1. Türk Sivil Havacılık Kanunu Kapsamında Hava Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Bakımından Milletlerarası Yetki

İç hukukta konuya ilişkin yer itibariyle yetki kuralları içerebilecek düzenleme, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)[211] ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK)[212]'dur. TSHK'da genel olarak Montreal Konvansiyonu'ndakilere benzer düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun kapsamını belirleyen ikinci maddesi; kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin havacılık sahasındaki faaliyetlerini kapsadığını belirtmiştir. Devlet hava araçlarının açık hüküm bulunmayan hallerde bu Kanunun kapsamı dışında olacağı da ayrıca düzenlenmiştir. TSHK, taşıma sözleşmelerine ilişkin diğer mevzuatta (TTK vb.) yer alan hükümlere göre öncelikli olarak uygulanacaktır[213].

---

209 Vedat Raşit Seviğ, "Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı" (1997) 55 [3] İstanbul Hukuk Mecmuası 179, 185; Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz.:Yargıtay HGK , T. 06.05.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325.

210 Burada bahsedilen münhasırlık kanundan doğan ve devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan münhasır yetki anlamına gelmemektedir. Yabancı mahkemenin münhasıran yetkili olduğu ifadesi, tarafların iradelerinin uyuşmazlığın yalnızca sözleşmede belirledikleri mahkemelerde görülmesine yönelik olduğu anlamına gelir.Bkz.: Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 52) 634-635.

211 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, R.G.: Tarih: 12.01.2011, Sayı: 27836.

212 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu R.G.: Tarih: 19.10.1983, Sayı: 18196.

213 Barış Günay 'Muharrem Gençtürk, Hava Taşımacılığında Montreal Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinin İç Hukuka Etkisi' (2021) 18 [2] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 793, 796.

TSHK'nın uygulanacak hükümler başlıklı 106. maddesinde "*Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır*." hükmü yer almaktadır. Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin konvansiyonlardaki hükümlerin ve bunlarda da uygulanacak hüküm bulunmaması halinde TTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir[214]. Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uluslararası havayolu taşıma sözleşmelerinden doğan davalarda uygulanacak kurallar zaten öncelikle uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle TSHK'nın atfından önce zaten uluslararası sözleşmelere başvurulacaktır. Davanın uluslararası sözleşmelerin kapsamına girmemesi halinde ancak TSHK uygulama alanı bulmakta iken TSHK'da tekrar uluslararası sözleşmelere müracaat edilmesine gerek olmamalıdır. Kanaatimizce bu hükümde uluslararası sözleşmelere yer verilmesinin, sözleşmelerin öncelikle uygulanacağının unutulmaması için bir hatırlatma amacı taşıdığını düşünmek yerinde olacaktır.

HMK'da düzenlenen yetki kuralları ancak TSHK m. 106'da işaret edilen düzenlemelerin hiçbirinde ilgili bir hüküm bulunmadığında genel düzenleme olarak uygulama alanı bulabilecektir. Yargıtay da hükümlerin uygulanma önceliği bakımından benzer yönde bir değerlendirme yapmıştır. Yargıtay'ın ilgili kararına göre; "*2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu'nun 2. ve 106. maddelerine göre hava yolu ile yurt içinde ve yurt dışında yapılacak taşımalarda bu Kanun'da hüküm bulunmadıkça Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde ise Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. 14/04/2009 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan ve 5866 sayılı Kanun ile onaylanan 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'na Türkiye, 26/03/2011 tarihinde taraf olmuştur. Yani somut uyuşmazlık bakımından öncelikle 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu ve 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'na göre bir değerlendirme yapılması gerekir*."[215].

TSHK yetki bakımından incelendiğinde yetki hususunda yalnızca 17. madde[216] hava aracının kaybolmasına ilişkin kararı verecek olan mahkemenin yetkisi-

---

214 "*Uygulanacak Hükümler"*
"Madde 106 – Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır."

215 Karar metni için bkz.: Yargıtay 11. HD., E. 2016/930 K. 2017/1456 T. 13.03.2017.

216 "*Kaybolma"*
"Madde 17 – Kendisinden alınan son haberden itibaren 90 gün geçen hava aracının kaybolduğuna mahkemece karar verilebilir,Yetkili mahkeme bu aracın siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesidir. Kaybolma kararını veren mahkeme durumu re'sen Ulaştırma Bakanlığına bildirir.Hava aracında bulunanlar hakkında Medeni Kanun hükümleri ve 5/6/1945 Tarih ve 4749 sayılı Kanun ile onaylanmış olan Uluslararası Sivil Havacılık Anlaşmasının25 inci maddesi hükmü saklıdır."

nin düzenlendiği, sorumluluğa ilişkin açılacak davalarda yetkiye ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu Kanun'un 106. madde atfı nedeniyle yine Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulacak, Konvansiyon'da hüküm bulunmadığında Türk Ticaret Kanunu orada da hüküm bulunamıyorsa HMK uygulama alanı bulacaktır.

2. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Hava Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Bakımından Milletlerarası Yetki

TSHK m. 106 atfı ile taşıma sözleşmelerinden doğan davalarda yetkili mahkemeler, TTK hükümleri de dikkate alınarak tespit edilecektir. Tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan yabancı unsurlu taşıma sözleşmeleri bakımından yetkili mahkeme MÖHUK m. 45 hükmü kapsamında olduğundan, TTK'nın yetki hükümleri bakımından tüketici sözleşmesi niteliği taşımayan taşıma sözleşmeleri söz konusu olacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere taşıma sözleşmesine taraf olmayan 3. kişilere karşı gerçekleştirilen haksız fiile ilişkin taleplerde; hem Konvansiyon kapsamını sözleşmesel ilişki ile sınırlı tuttuğundan hem de Konvansiyon'da hüküm bulunmadığından Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma işlerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

TTK'nın "Taşıma İşleri" başlıklı dördüncü kitabı her ne kadar kural olarak karayolu taşımacılığını düzenlese de bu bölümdeki hükümlerin Türk taşıma hukukunun genel hükümleri olduğu ve taşıma işlerine ilişkin özel düzenleme bulunmaması durumunda bu hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir[217].

TTK'nın 890. maddesinde[218] taşıma işlerini düzenleyen genel hükümler ve eşya taşımaya ilişkin hükümlere tabi taşımalardan doğan uyuşmazlıklarda, malın teslim alındığı veya teslim için öngörülen yer mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Ayrıca fiilî taşıyıcıya karşı açılacak davanın, asıl taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde; asıl taşıyıcıya karşı açılacak davanın da fiilî taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabileceği hüküm altına alınmıştır.

TTK'da taşıma işlerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirten m. 890/1 hükmü, genel hükümlere ve eşya taşımaya ilişkin davalarda yetkiyi belirlerken yolcu taşınmasından söz etmemektedir. "Taşıma İşleri" başlıklı dördüncü kitapta, yolcu taşınmasına ilişkin hükümler beşinci kısımda ayrıca düzenlenmiş olmasına rağmen yetkiyi belirleyen m. 890/1 hükmünde yalnızca birinci ve ikinci kısımlardan bahsedilmektedir. Burada kanun koyucunun bilinçli olarak sustuğu ve beşinci kısımda yer alan yolcu taşımalarını ilk fıkradaki yetki hükmünün dışında tuttuğu düşünülebilir. Zira m. 890/1 hükmünün lafzında da yalnızca eşyadan söz edilmektedir. Bu

---

217 Akkurt (n 80) 141.

218 *"XIV - Yetkili mahkeme"*
"MADDE 890- (1) Birinci ve İkinci Kısım hükümlerine tabi taşımadan doğan hukuki uyuşmazlıklarda, malın teslim alındığı veya teslim için öngörülen yer mahkemesi de yetkilidir.
(2) Fiilî taşıyıcıya karşı açılacak dava, asıl taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde, asıl taşıyıcıya karşı açılacak dava fiilî taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir."

durumda yolcu taşıma sözleşmelerinde yetkili mahkeme m. 890/2 hükmüne tabi olacaktır. TTK m. 890/2 hükmünden taşıyana karşı açılacak davalarda taşıyanın yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca ikinci fıkrada ilk fıkranın aksine birinci, ikinci ve beşinci kısımlar arasında bir ayrım yer almamaktadır. Dolayısıyla taşıma işlerinden doğan ve taşıyana karşı açılacak diğer tüm davalarda taşıyanın yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olacaktır.

Kanunun 851. maddesinde "*eşya ve yolcu taşımayı arizi olarak üstlenen kişi hakkında da bu kitap hükümleri, uygun düştükleri ölçüde, uygulanır.*" denilerek fiilî taşıyana karşı açılacak davaların da bu hükümler dahilinde görüleceği belirtilmektedir. Dördüncü kitabın ikinci kısmında yer alan 885. maddesinde ise sözleşme dışı istemler düzenlenmiştir. Yetkiye ilişkin m.890/1 hükmünün birinci ve ikinci kısım hükümlerini kapsamına aldığı belirtilmişti. Dolayısıyla haksız fiil ile zarara uğrayan sözleşme dışı üçüncü kişiler de malın teslim alındığı veya teslim için öngörülen yer mahkemelerinde dava açarak taşıyanın sebep olduğu zararlarının tazminini talep edebilebilirler.

3. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Hava Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Bakımından Milletlerarası Yetki

TTK m. 890 hükmünde yer alan yetki kuralı, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere kesin olmayan yetki kuralı ihtiva etmektedir. Özel yetki kuralları kesin yetki niteliğinde olmadığı sürece genel yetkiyi ortadan kaldırmamaktadır[219]. Bu durumda HMK'da yer alan genel yetki kuralı da uygulama alanı bulmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere TTK m. 890/2'da yer alan yetki kuralı yalnızca taşıyıcıya açılacak davaları düzenlediğinden yolcu veya üçüncü kişi tarafından taşıyana verilen zararlar karşısında taşıyanın açtığı davalarda da yetkili mahkemenin tespitinde yine HMK hükümlerine başvurulması gerekmektedir[220].

HMK m. 6/1 gereğince, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkemedir. Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme HMK m. 9'a göre belirlenmektedir. Buna göre; "*Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir".* [221]

---

[219] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası Medeni Usul Hukuku (Yetkin Yayınları 2021) 219; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan Medeni Usul Hukuku (Yetkin Yayınları 2024) 196; Süha Tanrıver (Yetkin Yayınları 2018) 234.

[220] Akkurt (n 80) 339.

[221] Doktrinde HMK m. 9'un, aşırı yetki gözetilerek getirdiği Türk mahkemelerinin yetkisini sınırlayıcı bu kural, yetkinin sınırlanması bakımından aşırıya kaçıldığı, borçlunun malvarlığının önemli bir bölümünün yerleşim yerinin bulunduğu devlet dışında yer alması ihtimalinde davadan beklenen yararın gerçekleşemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz.:Huysal (n 207) 89-90.

Yolcunun taşıyana verdiği zararlar bakımından genel yetkili mahkeme yanında sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda özel yetkili bir mahkeme daha bulunmaktadır. HMK m.10'da yer alan bu kurala göre, genel yetkili mahkemenin yetkisi ortadan kaldırılmamakta, genel yetkili mahkemeye ek başka bir mahkeme daha yetkili kılınmaktadır. Maddede yer alan hükme göre; "*Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir"*. Bu yetki kuralının uygulanması için uygulanacak hukuka göre ifa yerinin Türkiye'de olması gerekir. İfa yerinin yabancı bir ülkede olması halinde Türk mahkemelerinin HMK m.10'a göre milletlerarası yetkisinden bahsedilemeyecektir[222].

Taşıma sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilerin taşıyana verdikleri zararlara karşı taşıyanın açacağı davalarda ise "haksız fiilden doğan davalarda yetki" başlıklı HMK m. 16 hükmü de uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Hükümde işaret edilen yerlerin yabancı bir ülkede olması halinde HMK m.16'a göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden bahsedilemeyecektir[223].

Ayrıca taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerini yetkili kılabilirler. Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkili kılınması durumunda HMK m. 17- 18 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemeler gereğince, yalnızca tacirler veya kamu tüzel kişileri aralarında yetki sözleşmesi yapabilmektedirler. Tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olma şartı, hava yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi bakımından çoğu zaman gerçekleşmeyebilir. Hava yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde taraflar taşıyan ve çoğu zaman tüketici yolcudur. HMK m. 17'ye göre yetki sözleşmesinin geçerli olması, taşıma sözleşmesine taraf olan kişinin fiilen taşınan yolcu olmayıp, örneğin tur şirketleri olması halinde, her iki taraf için de tacir olma sıfatı sağlandığından, mümkün olur. Ancak taraflardan biri tacir veya kamu tüzel kişisi olmazsa HMK m. 17'de sayılan şart sağlanmadığından taraflar yetki sözleşmesi yapamayacaktır. Taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda ve kesin yetki kuralının varlığı halinde yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Türk mahkemelerini yetkilendiren sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şarttır. Ayrıca yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin de açıkça gösterilmesi gerekmektedir[224].

SONUÇ

Hava yolu ile yük ve yolcu taşımalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar varma yerinin, kalkma yerinin yabancı devletler olması, yolcuların yabancı olmaları gibi vakıaların beraberinde getirdiği çok sayıda yabancı irtibat noktası içermektedirler.

---

222 Burcu İrge Erdoğan 'Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme' (2017) 37 [2] Public and Private International Law Bulletin 508, 533.

223 İrge Erdoğan n (222) 533.

224 Atalı, Ermenek, Erdoğan Medeni Usul Hukuku (n 219) 208; Tanrıver (n 219) 252.

Böyle durumlarda uyuşmazlık ile irtibatlı birden çok devlet, uyuşmazlığın karara bağlanmasında kendilerini yetkili görebilmektedir. Bu konudaki ihtilafları gidermek ve bu uyuşmazlıkların çözümü için tek bir sistem kurmak amacıyla çeşitli uluslararası düzenlemeler oluşturulmuştur. Montreal Konvansiyonu ve öncesinde çeşitli düzenlemeler ile uluslararası hava yolu taşımacılığından kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi mahkemelerde görüleceğine ilişkin kurallar öngörülmüştür.

Varşova Konvansiyonu ile getirilen yetki kuralları; taşıyanın ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi, taşıyanın esas iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıyanın taşıma sözleşmesini yaptığı iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi ve varış yeri mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yetki kuralları Montreal Konvansiyonunda da korunmuş olmakla birlikte beşinci yetki kuralı olan yolcunun daimî ikametgahı kuralı da getirilmiştir. Bu kural uyarınca, bu özel yetkinin uygulanması için yolcunun ölümü ya da bedensel zararı söz konu olmalı, kaza anında yolcunun daimî ve esas ikametgâhının olduğu ülkenin yetkisi dikkate alınmalı, ancak bu ülkenin beşinci yetki olarak kabulü için taşıyanın, bu ikametgâh ülkesinden ya da bu ikametgâh ülkesine kendi hava aracıyla ya da ticari anlaşmaya dayalı yolcu taşıma hizmetleri zaten mevcut olmalı ve söz konusu yetkinin kullanılacağı ülke mutlaka Montreal Konvansiyonu'na taraf olmalıdır.

Konvansiyonun yetkiye ilişkin hükümlerinin ulusal düzeyde mi olduğu yoksa yer itibariyle yetkiyi de belirleyip belirlemediği tartışmalıdır. Ancak Konvansiyonun yeknesaklık ve öngörülebilirliğin sağlanmasına ilişkin amacı ve emredici karakteri dikkate alındığında yer itibariyle yetkinin belirlendiği ve yetki hususunda başkaca düzenlemelerin ve tartışmaların önünün kapatılması hedefinin sağlandığı anlaşılmaktadır.

Konvansiyon kapsamına girmeyen konularda yetki meselesinin nasıl çözümleneceği ise MÖHUK madde 40 vd. hükümler uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK m.45 yabancı unsur taşıyan tüketici sözleşmelerinden doğan davalarda yetkiyi belirleyen özel hüküm olarak uygulama bulacaktır. Tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan taşıma sözleşmeleri bakımından MÖHUK'ta yetkiye ilişkin özel düzenleme bulunmadığından MÖHUK m. 40 gereğince iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurmak gerekecektir. Sivil havacılığa ilişkin özel kanun TSHK olduğundan bu hususta asıl düzenlemeleri içermesi gereken kanun TSHK'dır. TSHK'nda hüküm bulunmayan hallerde ise yine taşımaya ilişkin özel düzenlemeler içerdiğinden TTK'ya ve genel kanun olarak da HMK'ya atıf yapılmaktadır.

TTK'da taşıma işlerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirten m. 890 hükmü, eşya taşıma sözleşmelerinden doğan davalarda malın teslim alındığı veya teslim için öngörülen yer mahkemelerini; yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından ise taşıyanın yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmaktadır. Sözleşme dışı istemler bakımından da malın teslim alındığı veya teslim için öngörülen yer mahkemeleri yetkilidir.

TTK m. 890 hükmünde yer alan özel yetki kuralı, HMK m.6 hükmündeki genel yetkiyi ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca yolcu veya üçüncü kişi tarafından taşıyana verilen zararlar karşısında taşıyanın açtığı davalarda da yetkili mahkemenin tespitinde HMK hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Yolcunun taşıyana verdiği zararlar bakımından taşıyanın açacağı davalarda HMK m.10 gereğince ifa yeri mahkemesi de yetkilidir. Üçüncü kişilerin taşıyana verdikleri zararlar için taşıyanın açacağı davalarda HMK m. 16'ya göre, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemeleri de yetkilidir.

KAYNAKÇA

Acun-Mekengeç M., Aynî Haklardan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk (Seçkin Yayıncılık 2016).

Akıncı Z., Milletlerarası Özel Hukuk (Vedat Kitapçılık 2020).

Akkurt S. S., Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (2. Bası Seçkin Yayıncılık 2018).

Arslan R., Yılmaz E., Taşpınar Ayvaz S., HanağasıE. Medeni Usul Hukuku (Yetkin Yayınları 2021).

Aslan İ. Y., 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku (Ekin Kitabevi 2014).

Atalı M., Ermenek İ., Erdoğan E., Medeni Usul Hukuku (Yetkin Yayınları 2024).

Birinci Uzun T., Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu (Seçkin Yayıncılık 2020).

Ciğer S., 'Uluslararası Hava Yolu Taşımasına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma (Montreal Konvansiyonu) – Resmi Çeviri Üzerine Düşünceler ve Alternatif Bir Çeviri' (2020) 69 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369.

Çelikel A., Erdem B. B., Milletlerarası Özel Hukuk (16. Bası Beta Yayıncılık 2021).

Demir Gökyayla C.,Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Vedat Kitapçılık 2021).

Demirkol B., Milletlerarası Yetki Anlaşmaları (Vedat Kitapçılık 2018).

Doğan V., Milletlerarası Özel Hukuk (6. Bası Savaş Yayınevi 2020).

Ekşi N., Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Beta Basım Yayım 2000).

Frickey, Philip P., 'Faithful Interpretation' (1995) Washington University Law Quarterly 73 1085,1091

Gençtürk M., Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk (Vedat Kitapçılık 2006).

Gölcüklü İ., Hava Hukuku (2. Bası On İki Levha Yayıncılık 2021).

Gölcüklü İ., 'Montreal Sözleşmesi Kapsamında Beşinci Yetki Kuralı ve Uygulaması' (2020) 26 [1] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 317 (Beşinci Yetki).

Gözler, K., Hukuka Giriş (15. Baskı Ekin Yayınevi 2018).

Gümüşlü Tunçağıl G., Milletlerarası Özel Hukukta Sivil Hava Taşımacılığı Kazaları ve Taşıyıcının Hukuki Sorumluluğu (Yetkin Yayıncılık 2016).

Gümüşlü Tunçağıl G., 'Varşova ve Montreal Sözleşmeleri Kapsamında Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tayininde "İşyeri" Kavramı' (2017) 2 [1] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141 (İşyeri).

Günay B., Gençtürk M., 'Hava Taşımacılığında Montreal Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinin İç Hukuka Etkisi' (2012) 18 [2] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 793.

Güneş K., Air Carrier Liability In International Law, In European Law And In Turkish Law (Adalet Yayınevi 2013).

Güngör G., Türk Milletlerarası Özel Hukuku, (Yetkin Yayınları 2022).

Güngör G., 'The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure' Dan Andrei Popescu (ed), Specificitate şi complementaritate în dreptul privat european, Conflictele de legi şi de jurisdictii şi integrarea juridicã europeanã (Hamangiu 2012).

Güngör G., "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku Düşünsel Temeller" (2008) 57 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115.

Helvacı S., Gerçek Kişiler (Legal Yayınevi 2021).

Huysal B., "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler" (2013) 32 [1] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 71.

İnal E., E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması (Vedat Kitapçılık 2005).

İrge Erdoğan B., 'Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme' (207) 37 [2] Public and Private International Law Bulletin 508.

Kaya S., Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Halinde Taşıyıcının Sorumluluğu (Platon Hukuk 2021).

Kazmacı Ö. U., 'İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (2016) 22 [3] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan 2791.

Kılıçoğlu A., Medeni Hukuk (Turhan Kitabevi 2019).

Lexbase,https://www.lexbase.fr/

Maggio J., 'Long Arm, Longer Reach: How U.S. Courts Obtain Personal Jurisdiction over Foreign Entities' Aviation Insurance Symposium (14 October 2022, Mumbai, India) (Çevrimiçi)https://bfsi.economictimes.indiatimes.com/files/cp/1375/cdoc-1666249015Long%20Arm,%20Longer%20Reach%20Condon%20&%20Forsyth%20LLP%20John%20Maggio.pdf. (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Göknil M. N., Hava Hukuku (Fakülteler Matbaası 1951).

Nalçacıoğlu Erden H.Z., "Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", (2022) 12 [1] Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 970.

Nomer E., Devletler Hususî Hukuku (Beta Yayıncılık 2017).

Özçelik G. B., 'Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini' (2014) 63 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 833.

Özdemir Kocasakal H, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünden Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tesbiti (2003 Vedat Kitapçılık).

Özdemir Kocasakal H., "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (2012) 30 [1-2] 27.

Özel S., Erkan M., Pürselim H. S., Karaca H. A., Milletlerarası Özel Hukuk (Oniki Levha Yayıncılık 2022).

Özel S., "Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi" (2019) 14 [179-180] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351.

Palmeri J. M., Kenney C. P. 'Consortium Claims Involving Children: Should Colorado Continue an Archaic Concept or Confront a Faulty Cornerstone' (1992) 69 [3] Denver University Law Review 481.

Pradhan D., 'The Fifth Jurisdiction under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody' (2003) 68 [4] Journal of Air Law and Commerce 716.

Sarıöz Büyükalp İ., "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/3'ün Uygulanması Sorunu" (2018) 8 [2] 195.

Seviğ V. R., 'Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı' (1997) 55 [3] İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası 179.

Sözer B., 'Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova / La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi' (2001) 21 [1] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 141.

Süzen B., Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk (Oniki Levha Yayıncılık 2020).

Süzen B., "Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Kurallarında Kullanılan Bağlama Noktalarının Vasıflandırılması", Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim (ed.) içinde, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar, (On İki Levha Yayıncılık, 2021) 46.

Süzen B., Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi (Onikilevha Yayıncılık 2016).

Şanlı C., Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk (Kazancı 1992).

Şanlı C., Esenm E., Ataman- Figanmeşe İ., Milletlerarası Özel Hukuk (11. Bası Beta Yayıncılık 2024).

Tanrıver S., (Yetkin Yayınları 2018).

Tarman Z. D., "Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri" (2013) 107 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 97.

Tarman Z. D., "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması" (2019) 39 [1] Public and Private International Law Bulletin 325.

Tekinalp G, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları (Vedat Kitapçılık 2020).

Turhan G., Uluslararası Hava Yolu Taşımalarında Taşıyıcının Yüke İlişkin Sorumluluğu (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Ülgen H., Hava Taşıma Sözleşmesi (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1987).

Vardar Hamamcıoğlu G., Türk Medenî Kanuna Göre Yerleşim Yeri (On İki Levha Yayıncılık 2009) 30.

Walker G. C., 'Doing Business in Montreal: The Effects of the Addition of Fifth Forum Jurisdiction under the Montreal Convention' (2004) 23 [1] Penn State International Law Review 124.

Yetiş Şamlı K., Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı (Oniki Levha Yayıncılık 2008).

Yılmaz O.G., "Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (2013) 1[4] 1011.

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1684025

YAPISAL DEĞİŞİKLİK KARARLARININ İPTALİ DAVASI İLE GENEL NİTELİKTEKİ İPTAL DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

The Relationship Between the Action for Annulment of Structural Change Resolutions and the General Annulment Action

Mehmet Arif TUĞ*

Özet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu [TTK] m. 192'de şirket karar organları tarafından alınan birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının iptalini konu edinen özel bir dava öngörülmüştür. Kökeni İsviçre hukukuna dayanan söz konusu düzenleme, anonim ve limited şirketler için TTK m. 445 ve 446'da düzenlenen genel nitelikteki iptal davasından başta dava açma süresi olmak üzere birçok konuda farklılaşmaktadır. Bu durum ise mezkûr davaların birbirleriyle olan ilişkisi sorusunu beraberinde getirmektedir. Doktrinde TTK m. 192'nin özel hüküm olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu kabulün somut anlamda yansımasının ne olması gerektiği konusunda farklı görüşler dile getirilmektedir. İşbu çalışmada tüm şirket türleri için getirilen TTK m. 192'nin anonim ve limited şirket türleri için öngörülmüş bulunan TTK m. 445 ve 446 karşısında uygulanma sırası bakımından durumu inceleme konusu yapılmıştır. Bu bağlamda özel hüküm niteliğini haiz TTK m. 192'nin kapsamına giren hâllerde TTK m. 445 ve 446 uyarınca dava açılamayacağı görüşü çalışmada gerekçelendirilerek savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yapısal değişiklik, iptal davası, genel hüküm, özel hüküm

Abstract

Article 192 of the Turkish Commercial Code No. 6102 [TCC] establishes a special action for the annulment of merger, demerger and conversion resolutions enacted by the company decision-making bodies. This provision, which has its origins in Swiss law, differs from the general annulment action regulated under Articles 445 and 446 of the TCC for joint stock and limited liability companies in numerous aspects, particularly regarding the time period for filing a lawsuit. This situation gives rise to the question of the relationship between the actions. It is widely accepted in the doctrine that Article 192 of the TCC is a special provision. However, different opinions are expressed as to what the concrete reflection of this acceptance should be. In this study, the status of Art. 192 of the TCC, which has been introduced for all types of companies, in terms of the order of application vis-à-vis Art. 445 and 446 of the TCC, which are foreseen for joint stock and limited liability companies, is analyzed. In this context, this study justifies and defends the view that no lawsuit can be filed pursuant to Articles 445 and 446 of the TCC in cases falling within the scope of Article 192 of the TCC, which is a special provision.

Keywords: Structural change, annulment action, general law, special law

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.12.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Ar. Gör. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Eskişehir-Türkiye, mehmetariftug@anadolu.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-2047-6033

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu [TTK] m. 134 ilâ 194'te tüm ticaret şirket türleri için ortak şekilde düzenlenen birleşme, bölünme ve tür değiştirme ilgili şirketler için radikal dönüşümler getiren işlemlerdir. Yapısal değişiklik olarak da adlandırılan söz konusu işlemler, yalnızca bunlara katılan şirketler açısından değil bu şirketlerin ortakları, çalışanları ve alacaklıları için de oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu, ilgili menfaat gruplarının çıkarlarını korumak amacıyla çeşitli düzenlemeler vazetmiştir.

Bunlardan birisi de TTK m. 192'dir. Mezkûr düzenleme ile yapısal değişik işlemine katılan ya da bunu gerçekleştiren şirketlerin ortaklarına ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararı aleyhine iptal davası açma imkânı tanınmıştır. Böylece TTK'nın yapısal değişiklik işlemlerine ilişkin düzenlemelerine aykırılık teşkil eden birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının iptal edilerek söz konusu işlemlerin geri alınması ve bu sayede şirket ortaklarının menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır.[1]

İlgili şirket karar organları tarafından alınan yapısal değişiklik kararlarının iptaline ilişkin olan TTK m. 192, mevcut hâli ile TTK m. 445 ve 446 gibi bazı şirket türleri için özel olarak düzenlenmiş bulunan genel kurul kararlarının iptali davaları ile büyük ölçüde benzeşmektedir.[2] TTK'da yer alan bu tablo, m. 192'nin bahsi geçen düzenlemeler karşısındaki durumunun ne olduğu ve nasıl uygulanması gerektiği sorularını da beraberinde getirmektedir.

İşbu çalışma, söz konusu soruları tartışma amacı gütmektedir. Bu bağlamda öncelikle TTK m. 192'de öngörülmüş bulunan iptal davası, genel hatlarıyla ele alınacaktır.[3] Ardından TTK m. 192'de öngörülen ile TTK m. 445 ve 446'da düzenlenen iptal davaları arasındaki farklar, inceleme konusu yapılacaktır. Daha sonra doktrinde bahsi geçen düzenlemeler arasındaki ilişki hakkında dile getirilen görüşlere yer verilecektir. Son olarak *de lege lata* ve *de lege ferenda* açısından değerlendirme ve ulaşılan sonuç ortaya konulacaktır.

---

1 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 499.

2 Bu bağlamda akla gelebilecek bir diğer düzenleme 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 53'tür. Ancak gerek anlatımı basitleştirmek gerekse de ülkemizde anonim ve limited şirketlerin kooperatiflere nazaran çok daha yaygın olması sebebiyle işbu çalışmada TTK m. 445 ve 446 özelinde bir inceleme yapılacaktır. Mezkûr düzenlemeler bağlamında ulaşılacak sonucun Kooperatifler Kanunu m. 53 için de geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir.

3 TTK m. 192'de öngörülen davanın ayrıntılı incelemesi için bkz. Ferna İpekel Kayalı, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler* (Vedat Kitapçılık 2014) 289 vd.; Şafak Narbay, *Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararının İptali ve Eksikliklerin Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 5 vd.; Sinan Sarıkaya, *Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması* (Vedat Kitapçılık 2019) 199 vd.

I. GENEL OLARAK YAPISAL DEĞİŞİKLİK KARARLARININ İPTALİ DAVASI

TTK m. 192'de tüm yapısal değişik türleri için özel bir iptal davası (*Anfechtungsklage*) öngörülmüştür. İlgili düzenlemenin mehazını İsviçre Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Kanunu *(Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung* ya da kısaca *Fusionsgesetz* [FusG]) m. 106 ve 107 oluşturmaktadır. Her ne kadar maddenin gerekçesinde düzenlemenin kaynağı olarak FusG'nin ilgili maddesi[4] yanında 78/855 sayılı Yönerge m. 22/1 hükmü zikredilmişse de aralarındaki benzerlik sebebiyle TTK m. 192'ye asıl kaynaklık yapan düzenlemenin FusG m. 106 ve 107 olduğu rahatlıkla söylenebilir. Mezkûr maddeye göre TTK'da birleşme, bölünme ve tür değiştirme için öngörülen düzenlemelerin (TTK m. 134-190) ihlal edilmesi durumunda ilgili işleme katılan veya işlemi gerçekleştiren şirketlerin ortakları, şirket genel kurulunca[5] alınan yapısal değişiklik kararının iptalini mahkemeden talep edebilecektir. Yapısal değişiklik kararının yönetim organı[6] tarafından alınması hâlinde de aynı davanın açılması TTK m. 192/2 uyarınca mümkündür.[7]

Yapısal değişiklik kararına karşı iptal davası açacak olan ortağın ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bu durumu tutanağa geçirmiş olması gerekmektedir (TTK m. 192/1). Herhangi bir genel kurul kararının varlığından söz edilmeyeceği için ifade edilen şartın yönetim organı tarafından alınan yapısal değişiklik kararları açısından aranmayacağı açıktır.[8]

---

4 Gerekçede FusG m. 106 ve 107 yerine sehven FusG m. 105'in mehaz olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Narbay (n 3) 10 dn. 17; Şafak Narbay ve Buğra Kesici, 'Ticaret Ortaklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2015) 1(2) TFM 107, 109 dn. 12; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2024) 410. Ayrıca TTK m. 192'nin gerekçesi, m. 193'ün altında yer almaktadır. Kanun'un gerekçesi için bkz. TTK Gerekçe <https://bit.ly/4hzB4eK> Erişim Tarihi: 23.09.2024.

5 TTK m. 135/1 uyarınca "genel kurul" kavramı, "*anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle kooperatiflerdeki genel kurulu, şahıs şirketlerindeki ortaklar kurulunu ve gereğinde ortakların tümünü*" ifade etmektedir.

6 TTK m. 135/1 uyarınca "yönetim organı" kavramı, "*anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiyi*" ifade etmektedir.

7 Bu duruma örnek olarak TTK m. 155/2'de düzenlenen kolaylaştırılmış birleşme hâli verilebilir. Tarafları sermaye şirketi olan ve mezkûr fıkrada belirtilen şartları taşıyan bir birleşme işleminin mevcut olması durumunda birleşme sözleşmesinin şirket genel kuruluna sunulması zorunlu değildir (TTK m. 156/2). Bkz. Sinan Hüdai Yüksel, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2011) 404; İpekel Kayalı (n 3) 293; Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 247-248; Narbay (n 3) 47-50; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 689; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (17. Baskı, Beta Basım 2024) 194; Pulaşlı (n 4) 410.

8 H. Ercüment Erdem, 'Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar' (2013) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 126; İpekel Kayalı (n 3) 290 dn. 1166; Narbay (n 3) 50-51; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 166.

Yapısal değişiklik kararlarının iptali davasının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde [TTSG] ilgili kararın ilan edildiği tarihten itibaren iki aylık süre içerisinde açılması gerekmektedir. İlgili süre, hak düşürücü niteliktedir.[9] TTK m. 192/1'de ilanın gerekmediği hâllerde mezkûr sürenin tescil tarihinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Ancak TTK'nın birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelerinde veya Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde[10] [TSY] genel nitelikteki TTK m. 35/3'ün aksini öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple ilanın gerekmediği hâllerde dava açma süresinin tescil ile başlayacağını öngören TTK m. 192/1'in son cümlesinin hâlihazırda uygulanabilir nitelikte olmadığını ifade etmek gerekmektedir.[11]

TTK m. 192/3'te yapısal değişiklik ile ilgili işlemlerde eksiklik bulunması hâlinde bunun giderilmesi için mahkemenin taraflara süre vereceği öngörülmüştür. Verilen sürenin sonunda ifade edilen eksiklik giderilemiyor veya giderilmemiş[12] ise mahkemenin yapısal değişiklik kararı hakkında iptal kararı vereceği fıkranın devamında ifade edilmiştir. Düzenlemeden iptal kararının kanun koyucu tarafından bir *ultima ratio* (son çare) olarak öngörüldüğü rahatlıkla söylenebilir.[13] Zira söz konusu fıkra, mahkemeye süre verilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisi tanımamakta; iptal kararının da ancak verilen sürenin sonunda ilgili eksikliğin giderilmemiş veya giderilemeyecek olması hâlinde hükmedilebileceğini öngörmektedir.[14] Bu sebeple kanun koyucu açısından istenen durumun tescil edilerek hayata geçirilmiş olan yapısal değişiklik kararının korunması olduğu ifade edilebilir.[15]

---

9 Yüksel (n 7) 410; İpekel Kayalı (n 3) 295; Narbay ve Kesici (n 4) 129; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016) 170; Narbay (n 3) 62; Hans Caspar von der Crone, Andreas Gersbach, Franz J. Kessler, Brigitte von der Crone ve Karin Ingber, *Das Fusionsgesetz* (2. Baskı, Schulthess Verlag 2017) 545; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 500; Urs Hoffmann-Nowotny, 'Art. 105-108 FusG', Marc Amstutz ve Yeşim M Atamer (ed.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG* (Schulthess Verlag 2023) 445.

10 RG, 27.01.2013, S. 28541.

11 Yüksel (n 7) 410; Erdem (n 8) 127; İpekel Kayalı (n 3) 296-297; Narbay ve Kesici (n 4) 130; Kendigelen (n 9) 170; Narbay (n 3) 66; Kemalettin Ahmet Aksoy, '6102 sayılı TTK'ya göre Anonim Şirket Birleşme Kararlarının İptali' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2018) 140. Karşıt görüşte olan *Tekinalp*'a göre ise TTK m. 155 ve 156'da düzenlenen kolaylaştırılmış birleşme kapsamında birleşme sözleşmesinin genel kurula sunulmadığı durumlarda bir "birleşme kararından" bahsedilemeyeceği için TTSG'ye ilan da söz konusu olmaz. Zira TTK m. 154'te "birleşme kararı"nın TTSG'de ilan edileceğinden bahsedilmektedir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 409. Aynı yönde bkz. Çağlar Doğu Aras, *Sermaye Şirketlerinde Tür Değiştirme* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 169; Şener (n 8) 166.

12 Madde metninde geçen "*giderilemiyorsa veya giderilememişse*" ibaresi, "giderilemiyorsa veya giderilmemişse" şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. İpekel Kayalı (n 3) 300-301; Sarıkaya (n 3) 248.

13 Narbay ve Kesici (n 4) 132; Narbay (n 3) 74-75; Şener (n 8) 168.

14 Narbay ve Kesici (n 4) 132; Narbay (n 3) 74-75. Kuralın süre verilmesi olduğu, ancak süre verilmesinin faydasız olacağının anlaşılması gibi istisnai hâllerde mahkemenin süre vermeksizin iptal kararı verebileceği görüşü için bkz. Sarıkaya (n 3) 244. Benzer yönde bkz. Niccolò Gozzi, *Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz* (Dike Verlag 2009) 284.

15 Gozzi (n 14) 284; Erdem (n 8) 128; İpekel Kayalı (n 3) 298; Narbay ve Kesici (n 4) 131; Narbay

II. GENEL İPTAL DAVASI İLE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERİN İPTALİ DAVASI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

TTK m. 192'de yer alan yapısal değişikliklerin iptali davası ile anonim ve limited şirketler için TTK m. 445 ve 446'da[16] düzenlenen genel iptal davası[17] arasında birtakım önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bahsi geçen düzenlemeler arasındaki ilişkinin ortaya konulmasından önce bu farklılıklara eğilmek faydalı olacaktır.

A. Konu

Her iki dava türünde de kural olarak şirket genel kurulu tarafından alınan bir kararın iptali talep edilmektedir. İlgili davalar arasındaki fark, iptali istenen genel kurul kararının içeriğine ilişkindir. TTK m. 192'de düzenlenen iptal davasında yalnızca birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının iptali talep edilebilir.[18] Buna karşın TTK m. 445'te yer alan genel nitelikteki iptal davası açısından bu şekilde bir sınırlama söz konusu değildir. Dolayısıyla TTK m. 445 kapsamında genel iptal davası, içeriğinden bağımsız şekilde her türlü genel kurul kararı için açılabilmektedir.

İfade edilen hususla ilgili bir diğer farklılık ise öngörülen iptal sebepleridir. TTK m. 192'de iptali istenen genel kurul kararının TTK'nın yapısal değişikliklere ilişkin düzenlemelerine (TTK m. 134-190) aykırı olmasından bahsedilmektedir. TTK m. 445'te ise iptal sebebi olarak "*kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına*" aykırılık gösterilmiştir. Dolayısıyla TTK m. 192'de belirlenen iptal sebebinin TTK m. 445'tekine kıyasla dar kapsamlı olduğu söylenebilir.

B. Taraflar

TTK m. 192'de öngörülen iptal davası ile TTK m. 445 ve 446'da düzenlenen dava arasındaki en önemli farklılıklardan bir diğeri de davacı sıfatının kime ait olacağı sorusu ile ilintilidir. TTK m. 192'de birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararının iptalinin yalnızca ilgili işleme katılan şirketlerin ortakları tarafından istenebileceği ifade edilmiştir. Genel nitelikteki iptal davasında ise ortaklar yanında yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyelerinin de davacı olmasına imkân tanınmıştır.

Her iki dava türünde de genel kurul toplantısına katılan ortakların iptal davası açabilmeleri için yerine getirmeleri gereken birtakım şartlar öngörülmüştür. TTK m. 192'de yapısal değişiklik kararına olumlu oy vermemiş ve bu durumu tutanağa

---

(n 3) 70; Alexander Vogel, Christoph Heiz, Urs R. Behnisch, Andrea Sieber ve Andrea Opel, *FusG Kommentar* (3. Baskı, Orell Füssli Verlag 2017) 679; Sarıkaya (n 3) 236. Benzer yönde bkz. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (4. Baskı, Schulthess Verlag 2009) 430; Tekinalp (n 11) 410.

16 TTK m. 445 ve 446 esasen anonim şirketler için getirilmiş düzenlemelerdir. Ancak TTK m. 622'nin açık hükmü nedeniyle bahsi geçen maddeler, limited şirketler için de uygulanma kabiliyetini haizdir.

17 Anlatımı basitleştirmek adına TTK m. 445 ve 446'da düzenlenmiş bulunan iptal davası, çalışmada "genel" veya "genel nitelikteki" iptal davası şeklinde ifade edilmiştir.

18 Gozzi (n 14) 277.

geçirmiş olan ortakların dava açabileceği belirtilmiştir. TTK m. 446'ya göre ise genel nitelikteki iptal davasını ilgili kararın alındığı genel kurul toplantısında hazır bulunan ve iptalini talep ettikleri karar için olumsuz oy kullanarak bu muhalefetini tutanağa geçirten ortaklar açabilecektir. Kullanılan ifadelerin farklılığına ("*olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş*" ve "*olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçirten*") rağmen her iki maddenin de aynı hususa işaret ettiğini, başka bir ifadeyle yapısal değişikliklerin iptali davasının ilgili karara olumsuz oy veren ve bu hususu tutanağa geçirten ortaklar tarafından açılabileceğini söylemek mümkündür.[19] Zira TTK m. 446'da öngörülen esasın terk edilerek birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararları özelinde çekimser oy kullanan ortaklara da dava açma hakkı tanınmasını haklı kılacak herhangi bir sebep bulunmamaktadır.[20]

Buna karşın genel kurul toplantısına katılmamış olan ortaklar konusunda durum farklıdır. Çünkü TTK m. 446/1-b'dekine benzer bir düzenleme, yapısal değişikliklerin iptali için öngörülmemiştir. İlgili bende göre toplantıda hazır bulunup bulunmamasından veya kullandığı oydan bağımsız olarak her ortak genel kurul çağrısının usulüne uygun yapılmadığı, gündemin gerektiği şekilde ilan edilmediği, genel kurula katılma yetkisini haiz olmayan kişilerin veya bunların temsilcilerinin genel kurul toplantısına katılıp oy kullandığı, kendisinin genel kurul toplantısına katılmasına veya toplantıda oy kullanmasına izin verilmediği iddiası ile iptal davası açabilir. Ancak yine aynı bende göre ilgili aykırılığın iptali istenen kararın alınmasında etkili olması (etki şartı), iptal davasının açılabilmesi için zorunludur. Bahsi geçen husus veya bir benzeri olgu, TTK m. 192'deki dava için öngörülmediğinden yapısal değişikliklerin iptali davasını yalnızca birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının alındığı genel kurul toplantısına katılan, mezkûr karara karşı oy kullanan ve bu hususu tutanağa geçirten ortaklar açabilecektir.[21]

Genel nitelikteki iptal davasında davalı, ilgili anonim veya limited şirkettir. Yapısal değişikliklerin iptali davasında ise işlemin türüne göre davalı sıfatını belirlemek gerekmektedir. Gerek devralma gerekse de yeni kuruluş şeklinde olsun birleşmede davalı sıfatı, bünyesinde birleşilen şirkete ait olacaktır.[22] Tam bölünmede devralan

---

19 Erdem (n 8) 126; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 271; Pulaşlı (n 4) 410.

20 Erdem (n 8) 126. Çekimser oy kullananların da ilgili davayı açabileceği yönünde bkz. Gozzi (n 14) 283; Narbay ve Kesici (n 4) 116; Narbay (n 3) 30; Aras (n 11) 166; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 500.

21 TTK m. 446/1-b'nin TTK m. 192'de öngörülen yapısal değişikliklerin iptali davasında uygulanamayacağı görüşü için bkz. İpekel Kayalı (n 3) 291; Narbay (n 3) 102; Tekinalp (n 11) 407. Aksi görüş için bkz. Aksoy (n 11) 122; Moroğlu (n 19) 280. Türk hukukunun aksine FusG m. 106'da "tutanağa geçirme" şartının aranmaması ve yalnızca olumlu oy vermemiş olma hâlinden bahsedildiği için doktrinde ilgili genel kurula katılmayan ortakların da yapısal değişikliklerin iptali davası açabileceği belirtilmiştir. Bkz. Gozzi (n 14) 283.

22 Gozzi (n 14) 284; Yüksel (n 7) 406; Erdem (n 8) 127; İpekel Kayalı (n 3) 292; Narbay ve Kesici (n 4) 121; Narbay (n 3) 42.

şirket veya şirketler; kısmi bölünmede devreden ve devralan şirket açılacak iptal davasında davalı gösterilecektir.[23] Tür değiştirmede ise mezkûr işlemi gerçekleştiren şirkete karşı iptal davası açılacaktır.[24]

C. Süre

Yapısal değişiklik kararlarının iptali davası ile genel nitelikteki iptal davası arasındaki önemli farklılıklardan bir diğeri de dava açma süresine ilişkindir. TTK m. 192/1'e göre birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının TTSG'de ilan edilmesinden itibaren iki aylık süre içerisinde ilgili genel kurul kararının iptali talep edilebilir. Buna karşın genel nitelikteki iptal davası için söz konusu süre, genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren üç ay şeklinde belirlenmiştir.

Yapısal değişiklik kararlarının iptali davasında neden bu şekilde bir farklılaşmaya gidildiğini anlamak oldukça güçtür. Zira Türk hukukunun aksine mehaz İsviçre hukukunda her iki dava için de iki aylık süre öngörülmüştür (*Obligationenrecht* [OR] m. 706a ve FusG m. 106/1).[25] Bahsi geçen farklılığın bir yanlışlık sonucu olduğu doktrinde ifade edilmektedir.[26] İlgili maddenin gerekçesinde konu hakkında herhangi bir açıklama veya yaratılan farklılığı haklı kılacak bir sebebin mevcut bulunmaması mezkûr görüşün yerindeliğine işaret etmektedir.

D. Diğer Farklılıklar

TTK m. 192/3'te yapısal değişikliğe ilişkin bir eksikliğin söz konusu olması hâlinde mahkemenin taraflara süre vereceği; ilgili süre zarfında eksikliğin giderilmemesi veya giderilememesi durumunda ancak mahkemenin yapısal değişiklik kararının iptaline hükmedebileceği belirtilmiştir. TTK m. 445 ve 446'da böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu durum, yapısal değişiklik kararının iptalinin bir *ultima ratio* olması ile ilintilidir. Nitelikleri itibariyle birleşme, bölünme ve tür değiştirme ilişkili oldukları şirketler açısından oldukça önemli sonuçlar doğuran işlemlerdir. Mezkûr işlemlerin tersine çevrilmesi birçok zorluğu da beraberinde getirmektedir. Bu durum dikkate alındığında TTK m. 445 ve 446'da bulunmayan söz konusu düzenlemenin getiriliş amacı daha iyi

---

23 Gozzi (n 14) 284; Erdem (n 8) 127; Narbay ve Kesici (n 4) 122; Narbay (n 3) 44; Vogel, Heiz, Behnisch, Sieber ve Opel (n 15) 676; Aras (n 11) 168.

24 Narbay ve Kesici (n 4) 122; Narbay (n 3) 44; Aras (n 11) 167; Tekinalp (n 11) 409.

25 Dava açma süresinin başlangıcı konusunda Türk hukukunda olan farklılık İsviçre hukukunda da caridir. OR m. 706a/1'de sürenin başlangıcı genel kurul toplantısı olarak belirlenmiş iken FusG m. 106/1'de kural olarak İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi'nde (*Schweizerischen Handelsamtsblatt*) yapılacak ilan ile birlikte iki aylık sürenin başlayacağı ifade edilmiştir.

26 Kendigelen (n 9) 170-171; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 279 dn. 670; Aksoy (n 11) 139-140; Moroğlu (n 19) 297. Doktrindeki baskın görüşün bu olduğu yönünde bkz. Narbay ve Kesici (n 4) 128; Narbay (n 3) 61. TTK m. 192'de öngörülen iki aylık sürenin TTK m. 445 ile uyumsuz olduğu görüşü için bkz. Bozkurt (n 7) 689; Bahtiyar (n 7) 181 dn. 372.

anlaşılmaktadır.[27]

TTK m. 192'de ayrıca yapısal değişiklik kararı hakkında iptal kararını veren mahkemenin buna ilişkin gereken önlemleri de alacağı belirtilmiştir. Genel nitelikteki iptal davasında bulunmayan söz konusu düzenlemenin getiriliş amacı da yapısal değişiklik işlemlerinin geri alınmasındaki zorluktur.[28] Doktrinde de ifade edildiği üzere kanun koyucu burada işlem güvenliği ve işleme katılan şirketlerle ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişilerin korunması amacıyla iptal kararı veren mahkemeye gereken önlemlerin alınmasını ödev olarak yüklemiştir.[29]

III. GENEL İPTAL DAVASI İLE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERİN İPTALİ DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ KONUSUNDA DOKTRİNDE İFADE EDİLEN GÖRÜŞLER

TTK m. 192 ile TTK m. 445 ve 446 arasındaki ilişki hakkında doktrinde ikili bir ayrımın yapıldığı söylenebilir. Öncelikle TTK m. 192'nin TTK m. 445 ve 446'ya nazaran *lex specialis* (özel hüküm) olduğu görüşü doktrinde hâkimdir.[30] Bahsi geçen düzenlemelerde gerek iptale konu olabilecek kararların gerekse de iptal sebebi sayılabilecek hâllerin kapsamı düşünüldüğünde ifade edilen görüşün yerindeliği rahatlıkla anlaşılmaktadır.

Konunun diğer veçhesini ise genel nitelikteki iptal davasının yapısal değişikliklerin iptali davası yerine ikame edilip edilemeyeceği sorusu oluşturmaktadır. TTK m. 192'nin kapsamına giren hâllerde ilgili ortakların TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açabilme imkânlarının da ayrıca mevcut olduğunu ifade eden görüşler doktrinde ileri sürülmektedir.[31] Başka bir şekilde ifade etmek gerekir ise ilgili görüş sahiplerine göre TTK m. 192, genel nitelikteki iptal davasının açılmasına engel değildir; ilgili ortak yapısal değişikliklerin iptali davası yerine TTK m. 445 ve 446'da sayılan şartların mevcut bulunması hâlinde genel nitelikteki iptal davasını açma yolunu da seçebilir. Mezkûr görüşe karşı TTK m. 192'nin kapsamına giren hâllerde TTK m. 445 ve 446 uyarınca dava açılamayacağı yönünde de görüşler doktrinde dile getirilmiştir.[32]

Şirket genel kurulunda alınan birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının TTK m. 134 ilâ 190 haricinde bir kanuni düzenlemeye ya da ilgili şirketlerin esas

---

27 Sarıkaya (n 3) 208.

28 Erdem (n 8) 129; Narbay ve Kesici (n 4) 135; Narbay (n 3) 83; Tekinalp (n 11) 410.

29 Narbay ve Kesici (n 4) 136; Narbay (n 3) 83-84; Tekinalp (n 11) 410.

30 Gozzi (n 14) 277; Erdem (n 8) 125; İpekel Kayalı (n 3) 304-305; Narbay ve Kesici (n 4) 113; Narbay (n 3) 19; Vogel, Heiz, Behnisch, Sieber ve Opel (n 15) 678; Aksoy (n 11) 183; Aras (n 11) 164; Tekinalp (n 11) 408; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 499; Hoffmann-Nowotny (n 9) 443.

31 Erdem (n 8) 125; Aras (n 11) 170; Sarıkaya (n 3) 213-214; Tekinalp (n 11) 408; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 499; Hoffmann-Nowotny (n 9) 443.

32 Narbay ve Kesici (n 4) 113-114; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 26) 278; Narbay (n 3) 20; Aksoy (n 11) 186-187.

sözleşmelerinde yer alan şartlara[33] aykırılık teşkil etmesi hâlinde yalnızca genel nitelikteki iptal davasının açılabileceği genel olarak kabul görmektedir.[34] Aynı şekilde TTK m. 134 ilâ 190 düzenlemeleri ile birlikte diğer kanuni düzenlemelere veya esas sözleşme hükümlerine aykırılığın söz konusu olması durumunda ise TTK m. 192'de yer alan iptal davasının değil, genel nitelikteki iptal davasının açılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.[35]

IV. DEĞERLENDİRME

Konuya ilişkin değerlendirmenin *de lege lata* ve *de lege ferenda* ayrımına gidilerek yapılmasında fayda bulunmaktadır.

A. Olan Hukuk Açısından

De lege lata bakımından konunun aydınlatılabilmesi için TTK m. 192'nin uygulanması konusunda ilgili hükmün *lex specialis* niteliği üzerinde durmak gerekmektedir. Aynı hususu düzenleyen mevzuat hükümleri arasında ortaya çıkabilecek çatışma hâllerinin çözümü için kullanılan üç yorum ilkesinden[36] birisi olan *lex specialis derogat legi generali* (özel kanun, genel kanunları ilga eder) ya da kısaca *lex specialis* ilkesi, normlar hiyerarşisi bakımından aynı seviyede olan ve aynı tarihte yürürlüğe girmiş bulunan iki farklı düzenlemeden özel hüküm niteliğini taşıyanının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.[37]

Yukarıda da ifade edildiği üzere TTK m. 192'nin m. 445 ve 446'ya nazaran *lex specialis* nitelikte olduğu doktrin tarafından kabul edilmektedir.[38] Bir düzenlemenin *lex specialis* olarak nitelendirilmesinin doğal sonucu, genel nitelikteki düzenlemenin uygulanmasından özel hüküm lehine vazgeçilmesidir. Bir düzenlemenin *lex specialis*

---

33 Çalışmada TTK m. 445'in ifadesine sadık kalarak "dürüstlük kuralına aykırılığın" ayrıca ifade edilmemesinin sebebi, dürüstlük kuralının Türk Medeni Kanunu [TMK] m. 2'de zaten bir kanun hükmü olarak düzenlenmiş bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle TTK m. 445 bağlamında kanun hükümlerine aykırılık ifadesi, dürüstlük kuralına aykırılığı da bünyesinde ihtiva etmektedir. Bu sebeple konuya ilişkin açıklamalarda ayrıca "dürüstlük kuralına aykırılık"tan bahsedilmemiştir.

34 Gozzi (n 14) 278; İpekel Kayalı (n 3) 294; Narbay ve Kesici (n 4) 127; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 26) 278; Narbay (n 3) 20; Vogel, Heiz, Behnisch, Sieber ve Opel (n 15) 541; von der Crone, Gersbach, Kessler, von der Crone ve Ingber (n 9) 541; Aksoy (n 11) 187; Aras (n 11) 165; Sarıkaya (n 3) 213 ve 229; Tekinalp (n 11) 408.

35 İpekel Kayalı (n 3) 305; Narbay ve Kesici (n 4) 127 ve 142; Narbay (n 3) 101; Tekinalp (n 11) 409. Aksi yönde bkz. Hoffmann-Nowotny (n 9) 444. TTK m. 192 uyarınca açılacak iptal davasında birleşmeye ilişkin düzenlemeler haricinde kalan kanun hükümlerine veya esas sözleşme şartlarına aykırılıkların da dikkate alınabileceği şeklinde aksi görüş için bkz. Sarıkaya (n 3) 213. Böyle bir durumda her iki davanın da açılabileceği görüşü için bkz. Gozzi (n 14) 278; Aksoy (n 11) 190.

36 Diğer ikisi ise "*lex superior derogat legi inferiori*" (üst kanun, alt kanunları ilga eder) ve "*lex posterior derogat legi priori*" (sonraki kanun, önceki kanunları ilga eder) ilkeleridir. Bkz. Kemal Gözler, 'Yorum İlkeleri' (Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Toplantısı, Ankara, Eylül 2012) 97-100.

37 Gözler (n 36) 100.

38 Bkz. Başlık III.

olarak nitelendirilmesinin alameti farikası da budur. Aksi durum, yani özel hükmün yanında genel hükmün de uygulanabileceğini söylemek bu anlamda bahsi geçen düzenlemenin *lex specialis* olarak nitelendirilmesini anlamsız hâle getirmektedir.

İfade edilen mantık takip edildiğinde "TTK m. 192, TTK m. 445 ve 446 karşısında *lex specialis*'tir" görüşünün kabulü, TTK m. 192'nin kapsamına giren hâllerde TTK m. 445 ve 446'nın uygulanmamasını gerektirmektedir. Bu sebeple kanaatimizce TTK m. 134 ilâ 190'a aykırılık iddiası ile bir yapısal değişiklik kararının iptali yalnızca TTK m. 192 çerçevesinde talep edilebilir; başka bir ifade ile TTK m. 192, ortakların TTK m. 445 ve 446 uyarınca ilgili birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararı aleyhine iptal davası açmalarına engeldir.[39]

Lex specialis olması haricinde TTK m. 192'nin genel nitelikteki iptal davasının açılmasına engel oluşturmasını haklı kılacak bir diğer olgu da düzenlemenin mevcudiyetidir. Yapısal değişiklik kararı aleyhine hem TTK m. 192 hem de TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açılabileceğini söylemek, dava açma süresinin daha kısa tutulduğu TTK m. 192'yi büyük ölçüde anlamsız hâle getirecektir.[40] Mevzubahis maddelerde dava açma süresinin başlangıcının farklı şekilde düzenlenmesi de mezkûr durumu değiştirmemektedir. Zira TTK m. 30/1 dikkate alındığında genel nitelikteki iptal davası, TTK m. 192'ye nazaran asgari on beş günlük fazladan dava açma süresi sağlamaktadır. Bu sebeple de TTK m. 192'nin TTK m. 445 ve 446'nın uygulanmasına engel teşkil edeceği söylenebilir.

İleri sürülen mezkûr görüş çerçevesinde TTK m. 192'nin ne şekilde uygulanacağı, şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle yapısal değişiklik kararının yönetim organı tarafından alındığı hâllerde ortaklar, ancak TTK m. 192 uyarınca ilgili karara karşı iptal davası açabilecektir. Zira bahsi geçen husus, TTK m. 192/2'de açıkça düzenlenmiştir. Kararın genel kurul tarafından alındığı durumda ise TTK m. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın bulunup bulunmadığına göre bir ayrıma gidilecektir. Bu çerçevede dava konusu birleşme, bölünme veya yapısal değişiklik sürecinde yalnızca TTK m. 134 ilâ 190 düzenlemelerine aykırılığın mevcut olduğu söylenebiliyorsa ortaklar, TTK m. 192 uyarınca kararın TTSG'de ilan edildiği tarihten itibaren iki ay içerisinde iptal davası açabilecektir. Elbette ortakların süresi içinde TTK m. 192 kapsamında dava açabilmeleri için ilgili karara olumsuz oy vermeleri ve bu hususu tutanağa geçirtmeleri de şarttır. Buna karşın mezkûr sürenin kaçırılması hâlinde ortakların TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açmaları söz konusu olmayacaktır.

---

39 "*TTK m. 445'te sözü geçen kanuna aykırılığın kapsamına, 134-190. maddeler dâhil değildir. O hâlde genel kurulun sırf 134-190. maddelere aykırı kararları için TTK m. 192 uygulanacaktır*". Bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 26) 278. Aynı yönde bkz. Narbay ve Kesici (n 4) 113-114; Narbay (n 3) 20; Aksoy (n 11) 186-187. Aksi görüş için bkz. Erdem (n 8) 125; Aras (n 11) 170; Sarıkaya (n 3) 213-214; Tekinalp (n 11) 408; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 499; Hoffmann-Nowotny (n 9) 443.

40 Aynı yönde bkz. Aksoy (n 11) 188.

Yapısal değişiklik kararının alınmasında TTK m. 134 ilâ 190 hükümlerinin ihlali yanında diğer kanun hükümlerine ya da ilgili şirketlerin esas sözleşme şartlarına aykırılığın ayrıca mevcut olması hâlinde TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açılabilecektir.[41] Çünkü madde metninden de rahatlıkla anlaşılabileceği üzere TTK m. 192, uygulama alanını TTK m. 134 ilâ 190 düzenlemelerine aykırılık ile sınırlandırmıştır.[42] Yine aynı sebeple birleşme, devralma veya tür değiştirme sürecinde TTK m. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın söz konusu olmaması, buna karşılık yapısal değişiklik kararının alınmasında mevzubahis düzenlemeler haricinde kalan kanun hükümlerine veya ilgili şirketlerin esas sözleşme şartlarına aykırılığın mevcut olması durumda da yalnızca genel nitelikteki iptal davası açılabilecektir.[43]

Bunlar dışında kararın alındığı toplantıya katılmamış olan ortaklar (TTK m. 446/1-b'de öngörülen hususların gerçekleşmiş olması şartı ile) ancak TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açma imkânına sahiptir.[44] Aynı şekilde yönetim kurulu üyelerinin de yalnızca genel nitelikteki iptal davasını açabilecekleri söylenebilir. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerindeki rolü düşünüldüğünde bir organ olarak yönetim kurulunun alınan yapısal değişiklik kararı aleyhine iptal davası açmayacağı açıktır. Kaldı ki "çelişkili davranma yasağı" da organ olarak yönetim kurulunun dava açmasına engeldir.

B. Olması Gereken Hukuk Açısından

De lege lata hakkında yapılan açıklamalar, TTK m. 192'nin sebebiyet verdiği karışık durumu ortaya koymaktadır. Bu sebeple konuya ilişkin *de lege ferenda* bağlamında birtakım öneriler sunulması yerinde olacaktır.

Bu çerçevede öncelikle TTK m. 192'nin ilgası bir öneri olarak ileri sürülebilir.[45] Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin kendilerine has özellikleri sebebiyle birtakım hususlarda farklılık yaratılması arzu ediliyorsa, özel bir dava ihdas etmek yerine yapısal değişiklik kararları özelinde uygulanacak istisnaları öngören bir düzenleme, TTK m. 192'nin yerine ikame edilebilir. Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinin aksine Alman hukukunda benimsenen usul bu şekildedir. Gerçekten de Alman Yapısal Değişiklik Kanunu (*Umwandlungsgesetz* [UmwG]) § 14'te birleşme, § 195'te tür değiştirme kararının geçerliliğine karşı açılacak davalarda genel hükümlerden ayrılan hususlara işaret edilmekle yetinilmiş, konu hakkında müstakil bir dava ihdas edilmemiştir.[46]

---

41 İpekel Kayalı (n 3) 305; Narbay ve Kesici (n 4) 127 ve 142; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 26) 278; Narbay (n 3) 101.

42 Aynı yönde bkz. İpekel Kayalı (n 3) 305.

43 Gozzi (n 14) 278; İpekel Kayalı (n 3) 294; Narbay ve Kesici (n 4) 127; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 26) 278; Narbay (n 3) 20; Vogel, Heiz, Behnisch, Sieber ve Opel (n 15) 541; Aksoy (n 11) 187; Aras (n 11) 165; Sarıkaya (n 3) 213 ve 229; Tekinalp (n 11) 408-409.

44 İpekel Kayalı (n 3) 291; Narbay ve Kesici (n 4) 119.

45 Aksi yönde bkz. Narbay ve Kesici (n 4) 108; Narbay (n 3) 6-7.

46 Örnek olarak ifade etmek gerekirse UmwG § 14/1'de birleşme kararının geçerliliğine ilişkin da-

Mezkûr öneri, farklı açılardan eleştiriye açıktır. Öncelikle kollektif ve adi komandit şirketler için TTK m. 445 ve 446'ya benzer şirket türüne özel bir iptal davası öngörülmemiştir.[47] Bu sebeple TTK m. 192'nin kollektif ve adi komandit şirket ortaklarını hukuka aykırı yapısal değişikliklere karşı koruma amacına matuf olduğu doktrinde ifade edilmiştir.[48] Ülkemizde bahsi geçen şirket türlerinin yaygın olmadığı malumdur.[49] Ancak bu durum, ilgili şirket ortaklarının hukuka aykırı birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri karşısında iptal davası açma imkânından mahrum bırakılmalarını haklı çıkartmamaktadır. Bu sebeple şirket türlerinden bağımsız şekilde yapısal değişiklik kararlarının iptalini mümkün kılan TTK m. 192'ye ihtiyaç olduğu söylenebilir.

TTK m. 192'nin varlığını haklı kılan bir diğer husus da mevzubahis maddenin ikinci fıkrasının yönetim organı tarafından alınan birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarına karşı iptal davası açma imkânı öngörmesidir.[50] Zira anonim şirketlerde yönetim kurulunun, limited şirketlerde ise müdür veya müdürlerin almış oldukları kararların iptali için genel nitelikte bir dava öngörülmemiştir.[51] Mezkûr şirket türlerinde yönetim organı tarafından alınacak yapısal değişiklik kararlarına karşı ortakların korunması için TTK m. 192'nin varlığı zorunluluk arz etmektedir.

Sayılan sebepler birleşme, bölünme ve tür değiştirme için özel bir iptal davasının gerekliliği göstermektedir. Ancak bu gereklilik TTK m. 192'nin bünyesinde birtakım sorunlar barındırdığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu bağlamda akla gelen ilk husus, TTK m. 192'nin kapsamıdır. Madde metninde geçen "*134 ilâ 190 ıncı maddelerin ihlali hâlinde*" ibaresi, mezkûr düzenlemenin (tahmini) getiriliş amacıyla uyumsuzdur. Gerek TTK m. 192'nin gerekse de mehaz FusG m. 106 ve 107'nin gerekçesinde ilgili düzenlemenin neden öngörüldüğüne dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır.[52] Kanaatimizce ilgili sorunun cevabı, yapısal değişikliklerin iptali davasının *ultima ratio* niteliğinde yatmaktadır. Zira birleşme, bölün-

---

vaların karar tarihinden itibaren bir ay içerisinde açılacağı; UmwG § 14/2'de ise yine birleşme kararının geçerliliğine ilişkin davaların değişim oranının uygun olmadığı veya devralan şirkette sağlanan ortaklık haklarının devredilen şirketteki pay ya da ortaklık haklarına eş değer olmadığı gerekçesine dayandırılamayacağı düzenlenmiştir.

47 Kooperatifler için Kooperatif Kanunu m. 53'te genel kurul kararlarının iptali için bir dava öngörülmüştür. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için ise TTK m. 565/2 uyarınca TTK m. 445 ve 446 uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Sarıkaya (n 3) 207.

48 Narbay ve Kesici (n 4) 109; Narbay (n 3) 8-9; Sarıkaya (n 3) 207; Tekinalp (n 11) 407.

49 Ticaret Bakanlığının Eylül 2024 verilerine göre ülkemizdeki toplam 1.570.149 aktif şirketten yalnızca %0,71'i (11.127) kollektif, %0,13'ü (1.993) komandit şirkettir. Yayımlanan tabloda adi ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ayrımı yapılmamıştır. Bkz. Ticaret Bakanlığı, 'Şirket Bilgileri – MERSİS Verileri' <https://bit.ly/49y7v9v> Erişim Tarihi: 25.10.2024.

50 Narbay ve Kesici (n 4) 109; Narbay (n 3) 9; Sarıkaya (n 3) 207-208; Tekinalp (n 11) 407.

51 Anonim şirket için bkz. Bahar Sayın (n 7) 243.

52 FusG m. 106 ve 107'nin gerekçesi, m. 105 ve 106'da yer almaktadır. FusG'nin gerekçesi için bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga /2000/921/de> Erişim Tarihi: 24.09.2024.

me ve tür değiştirme işlemlerinin iptalinin diğer genel kurul kararlarının iptalinden en temel farkı, söz konusu işlemlerin etkilerinin geri alınmasındaki zorluktur. Yapısal değişiklik kararının birleşme, bölünme ve tür değiştirme için öngörülen düzenlemeler haricinde diğer kanun maddeleri veya işleme katılan şirketlerin esas sözleşmelerine aykırılık arz etmesi, bahsi geçen zorluğu ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple TTK m. 192'nin uygulama alanını "*134 ilâ 190 ıncı maddelerin ihlali*" ile sınırlamanın yerinde olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Zira TTK m. 134 ilâ 190'a aykırılık sebebiyle iptali istenen bir yapısal değişiklik kararının etkilerinin geri alınması ile TTK'nın diğer maddeleri veya işleme katılan şirketlerin esas sözleşmelerine aykırılık nedeniyle iptali istenen bir yapısal değişiklik kararının geri alınmasının zorluğu aynıdır.

Aynı sonuca hem genel iptal hem de yapısal değişikliklerin iptali davasında uygulanacak olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu [HMK] m. 33'ten ulaşmak da mümkündür. Söz konusu maddede dayanağını bulan "*iura novit curia*" ilkesi uyarınca hâkim, tarafların ileri sürmüş oldukları hukuki gerekçelerle bağlı değildir.[53] Mezkûr ilke uyarınca yapısal değişiklik kararının iptalini konu edinen bir davada mahkeme, davacının iptal istemini TTK m. 134 ilâ 190 arasında yer alan düzenlemelerin ihlâline ya da diğer kanuni düzenlemelere veyahut ilgili şirketin esas sözleşme şartlarına aykırılığa dayandırması ile kural olarak bağlı değildir. TTK m. 192 ile TTK m. 445 ve 446 arasında dava açma süresi ve bu sürenin başlangıcı bakımından farklılık bulunmasaydı HMK m. 33'te öngörülen ilkenin herhangi bir sorun yaratmayacağı söylenebilirdi. Ancak ifade edilen farklılık mevcuttur ve bu durum HMK m. 33'ün varlığı karşısında sorunlu bir durum arz etmektedir. HMK m. 33 ile TTK m. 192'nin mevcut hâli karşısında mahkeme, öncelikle dava konusu genel kurul kararının ilgili şirket esas sözleşmesine aykırı olup olmadığını inceleyecek; esas sözleşmeye uygun olması hâlinde herhangi bir kanuni düzenlemeye aykırılığı konusunda inceleme yapacaktır.[54] Yapılan inceleme sonucunda mahkeme, genel kurul kararının esas sözleşme şartlarına veya TTK m. 134 ilâ 190 haricinde başka bir kanuni düzenlemeye aykırı olduğu kanaatine varırsa davanın karar tarihinden itibaren üç ay içinde; TTK m. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın mevcut olduğuna kanaat getirir ise ilan tarihinden itibaren iki ay içerisinde açılıp açılmadığı sorununu ele alacaktır. Her iki maddede de öngörülen sürelerin hak düşürücü nitelikte olması sebebiyle mahkemenin ifade edilen hususu re'sen ele alması gerektiğini ayrıca belirtmek gerekmektedir.

Bahsi geçen bu karışık durumun ortaya çıkmasını engellemek için TTK m. 192'nin uygulama kapsamını "*134 ilâ 190 ıncı maddelerin ihlali*" yerine, sebebinden bağımsız olarak yapısal değişiklik kararlarının iptali şeklinde belirlemek çok

---

53 Cenk Akil, 'Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi' (2008) 57(3) AÜHFD 1, 4.

54 Esas sözleşme şartlarının öncelikle değerlendirilmesinin sebebi, burada bir aykırılığın belirlenmesi hâlinde açılacak davanın türünün belirlenmesi için ayrıca hangi kanun maddelerinin ihlal edildiğinin tespitinin gerekmemesidir.

daha yerinde olacaktır.[55] Böylece tarafların bağlayıcı olmayan hukuki nitelendirmelerinden azade, öngörülebilir ve basit bir iptal davası sürecinin tesisi sağlanmış olacaktır. Bu durum ayrıca TTK m. 192/3'ün yapısal değişiklik kararlarının iptalinin istendiği tüm davalarda uygulanmasını sağlayarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin -kanun koyucunun arzu ettiği şekilde- hem olabildiğince ayakta tutulmasını hem de verilecek iptal kararı sonrası ortaya çıkabilecek sorunlara karşı mahkemenin önlem alabilmesine imkân sağlayacaktır.

SONUÇ

Kanun koyucu birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde şirket ortaklarının menfaatlerinin korunması amacıyla ilgili yapısal değişiklik kararlarının açılacak bir dava ile iptal edilebilmesi imkânını TTK m. 192'de öngörmüştür. Söz konusu maddeye göre şirket genel kurulunca veya istisnai hâllerde yönetim organı tarafından alınan birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının TTK m. 134 ilâ 190'a aykırılık arz etmesi durumunda işleme katılan şirketin ortakları, alınan kararın iptalini mahkemeden talep edebilecektir. Mezkûr iptal davasının açılabilmesi için ilgili ortağın dava konusu yapısal değişiklik kararına olumlu oy vermemiş ve bu durumu tutanağa geçirmiş olması şarttır. Yine aynı düzenlemeye göre bahsi geçen dava, yapısal değişiklik kararının TTSG'de ilanını takip eden iki aylık süre içerisinde açılacaktır.

Mevcut hâli ile TTK m. 192'nin TTK m. 445 ve 446'da anonim ve limited şirketler için öngörülmüş bulunan genel nitelikteki iptal davası karşısındaki durumunun ne olacağı/olması gerektiği, cevaplanması gereken bir sorudur. Özellikle her iki dava açısından dava açma süreleri ile bu sürelerin başlangıcının farklı şekilde düzenlendiği düşünüldüğünde ifade edilen husus daha da çetrefilli bir hâl almaktadır. Bahsi geçen soru hakkında doktrindeki hâkim görüş, TTK m. 192'nin TTK m. 445 ve 446'ya nazaran *lex specialis* nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Buna rağmen TTK m. 192'nin kapsamına giren hâllerde ilgili şirket ortaklarının genel nitelikteki iptal davasını açma haklarının da ayrıca mevcut olduğunu belirten görüşler doktrinde ifade edilmiştir.

İşbu çalışmanın odak noktasını oluşturan TTK m. 192 ile TTK m. 445 ve 446 arasındaki ilişki konusunda ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

De lege lata için TTK m. 192'nin *lex specialis* niteliğini göz önünde bulundurarak bir yorum yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede TTK m. 192'nin kapsamına giren hâllerde ilgili ortakların genel nitelikteki TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açamayacakları kabul edilmelidir. Aksi görüşe üstünlük tanınması hem mezkûr maddenin varlığını hem de bu maddenin *lex specialis* olma niteliğini göz ardı etmek anlamına gelecektir.

[55] Aynı yönde bkz. Gozzi (n 14) 280; Vogel, Heiz, Behnisch, Sieber ve Opel (n 15) 674; Aksoy (n 11) 192.

De lege ferenda bağlamında TTK m. 192'nin ilga edilerek Alman hukukunda olduğu gibi bir yapının oluşturulması akla gelebilirse de gerek anonim ve limited şirket yönetim organları tarafından alınan kararlar için gerekse de kollektif ve komandit şirket ortaklarınca alınan kararların iptalini öngören genel nitelikteki iptal davalarına TTK'da yer verilmemiş olması, yapısal değişiklikler gibi ortakların menfaatlerini önemli derecede etkileyebilecek işlemlerin özel olarak iptal davasına konu edilebilmesini gerekli kılmaktadır. Bu sebeple mevcut durumda TTK m. 192'nin Kanun'da yer alması bir zorunluluktur.

Bu zorunluluğa karşın TTK m. 192'nin mevcut hâlinin, özellikle düzenlemede iptal kararının bir *ultima ratio* şeklinde ele alındığı gerçeği düşünüldüğünde sorunlu bir görünüm arz ettiği rahatlıkla söylenebilir. Bu sebeple *de lege ferenda* bağlamında TTK m. 192'nin kapsamını "*134 ilâ 190 ıncı maddelerin ihlali*" hâli ile sınırlamak yerine, iptal gerekçesinden bağımsız olarak tüm birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının iptali şeklinde belirlemek çok daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akil C, 'Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi' (2008) 57(3) AÜHFD 1-32.

Aksoy KA, '6102 sayılı TTK'ya göre Anonim Şirket Birleşme Kararlarının İptali' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2018).

Aras ÇD, Sermaye Şirketlerinde Tür Değiştirme (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).

Bahar Sayın H, Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (17. Baskı, Beta Basım 2024).

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2000/921/de> Erişim Tarihi: 24.09.2024.

Bozkurt T, Şirketler Hukuku (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).

Böckli P, Schweizer Aktienrecht (4. Baskı, Schulthess Verlag 2009).

Erdem HE, 'Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar' (2013) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-138.

Gozzi N, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz (Dike Verlag 2009).

Gözler K, 'Yorum İlkeleri' (Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Toplantısı, Ankara, Eylül 2012).

Hoffmann-Nowotny U, 'Art. 105-108 FusG', Marc Amstutz ve Yeşim M Atamer (ed.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG* (Schulthess Verlag 2023).

İpekel Kayalı F, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler (Vedat Kitapçılık 2014).

Kendigelen A, Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016).

Kırca İ, Şehirali Çelik FH ve Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016).

Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).

Narbay Ş, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararının İptali ve Eksikliklerin Hukuki Sonuçları (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Narbay Ş ve Kesici B, 'Ticaret Ortaklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2015) 1(2) TFM 107-159.

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2024).

Sarıkaya S, Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması (Vedat Kitapçılık 2019).

Şener OH, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).

Ticaret Bakanlığı, 'Şirket Bilgileri – MERSİS Verileri' <https://bit.ly/49y7v9v> Erişim Tarihi: 25.10.2024.

TTK Gerekçe <https://bit.ly/4hzB4eK> Erişim Tarihi: 23.09.2024.

Vogel A, Heiz C, Behnisch UR, Sieber A ve Opel A, FusG Kommentar (3. Baskı, Orell Füssli Verlag 2017).

von der Crone HC, Gersbach A, Kessler FJ, von der Crone B ve Ingber K, Das Fusionsgesetz (2. Baskı, Schulthess Verlag 2017).

Yüksel SH, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2011).

TAAD Yıl 16 . Sayı 62 . Nisan 2025
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1684031

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA

Inter-Administrative Cooperation in Turkish and German Law

Allı YEŞİLYURT DURAN*

Özet

İdareler kendilerine kanunla verilen görevleri yürütmek zorundadır. Bu görevleri kendi personel, malvarlığı, araç ve gereçleri ile başka bir ifadeyle kendi imkânları ile yürütürler. Ancak bazen görevlerini yürütebilmek için başka bir idarenin yardımına ihtiyaç duyabilirler. Hukukumuzda idareler arası yardımlaşmaya ilişkin olarak genel bir düzenleme bulunmamakta olup ilgili mevzuatta özel düzenlemeler bulunmaktadır. Çalışmada idareler arası yardımlaşma kurumu Türk ve Alman hukukundaki açıklamalar ışığında genel hatları ile ortaya konulduktan sonra Türk hukuku bakımından genel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, idarenin bütünlüğü, kamu hizmetlerinin sunumunda verimlilik, etkinlik ve kamu hizmetlerini devamlılığı ilkesi bağlamında incelenerek mevzuattaki özel düzenlemelere değinilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk açısından ise Alman hukukundaki düzenlemeye yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin görevleri, idareler arası yardımlaşma, idari yardım

Abstract

Administrations must carry out the duties assigned to them by law. They carry out these duties with their own personnel, assets, tools and equipment, in other words, with their own means. However, sometimes they may need the assistance of another administration to carry out their duties. There is no general regulation in our law regarding inter-administrative cooperation, but there are special regulations in certain laws. In this study, after the institution of inter-administrative cooperation is outlined in the light of the explanations in Turkish and German law, since there is no general regulation in terms of Turkish law, the integrity of the administration, efficiency in the provision of public services, effectiveness and continuity of public services are examined in the context of the principle and special regulations in the legislation are mentioned. In terms of comparative law, the regulation in German law is included.

Keywords: Duties of Administration, Inter-Administrative Cooperation, Administrative Assistance

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.01.2025*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025*

* Arş. Gör. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri-Türkiye, alliyesilyurt@erciyes.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-3940-6123

GİRİŞ

Anayasa'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri sayılmıştır. Devlet faaliyetleri konu itibariyle sınırlı olmasa da Anayasa'nın 5. maddesinden yola çıkarak genel olarak devlet idaresinin faaliyetlerini, milli güvenliği koruyan ulusal savunma faaliyetleri, kamu düzenini sağlayan kolluk faaliyetleri, kamu hizmetlerinin sunulması faaliyetleri, özendirme ve destekleme faaliyetleri, iç düzen ve planlama faaliyetleri şeklinde sınıflandırmak mümkündür[1]. İdare hukuku açısından devletin temel amaç ve görevleri ise toplumun gündelik ve ortak gereksinimlerini karşılayarak kamu yararının gerçekleşmesini sağlamaktır[2]. Toplumun gündelik ve ortak ihtiyaçları devletin sunduğu çeşitli kamu hizmetleri aracılığıyla karşılanmaktadır. Kamu hizmetlerinin bazıları merkezden yönetim ilkesine göre örgütlenmiştir. Devlet, üstlendiği kamu hizmetlerini konularına göre bölerek, bu bölümlerden her birini de ayrı bir bakanlık şeklinde örgütlemiştir[3]. Devlet tüzel kişiliği yanında bazı kamu hizmetleri devlet dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmektedir. Bu kamu tüzel kişileri mahalli idareler ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Mahalli idareler il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulurlar[4]. Hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları ise teknik bilgi ve uzmanlık isteyen kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla kurulurlar[5].

İdarelerin yürüttüğü kamu hizmetleri giderek genişleyip artmaktadır. Bu sebeple idareler bazı alanlarda, bunlara tek başına yetişememektedirler. Başka bir idarenin, vatandaşın, özel kuruluşun veya derneğin yardımına ihtiyaç duymaktadır[6].

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde idareler arası yardımlaşma düzenlenmiştir. Anayasa'nın 35. maddesi sadece federal hükümet ve federal eyaletler arasındaki ilişkide karşılıklı yardım yükümlülüğü ilkesini ifade etmekte olup idari yardımın gereklilikleri, kapsamı, içeriği, sınırları, uygulanması ve maliyeti konularındaki düzenlemeleri kanuna bırakmaktadır[7]. Nitekim Almanya'da idari usul kurallarını düzenleyen 25.05.1976 tarihli Alman İdari Usul Kanu-

1 Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri (19. Baskı, Ekin 2017) 24.

2 İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (Alfa 2002) 228.

3 Gözler ve Kaplan (n 1) 73-74; Şükrü Karatepe, İdare Hukuku (1995) 90; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku *Cilt I-Genel Esaslar* (11. Baskı, Turhan 2016) 148; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (18. Baskı, Seçkin 2024) 177-178.

4 Gözler ve Kaplan (n 1) 80-81; Metin Günday, İdare Hukuku (İmaj 2013) 72; Hamza Eroğlu, İdare Hukuku (5. Bası 1985) 140; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, İdare Hukuku (Der 2013) 253; Karatepe (n 3) 94-95; Gözübüyük ve Tan (n 3) 149.

5 Gözler ve Kaplan (n 1) 81; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 183.

6 Nuri Tortop, 'Yerel Kamu Hizmetlerinin Yönetim Biçimleri' (1993) 2 (26) Amme İdaresi Dergisi, 72.

7 Heribert Schmitz ve Lorenz Prell, "VwVfG § 4 Amtshilfepflicht," içinde Paul Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs (eds.) *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* (10. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.3; Harald Hofmann, Jürgen Gerke, Uta Hildebrant ve Christian Olthaus, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (11. Baskı, Kohlhammer 2016) 214

nu'nun (Verwaltungsverfahrensgesetz; VwVfG) 4-8. maddelerinde idari yardım düzenlenmiştir.

Bizim hukukumuzda genel bir idari usul kanunu mevcut değildir. Batılı ülkelerde 1800'lü yılların sonunda başlayan idari usul kanunu çalışmaları bizim hukukumuzda oldukça yenidir[8]. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde idarenin demokratikleşmesi ve şeffaflığın geliştirilmesi amacıyla 59. ve 60. hükümet planlarında genel bir idari usul kanunu hazırlanması öngörülmüştür. Bu amaçla Adalet Bakanlığı'nın oluşturduğu komisyon tarafından 10 Nisan 2003 tarihinde oluşturulan taslak metin "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı" olarak incelenmek üzere 19.11.2003 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir. Sürecin devamında Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir metin hazırlanmıştır. Hazırlanan yeni Genel İdari Usul Kanun Tasarısı, 15.09.2008 tarihinde incelenmek üzere Başbakanlığa gönderilmiştir[9]. "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı"nda Alman İdari Usul Kanunu'ndaki gibi idareler arası yardımlaşmayı konu alan bir madde mevcut değildir. Hukukumuzda kanunlaşmış bir idari usul kanunu bulunmadığı gibi mevzuattaki özel hükümler haricinde idareler arası yardım konusunu düzenleyen genel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle idari yardım kurumu hakkındaki temel bilgiler Alman İdari Usul Kanunu hükümleri ışığında verilmiştir.

I. İDARİ YARDIM KAVRAMI VE AMACI

İdareler arası yardımlaşma başka bir ifadeyle idari yardım, münferit durumlarda başka bir idarenin talebi üzerine sağlanan tamamlayıcı nitelikteki yardımdır[10]. İdari yardım, başka bir idarede bulunan veya daha kolay temin edilen/harekete geçirilebilen malzeme ve/veya personel kapasitelerinin kullanılmasına yönelik işlevsel bir amaca hizmet etmektedir[11]. Aynı zamanda idareler için maliyet teşkil eden mükerrer durumların ve çoklu görevlerin önlenmesine yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Bu açıdan idari yardım, basit, uygun, ekonomik ve hızlı bir prosedürü de ifade etmekte olup idari görevlerin etkili bir şekilde yerine getirilmesinde kamu yararına hizmet etmektedir[12].

İdari yardım, talepte bulunan ve talepte bulunulan idarelerin yer ve konu bakımından yetkilerinde herhangi bir genişleme veya değişikliğe yol açmamakta yalnızca tamamlayıcı etkiyle sınırlı bir destek sağlamaktadır. Bu nedenle idareler arası

---

8 Volkan Kuyumcu, *Türkiye'de İdari Usul Çalışmaları ve Sorunlar* (T.C. Başbakanlık Yayını 2010) 121.

9 Kuyumcu (n 8) 176-177.

10 Michael Funke-Kaiser, "VwVfG § 4 Amtshilfepflicht," içinde Johann Bader ve Michael Ronellenfitsch (eds.) *BeckOK VwVfG* (65. Baskı, C.H.Beck 2024) kn.9; Hermann Pünder, 'Verwaltungsverfahren,' içinde Hans-Uwe Erichsen ve Dirk Ehlers (eds.) *Allgemeines Verwaltungsrecht* (14. Baskı, De Gruyter 2010) 489.

11 Schmitz ve Prell (n 7) kn.6.

12 Hofmann, Gerke, Hildebrant ve Olthaus (n 7) 215; Schmitz ve Prell (n 7) kn.6.

yardımlaşmada, yardım talebinde bulunan idare, idari yardımla desteklenen işlemin hukuka uygun olmasından ve yerinde bir işlem olmasından sorumludur. Başka bir ifadeyle yardım eden idareye sorumluluk devri söz konusu olmamaktadır[13].

İdari yardım, içeriği bakımından yardım talebinde bulunulan idareden yalnızca bilgi isteme anlamına gelmemektedir. Bilgi isteme yanında, yardım talep edilen idarenin tabi olduğu hukuka göre yetkili olduğu ve yapabileceği çeşitli fiil veya diğer eylemleri de kapsamaktadır[14]. Örneğin dosya ve belge gönderilmesi, oda ve tesis sağlanması, belirli veriler temelinde ücret miktarının hesaplanması, (geçici ve yardımcı) personel sağlanması, saha incelemeleri yoluyla vakıaların tespit edilmesi, bir yeri ziyaret ederek, tanıkları dinleyerek veya teknik incelemeler yaparak gerçeklerin ortaya çıkarılması ve daha yakın veya yerel bilgi veya pratik deneyim temelinde bilgi ve tavsiye verilmesi idari yardımdır[15]. Örneklerden anlaşılacağı üzere idari yardım hizmetleri son derece çeşitlidir[16]. Yardım, çoğunlukla personel, oda veya diğer maddi kaynakların sağlanması ve çeşitli şekillerde bilgi desteği gibi dâhili nitelikte olabileceği gibi tanık dinleme, saha ziyaretleri, tebligatlar veya belgelerin tebliği gibi harici bir etkiye de sahip olabilmektedir[17].

II. GENEL OLARAK İDARİ YARDIM

A. İDARİ YARDIMIN TARAFLARI

İdari yardımda, yardım talep eden ve yardım talep edilen olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Bu tarafların iki idare olması gerekmektedir.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 35/1'e göre "*Federasyon ve eyaletlerin bütün idareleri, karşılıklı olarak birbirlerine hukuki ve idari yardımda bulunurlar*". Anayasa m. 35/1 hükmü, federal hükümetin ve federal eyaletlerin tüm devlet organlarını, idareleri ve mahkemeleri[18] kapsamaktadır[19]. VwVfG m. 4/1'e göre *"Her idare, talep üzerine diğer idarelere tamamlayıcı/destekleyici yardım sağlar (idari yardım)"*.

---

13 Schmitz ve Prell (n 7) kn.7.

14 Hofmann, Gerke, Hildebrant ve Olthaus (n 7) 214-215; Schmitz ve Prell (n 7) kn.26; Pünder (n 10) 489.

15 Schmitz ve Prell (n 7) kn.26.

16 Ağırlıklı olarak basit idari işlemlerden oluşurlar. Ancak, talepte bulunulan idarenin, idari yardım yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için bir idari işlem, örneğin bir kamu görevlisi ataması da mümkün olabilir; bu durumda, bunun için ayrı bir yasal yetki gerekebilir [Jens-Peter Schneider, "VwVfG § 4 Amtshilfepflicht," içinde Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (eds.) *Verwaltungsrecht VwVfG Band III Kommentar* (4. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.16].

17 Schneider (n 16) kn.16.

18 Hukuki yardım ile idari yardım farkı için bakınız: Funke-Kaiser (n 10) kn.35; Schmitz ve Prell (n 7) kn.38.

19 Schmitz ve Prell (n 7) kn.3.

B. İDARİ YARDIMIN MÜNFERİT DURUMLARA ÖZGÜ OLARAK SAĞLANMASI

İdari yardım, yardım talep edilen idarenin, talepte bulunan idareye "üçüncü taraf" yardımı sağlamasıyla sınırlıdır. Başka bir ifadeyle idari yardım, kısmi bir alanda destekle sınırlı olup, ana işlemdeki yalnızca kısmi bir işlemi temsil etmektedir[20]. Yardım talebinde bulunan idarenin, süreci başlatmasının ardından, yardım talep edilen idarenin tüm süreci üstlenmesi ve işlemleri sürdürmesinin idari yardım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir[21].

İdari yardım kurumunun amacı gereğince yardım, somut olay bazında sağlanmalıdır[22]. Kurumun amacı, üstlenilen görevlerin etkili bir şekilde yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. İdari yardım kurumu, anayasal ve yasal açıdan önemli olan yetki kurallarının mutlak şekilde uygulanmasının olumsuz sonuçlarını bertaraf etmeyi amaçlayan bir uygulama niteliği taşımaktadır. Bu sebeple yetki kurallarını anlamsız kılacak şekilde de uygulanmamalıdır[23].

Anayasa'nın 123. maddesine göre *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir"*. Bu hükümle temellendirilen ve idarenin kanuniliği olarak adlandırılan ilkeye göre, idarenin görev ve yetkileri kanunla belirlenmelidir ve idare görev ve yetkilerini kullanırken kanuna uygun hareket etmelidir[24]. Başka bir ifadeyle kanunda yer alan görev ve yetki kurallarına aykırı davranılmamalıdır. Bu nedenle idari yardım, görev ve yetki kurallarını anlamsız kılacak veya kanuni idare ilkesini zedeleyecek şekilde uygulanmamalıdır.

İdari yardım bir idarenin sürekli insan ve/veya maddi kaynak eksikliğini telafi etme işlevine sahip olmamalıdır[25]. Öte yandan belirli bir idareden düzenli aralıklarla yardım talep edilmesi, talepte bulunan idarenin diğer idare olmadan görevlerini yerine getiremeyeceği yönünde bir kanaat oluşturmadıkça, idari yardım kapsamında değerlendirilebilir[26]. Yine belirli aralıklarla tekrarlanan, başvuruların alınması, ödemelerin yapılması, bildirimlerin gönderilmesi gibi yardım eylemleri, ana işlemleri tamamlayıcı bir nitelik taşıdıkları ve bu niteliklerini korudukları sürece, somut olayın koşullarına bağlı olarak idari yardım kapsamına girebilmektedir[27]. Bu nedenle, aynı yardımın belli aralıklarla tekrar etmesi halinde, doğrudan bu yardımın idari yardım olmadığı sonucuna varmak doğru değildir[28].

---

20 VGH Mannheim BeckRS 2017, 137291.

21 Funke-Kaiser (n 10) kn.15. VGH Mannheim VBlBW 2018, 316 = BeckRS 2017, 137291.

22 Schmitz ve Prell (n 7) kn.30; Schneider (n 16) kn.7; Funke-Kaiser (n 10) kn.20.

23 Schneider (n 16) kn.7.

24 Ramazan Demir, *Türk Hukukunda Yürütme ve İdarenin Kanuniliği İlkesi* (Adalet Yayınevi 2023) 113.

25 Schmitz ve Prell (n 7) kn.30; Schneider (n 16) kn.7; Funke-Kaiser (n 10) kn.20.

26 Schneider (n 16) kn.7; Funke-Kaiser (n 10) kn.20.

27 Schmitz ve Prell (n 7) kn.30.

28 Schmitz ve Prell (n 7) kn.30.

Bir yardım talebinde, birden fazla talep konusunun bulunması hali de (örneğin birden fazla kişiye ilişkin bir veri tabanının aktarılması) "münferit durum" kapsamında değerlendirilmelidir[29]. Bu tür talepler münferit olmadığı gerekçesiyle idari yardım kapsamı dışına çıkarılmamalıdır. Aksi takdirde idari yardım aşırı derecede sınırlanmış olur. Ancak, soyut durumlara ilişkin olarak yapılan genel talepler ya da ortak kuruluşlar çerçevesinde sürekli idari işbirliği gibi uygulamalar idari yardımın kavramsal sınırını aşmaktadır[30].

C. İDARİ YARDIMIN "TAMAMLAYICI" NİTELİKTE OLMASI

İdari yardım, tamamlayıcı yardımla sınırlı olmalıdır. "Tamamlayıcı" yardım kriteri, yalnızca başka bir idarenin menfaatine hizmet eden (ikincil) destek eylemlerinin idari yardım olarak kabul edilebileceği sonucunu doğurmaktadır[31]. Buna göre idari yardım, kısmi tedbirler yoluyla destekle sınırlı olmalıdır. Başka bir ifadeyle, idari yardım olarak sınıflandırılmanın ön koşulu, ana işlemlerde yalnızca kısmi destek sağlanacak olmasıdır[32].

VwVfG m. 4/1, idari yardımı tamamlayıcı yardımla sınırlandırdığı için talepte bulunulan idarenin bir süreci bir bütün olarak devralmakla yükümlü ve yetkili kılınması mümkün değildir[33]. Bir sürecin bir bütün olarak devralınması yetki devri teşkil etmektedir. Bu nedenle, yardım işlemi, esas sürecin bir parçası olan kısmi işlemlerin üstlenilmesiyle sınırlı olmalıdır[34]. Dolayısıyla idari yardım, talepte bulunan idare tarafından yürütülecek ana işlemlere ikincil bir katkı niteliği taşımaktadır[35].

D. TALEP ÜZERİNE SAĞLANMASI

İdari yardım talebe bağlıdır. VwVfG m. 5/1'de de idari yardım için, yardım talebinde bulunan idarenin bir talebinin bulunması gerekliliği açıkça düzenlenmiştir[36]. Yardım talebi olmaksızın yapılan ve yasal koşulların bulunmadığı gönüllü bir yardım, genellikle idari yardım olarak değerlendirilmemektedir[37]. Buna göre idari yardım sadece açık ve özel bir talebe cevaben sağlanmakta olup re'sen sağlanamamaktadır[38]. Bu nedenle, bir idarenin başka bir idarenin yetki alanına giren ve "kendiliğinden yardım" olarak adlandırılan eylemi de, acil bir duruma ilişkin olsa dahi, VwVfG m. 4 vd. anlamında idari yardım olarak nitelendirilmemektedir[39].

---

29 Funke-Kaiser (n 10) kn.20.

30 Schneider (n 16) kn.7.

31 Hofmann, Gerke, Hildebrant ve Olthaus (n 7) 214; Schmitz ve Prell (n 7) kn.27.

32 Schmitz ve Prell (n 7) kn.27.

33 Schneider (n 16) kn.8, 28. Dolayısıyla idari yardım, idari görevlerin tamamen devralınmasına yol açmamalıdır [Schneider (n 16) kn.28].

34 Schneider (n 16) kn.8.

35 Schneider (n 16) kn.18.

36 Pünder (n 10) 489; Schneider (n 16) kn.5.

37 Schmitz ve Prell (n 7) kn.8; Pünder (n 10) 489.

38 Funke-Kaiser (n 10) kn.21; Schneider (n 16) kn.5; Schmitz ve Prell (n 7) kn.31.

39 VGH Kassel NJW 1993, 3011.

İdari yardım talebi, kamu hukuku kapsamında tek taraflı bir irade beyanıdır ve herhangi bir zamanda geri çekilebilir[40]. Kural olarak talebin, talepte bulunulan idareye yazılı olarak iletilmesi ve talepte bulunan idaredeki sorumlu yetkili tarafından imzalanması gerekmektedir[41]. İdari yardım talebinin içeriğinde, talepte bulunulan idare, yardım talep edilen konu, idari yardım talebinin amacı ve talepte bulunan idarenin neden idari yardıma ihtiyaç duyduğuna ilişkin yeterli bilgi yer almalıdır[42]. Bu içerik gereklilikleri somut olayın koşullarına göre değişebilir. İdeal olan, talebin zaman alıcı sorgulamaları gerektirmeyecek ve talepte bulunulan idarenin ayrıntılı değerlendirmeler yapma ihtiyacını en aza indirecek kadar açık/kesin olmasıdır[43].

E. İDARİ YARDIM OLARAK DEĞERLENDİRİLEMEYECEK DURUMLAR

1. Talimat İlişkisi Çerçevesinde Yardım

İdarelerin birbirlerine talimat ilişkisi çerçevesinde yardım sağlamaları halinde idari yardımlaşma söz konusu olmamaktadır[44]. Buna göre alt makamın üst makama yardım sağlaması idareler arası yardımlaşma olarak nitelendirilememektedir. Çünkü alt kademedeki bir idare üst kademedeki idarelere karşı talimat zinciri içinde olup genellikle daha geniş yükümlülüklere tabidir. Üst kademedeki idare, alt kademedeki idareye emir ve talimat verebilmektedir[45] ve talimat ilişkisi içinde alt kademedeki idarenin kural olarak itiraz hakkı bulunmamaktadır[46].

2. İdarenin Kendi Görevini Yerine Getirmesi

Yardım eden idarenin, kendi görev ve yetki alanına giren faaliyetlerinin idari yardım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Buna göre faaliyet, bir idari yardım faaliyetinin tüm özelliklerini taşısa dahi -özellikle de tamamlayıcı nitelikte olsa bile- talepten bağımsız olarak zaten yardım eden idare tarafından yürütülmesi gereken bir görevse bunun idari yardım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir[47]. İdari yardım, doğası gereği talepte bulunulan idarenin görevi olmayan, başka bir ifadeyle talepte bulunulan idareye "yabancı" olan işlemlerde, "yabancı" menfaatler doğrultusunda tamamlayıcı işleve sahip bir yardım ve destek eylemidir[48].

---

40 Schneider (n 16) kn.5; Funke-Kaiser (n 10) kn.23; Schmitz ve Prell (n 7) kn.31.

41 Schmitz ve Prell (n 7) kn.31. Ayrıca bakınız, Funke-Kaiser (n 10) kn.25; Schneider (n 16) kn.5.

42 Schneider (n 16) kn.5; Funke-Kaiser (n 10) kn.26; Schmitz ve Prell (n 7) kn.31.

43 Funke-Kaiser (n 10) kn.26.

44 Pünder (n 10) 489; Schneider (n 16) kn.10; Funke-Kaiser (n 10) kn.28; Schmitz ve Prell (n 7) kn.34; Hofmann, Gerke, Hildebrant ve Olthaus (n 7) 215.

45 Schmitz ve Prell (n 7) kn.34.

46 Schneider (n 16) kn.10.

47 Pünder (n 10) 489; Schmitz ve Prell (n 7) kn.35; Schneider (n 16) kn.11; Funke-Kaiser (n 10) kn.31.

48 Schmitz ve Prell (n 7) kn.35; Pünder (n 10) 489; Hofmann, Gerke, Hildebrant ve Olthaus (n 7) 215.

III. TÜRK HUKUKUNDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA

Daha evvel de ifade edildiği üzere, idareler arası yardımlaşmaya ilişkin olarak hukukumuzda genel bir hüküm bulunmaması nedeniyle bu konu idarenin bütünlüğü, kamu hizmetlerinin sunumunda verimlilik, etkinlik ve kamu hizmetlilerinin devamlılığı ilkesi bağlamında ele alınabilir.

A. İDARENİN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ BAĞLAMINDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA

1. İdareler Arası İlişkiler Bağlamında Yardımlaşma

Anayasa m. 123/2'de "*İdarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır*" hükmü yer almaktadır. Merkezden yönetim ilkesi sunulacak kamu hizmetlerinin doğrudan doğruya devlet tüzel kişiliği tarafından yürütülmesini öngören bir ilkedir. Merkezden yönetimde, milli kamu hizmetleri başkent teşkilatında planlanır ve taşra teşkilatını oluşturan il ve ilçeler vasıtasıyla tüm ülke düzeyinde kamu hizmetlerinin ifası sağlanır[49]. Yerinden yönetim ise bazı kamu hizmetlerinin devlet dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi esasına dayanmaktadır[50]. Yerel yerinden yönetim kuruluşları belli yörelerde yaşayan insanların salt o yörede yaşamaktan doğan gereksinimlerini karşılamak amacıyla kurulmuştur[51]. Hizmet yerinden yönetim kuruluşları ise teknik bilgi ve uzmanlık isteyen bazı kamu hizmetlerini yürütmek için kurulmuştur[52].

Anayasa m. 123/1'de daha evvel açıklandığı üzere idarenin kuruluş ve görevleri itibariyle bütün olduğu vurgulanmıştır. Parçalı bir yapıya sahip olan idareler arasındaki ilişkileri düzenlemek ve idari bütünlüğü sağlamak amacıyla, hiyerarşi ve idari vesayet olmak üzere iki farklı hukuki araç kullanılmaktadır[53].

a. Hiyerarşik İlişki Bağlamında

Hiyerarşi, teşkilat içindeki görevliler arasındaki astlık üstlük durumunu ifade etmektedir[54]. Üstün ast üzerinde sahip olduğu güce hiyerarşi gücü, bu güçten kaynaklanan yetkilere ise hiyerarşik yetkiler denmektedir[55]. Hiyerarşi, üste astlarına emir verme ve onları yönlendirme yetki ve gücünü verir. Bu hiyerarşinin en önemli unsurudur. Üst astına hizmetin yerine getirilmesinden önce, nasıl hareket edeceği hakkında emir ve talimat verebilir. Hizmeti yerine getirirken neler yapması, nasıl yapması gerektiğine ilişkin görüşünü ve isteğini emir şeklinde bildirir ve alt makam

---

49 Günday (n 4) 66.

50 Gözler ve Kaplan (n 1) 77.

51 Günday (n 4) 72.

52 Günday (n 4) 73-74.

53 Gözler ve Kaplan (n 1) 107; Özay (n 2) 151.

54 Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları *Cilt II* (Hak Kitabevi 1966) 598; Günday (n 4) 81; Özay (n 2) 152; Karatepe (n 3) 90; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 248.

55 Günday (n 4) 81; Gözler ve Kaplan (n 1) 110.

bu emre uymak zorundadır. Üst makamın verdiği emir somut bireysel durumlara ilişkin olabileceği gibi genel de olabilir. Kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin emirlere karşı astların itiraz ve dava hakkı bulunmamaktadır[56].

Yardım talep eden idare ile yardımı talep edilen idare arasında hiyerarşi ilişkisi mevcutsa yardıma ihtiyaç duyan idare hiyerarşi gücünü kullanarak emir verebilir. Buna göre yardım konusu işi yapmak, yardım talep edilen idare için artık görevdir. Ancak alt makam üst makamın her emrini yerine getirmek zorunda değildir. Alt makam üst makamın verdiği emri hukukilik açısından inceler ve hukuka aykırı olmayan emirleri yerine getirir[57]. Emir hukuka aykırı ise üstüne bildirir. Üst yazılı olarak yinelerse emri yerine getirir. Ayrıca emrin konusunun suç teşkil etmesi ilgili makama emri yerine getirmeme hakkı vermektedir (Anayasa m. 137).

Buna göre, hiyerarşik üst ile ast arasındaki talepler idareler arası yardımlaşma kapsamında değil emir ve talimat ilişkisi olarak değerlendirilir. Alt makam emrin hukukiliği değerlendirmesini yaptıktan sonra yerine getirmeli veya getirmemelidir. Kanaatimizce aynı hiyerarşik seviyede bulunan idarelerin (Bakanlıklar gibi) birbirine yönelik talepleri ve alt makamın üst makama yönelik talepleri idareler arası yardımlaşma kapsamında değerlendirilmelidir.

b. İdari Vesayet İlişkisi Bağlamında

Anayasa m. 127/5'te merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisi şöyle belirtilmektedir: "*Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir*".

İdari vesayet, kamu düzenini ve idarede bütünlüğü sağlamak için kamu yararı amacıyla kanunların verdiği yetkiye dayanarak, merkezi idarenin, yerel yönetimin organları ve bunların bazı işlemleri ile harcamaları üzerinde, kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak kullanılan bir denetim şeklidir. Merkezi idareye verilen bu yetki ile kamu düzeni bakımından ülkede genelliği ve bütünlüğü sağlama amacı güdülmüştür[58].

Anayasal tanımı itibariyle vesayet, devlet ile mahalli idareler arasındaki ilişki olarak tanımlansa da doktrinde, devlet ile yerinden yönetim kuruluşları arasında mevcut olan ilişki şeklinde tanımlanmaktadır. Yani devlet tüzel kişiliğini kullanan idareler ile mahalli idareler ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ara-

---

56 Onar (n 54) 600-602; Günday (n 4) 83; Özay (n 2) 154-155; Eroğlu (n 4) 336; Gözler ve Kaplan (n 1) 111.

57 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 209.

58 Danıştay 8. Daire, 25.11.1996, E. 1995/860, K. 1996/3398, www.kanunum.com, E.T. 08.01.2025.

sında vesayet ilişkisi bulunmaktadır[59]. Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki denetimi olarak ortaya çıkan idari vesayet, zamanla bir kamu tüzel kişisinin bir başka kamu tüzel kişisi üzerindeki denetim yetiklerini de kapsayacak bir biçimde anlaşılmaya başlanmıştır. Yani devlet idaresi dışındaki iki ayrı kamu tüzel kişisi arasındaki denetim yetkisi de vesayet olarak adlandırılmaktadır[60].

Vesayet ilişkisinde iki ayrı tüzel kişilik olduğu için vesayet makamının emir ve talimat verme yetkisi bulunmamaktadır[61]. Yardım talep eden idare ve yardımı talep edilen idare arasında vesayet ilişkisinin bulunduğu durumlarda idareler arası yardımlaşma durumu söz konusu olmaktadır. Buna göre; yardım konusu işi yapmak yardım talep edilen idarenin kanuni görevi değilse bu idare yardımda bulunmak zorunda olmayıp bu husus takdirine kalmaktadır. Her ne kadar yardım etme konusunda genel bir düzenleme bulunmasa dahi kanaatimizce idareler, kamu yararı amacıyla yardım talebini değerlendirerek kendisi için aşırı külfetli olmayan konularda yardım etmelidir.

2. Görev Bütünlüğü Bağlamında Yardımlaşma

Anayasa m. 123/1'e göre idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, kamu hizmeti yürütmekle görevli ve yetkili olan kamu tüzel kişilerinin organik (teşkilat) ve fonksiyonel (faaliyet) olarak bütün olmasını ifade etmektedir[62]. Bu ilke sayesinde idareyi oluşturan tüm birimler eşgüdüm içinde hareket etmekte ve kamu hizmetleri aksamadan yürütülmektedir[63]. Kamu hizmetlerinin uzmanlık, etkinlik, verimlilik ve eşitlik gibi sebeplerle farklı kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi nedeniyle kamu tüzel kişileri arasında karmaşaya neden olmayacak şekilde görev ve yetki paylaşımı yapılması gerekmektedir[64].

Her ne kadar idarenin bütünlüğü ilkesi, idareler arasında görev ve yetki paylaşımını gerekli ve zorunlu kılsa da kanaatimizce idarenin görev itibariyle de bütün olması nedeniyle, bir idarenin başka bir idarenin yardımına ihtiyaç duyması halinde yardım talep edilen idare, kendi imkânları dâhilinde mümkün olan ve aşırı külfet getirmeyen yardımı sağlamalıdır. Nitekim Danıştay da bir kararında kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, görev ve yetki alanlarının bütünlüğü gerekçesiyle, ihtiyaç olması halinde bakanlıklar arasında bilgi ve belge paylaşımının gerekli olduğunu ifade etmiştir[65]. Bu kararda, Danıştay'ın farklı kamu hizmetlerini yürüten

---

59 Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku (6. Baskı, On İki Levha 2015) 36-37; Halil Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları (5. Baskı, Sayram 2014) 67; Günday (n 4) 85.

60 Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku Cilt I (Yetkin 2012) 143; Günday (n 4) 85.

61 Özay (n 2) 169-170; Gözler ve Kaplan (n 1) 123.

62 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 207.

63 Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 146.

64 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 207.

65 Danıştay 1. Daire, 20.12.1984, E. 1984/291, K. 1984/294, www.kanunum.com, E.T. 07.01.2025.

bakanlıkların görev ve yetki alanlarının bütünlüğüne dair yaptığı vurgu önemlidir. Hiyerarşik ilişki içinde bulunan iki idareden üst makam zaten yukarıda ifade edildiği gibi emir ve talimat ilişkisi gereğince gerekli desteği alabilmektedir. Ancak aralarında emir ve talimat ilişkisi bulunmayan iki idarenin birbirine yardımda bulunmaları takdiri nitelik arz etmektedir. Bu nedenle aralarında emir ve talimat ilişkisi bulunmayan idarelerin yardım taleplerini değerlendirirken görev bütünlüğü ilkesini dikkate alarak idari yardımda bulunmaları önem arz etmektedir.

B. KAMU HİZMETLERİNİN SUNUMUNDA VERİMLİLİK, ETKİNLİK VE KAMU HİZMETLERİNİN DEVAMLILIĞI İLKESİ BAĞLAMINDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA

Verimlilik genel anlamıyla, kurumun hedeflerini de göz önünde tutarak, kaynaklardan optimum düzeyde yararlanmayı göstermektedir. Başka bir ifadeyle verimlilik, mal, hizmet ve diğer sonuçlarla ifade edilen çıktılarla, bunları üretmekte kullanılan kaynaklar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir[66]. Verimlilik, belli bir girdi ile maksimum çıktı elde etmek veya belli bir çıktıyı minimum girdi ile elde etmek anlamına gelmektedir[67]. Etkinlik ise, yapılan her işte verimli sonuç elde etmeye yarayan yöntemlerin tümü olarak ifade edilebilir. Bu nedenle etkinlik ve verimlilik kavramları birbirine çok yakındır. Aralarındaki fark, etkinliğin kabiliyeti, tutum tarzını, olumlu netice almayı amaçlayan bilinçli davranışı, akla dayanan insan davranış ve çabalarını ifade etmesidir[68].

Kamu hizmetlerinin verimli ve etkin sunulması gerekmektedir. Kanaatimizce idareler arası yardımlaşma kamu hizmetlerinde verimlilik ve etkinliği sağlamanın en önemli araçlarından biridir. Örneğin bir idarenin sürekli olarak ihtiyaç duymadığı bir personele veya araç gerece geçici olarak ihtiyaç duyması halinde bunu başka bir idareden geçici olarak temin etmesi verimlilik ve etkinlik ilkesine katkı sağlayan bir çözümdür. Aksi tutumla idarenin sürekli ihtiyaç duymadığı personeli istihdam etmesi veya araç gereci satın alması verimlilik ve etkinlik ilkelerine uygun değildir. Afşin Kaymakamlığının 12.11.2018 tarihli ve "Kamu Hizmetlerinin Verimliliği ve Etkinliği" isimli yönergesinin[69] koordinasyon ve işbirliği başlıklı 9. maddesi, ilçe genelinde kamu kurum ve kuruluşlarının birbirine destek olmalarını, işbirliğini dışlamamalarını ve idari bütünlük ilkesi kapsamında işbirliği anlayışıyla koordinasyon içinde görev yürütülmesini düzenlemektedir. Yönergede ilçe düzeyinde vurgulanan işbirliği ve koordinasyon tüm ülke düzeyinde idareler arasında uygulanarak kamu

---

66 Ekrem Candan, *Türk Bütçe Sisteminde Performans Denetimi* (T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı 2007) 77.

67 Candan (n 66) 77.

68 Rukiye Ülkü Yalçın, *Türk Kamu Yönetimi Reform Sürecinde Kamu Hizmet Sunumu: Değişim ve Etkinlik Bağlamında Kamu Hizmet Standartları ve Uygulamaları* (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011) 60.

69 http://www.afsin.gov.tr/kamu-hizmetlerinin-verimliligi-ve-etkinligi-yonergesi, E.T. 16.01.2025.

hizmetlerinin verimliliği ve etkinliği sağlanmalıdır. Bunu sağlamanın yolu da başka bir idareden gelen yardım talebini değerlendirerek, kendi işlerini aksatmayacak veya külfet getirmeyecek durumlarda idarelerin birbirine yardım etmesidir.

Devletin ve diğer idarelerin yürütmek zorunda olduğu kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerden biri de devamlılık ilkesidir[70]. Bu ilke kamu hizmetlerinin kanunların öngördüğü haller dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesini öngörmektedir[71]. Kamu hizmetlerinin devamlılığı hem zaman bakımından hem de içerik bakımından devamlılığı ifade etmektedir[72].

Kamu hizmetleri görülürken aralıksız, kesintisiz, devamlı ya da sürekli bir biçimde yerine getirilmelidir. Kamu hizmetlerinde meydana gelecek her türlü kesinti duraksama ve kesilme toplumda oldukça ağır karışıklıklar ve aksaklıklar ortaya çıkarabilir[73]. Kamu hizmetlerinin görülmesinde süreklilik, hukuk alanında bir devamlılık olarak değil, fiiliyatta bir devamlılık olarak gözükmelidir[74].

Danıştay kararlarında da, kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu belirtilerek ilkenin idari yargı içtihatlarına girdiği ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edildiği vurgulanmıştır[75]. Yine Danıştay'a göre idare üstlendiği kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmeli, her türlü araç ve imkânı çalışanların ve hizmetten yararlananların güvenliğini sağlayacak biçimde hizmete hazır bulundurmalıdır[76]. Bu nedenle her ne kadar idareler arası yardımlaşma hukukumuzda özel düzenlemeler hariç bir yükümlülük olarak düzenlenmemiş olsa da kanaatimizce kamu hizmetlerinde devamlılık ilkesinin hukuki sonuçlarından biri olarak kabul edilmelidir. Buna göre mümkün ve gerekli hallerde idareler birbirlerine yardımda bulunmalıdırlar.

C. İDARELER ARASI YARDIMLAŞMAYA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

Bazı kamu hizmetlerini devlet ve mahalli idareler birlikte sunmaktadır. Bazı kamu hizmetleri ise yerinden yönetim kuruluşları tarafından ifa edilmektedir. Kamu hizmetinden sadece belli bir bölgenin halkı yararlanacaksa bu görevi mahalli ida-

---

70 Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu hizmetini topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlamıştır. AYM, 09.12.1994, E.994/43-K.994/42-2. RG T. 09.12.1994, S. 22181.

71 Gözler ve Kaplan (n 1) 538; Özay (n 2) 235; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 1204; Karatepe (n 3) 216.

72 Özay (n 2) 235.

73 Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 1204.

74 Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 1204.

75 Danıştay 8. Daire, 17.09.1997, E. 1997/3465, K. 1997/2448; Danıştay 8. Daire, 27.11.1997, E. 1996/1687, K. 1997/3669, www.kanunum.com, E.T. 07.01.2025. M. Gözde Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi* (On İki Levha 2012) 70.

76 Danıştay 10. Daire, 16.06.1998, E. 1996/10203, K. 1998/2643, www.kanunum.com, E.T. 07.01.2025.

relerin üstlenmesi; eğer hizmet bölünemiyorsa, ülkede yaşayan tüm halk bu hizmetten faydalanacaksa da merkezi idarenin bu hizmeti üstlenmesi gerekmektedir[77]. İdareler kendilerine kanunla verilen görevleri yerine getirirken idarenin istihdam ettiği personelin sayıca az olması, ihtiyaç duyduğu araç gerecin eksikliği, mali imkânların kısıtlı olması veya yapılacak işin ilgili personel için zaman alıcı olması (DMK m. 129 uyarınca yüksek disiplin kurulları yeminli tanık ve bilirkişiyi bizzat dinleyebileceği gibi niyabeten de dinletebilir) gibi durumlarda başka bir idarenin yardımına ihtiyaç duyabilmektedir. Nitekim idareler arası yardımlaşmaya ilişkin olarak mevzuatta, bilgi ve belge paylaşımı, personel, taşınır ve taşınmaz mal ve mali konularla ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Tüm düzenlemeleri tespit etmenin ve yer vermenin zorluğu nedeniyle çalışma kapsamında belli başlı örneklere yer verilmiştir.

1. İdareler Arası Bilgi ve Belge Paylaşımı

İdareler görevlerini yerine getirirken başka bir idarenin elinde olan bilgi veya belgelere ihtiyaç duyabilir. Çeşitli hukuki metinlerde bu konuyla ilgili düzenleme yapılmış ve bilgi ve belge paylaşım yükümlülüğü getirilmiştir.

İlk olarak e-Dönüşüm Türkiye Projesi Kısa Dönem Eylem Planına değinmek gerekmektedir. Söz konusu eylem planı, 2003/48 sayılı Başbakanlık Genelgesi[78] ile hayata geçirilmiştir. Genelgede, kamu kurum ve kuruluşları arasında etkin ve güvenli bilgi paylaşımı amacıyla birlikte çalışabilirliğe imkân sağlayan güvenli bir altyapı kurulmasının önemi vurgulanmış ve kamu kurumlarınca uygulanan ya da hazırlık çalışmaları sürdürülen çevrimiçi hizmetlerin etkin şekilde sunulabilmesi için işbirliği ve bilgi paylaşımını sağlayacak bir altyapının kurulması, Eylem Planı'nın temel önceliklerinden biri olarak kabul edilmiştir. Genelge çerçevesinde, belirli bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olan tüm kamu kurum ve kuruluşları, mümkün olabilecek en yakın işbirliğini gerçekleştirerek, engellerin ortadan kaldırılması ve ortak çözümler üretilmesi yönünde azami gayret sarf edeceklerdir. "Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi" konulu 2005/20 sayılı Genelgede[79], bu ihtiyaçların karşılanması ve e-devlet hizmetlerinin vatandaş ve iş dünyasına etkin bir şekilde sunulabilmesi amacıyla "Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi" hazırlandığı ifade edilmiştir. Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi'nin 1.0 sürümü Temmuz 2005'te, 2.0 Sürümü ise Şubat 2009'da yayımlanmıştır. 2009/4 sayılı Başbakanlık Genelgesi[80] uyarınca hazırlanan Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi'nin 2.1 Sürümü yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Rehberde, vatandaş ya da iş dünyası odaklı hizmetlerin sunulabilmesinin, devletin etkin bir şekilde işleyişinin

---

77 Ertuğrul Karatoprak, 'Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Benimsenen Yeni Yöntemler ve Uygulamaların Kontrolü' (2010) 159 Maliye Dergisi, 366.

78 RG, T. 4.12.2003, S. 25306.

79 RG, T. 05.08.2005, S. 25897.

80 RG, T. 02.03.2009, S. 27155.

sağlanması ve bilgiye dayalı karar verme süreçlerinin iyileştirilmesiyle sağlanacağı bunun da kurumlar arası bilgi paylaşımını gerektirdiği vurgulanmıştır. Kurumlar arası bilgi paylaşımının mümkün olabilmesi için, kurumların sahip oldukları ve ihtiyaç duydukları bilgilerin açık ve net olarak ortaya konabilmesi gerekmektedir (Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi 2.1 Sürüm).

5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun[81] 1. maddesine göre "*Kanunun amacı resmî istatistiklerin üretimine ve organizasyonuna ilişkin temel ilkeleri ve standartları belirlemek; ülkenin ihtiyaç duyduğu alanlarda veri ve bilgilerin derlenmesini, değerlendirilmesini, gerekli istatistiklerin üretilmesini, yayımlanmasını, dağıtımını ve Resmî İstatistik Programında istatistik sürecine dâhil kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamaktır*".

Veri Paylaşımı Kurulu Yönetmeliği'nin[82] 5. maddesinde Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün merkezi veri tabanında yer alan bilgilerin paylaşımına ilişkin talepleri değerlendirerek veri paylaşımından yararlanacakları belirlemek, paylaşımın kapsamı ve hangi yöntemle yapılacağına karar vermek üzere Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Bakanlık onayı ile Veri Paylaşımı Kurulu oluşturulacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 6. maddesinde, çevrimiçi veya çevrimdışı veri paylaşım taleplerini karara bağlamak, alıcı kurumlarla, hangi verilerin çevrimiçi olarak paylaşılacağına karar vermek, veri paylaşımının kapsamını belirlemek ve hangi yöntemle yapılacağına karar vermek kurulun görevleri arasında sayılmıştır.

Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin[83] 11. maddesinde, kurum içi ve kurum dışı yazışma şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kurum içi ve kurum dışı görüş, bilgi ve belge talep yazıları günlü yazılır. İlgili mevzuatındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, idareler belge taleplerini en geç beş gün, bilgi ve görüş taleplerini ise en geç onbeş gün içinde yerine getirir. İdare, bilgi ve görüş yazıları için onbeş günü geçmemek üzere ek süre kullanabilir. Bu yazışmalar elektronik ortamda da yapılabilir*". Aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasında basılı ortamdaki bilgi ve belgelerin elektronik ortama taşınmasının ve veri tabanlarının diğer idarelerle paylaşılmasının esas olduğu düzenlenmiştir.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan Sosyal Yardım Verilerinin Kaydedilmesine ve Paylaşılmasına İlişkin Yönetmelik'in[84] 2. maddesine göre Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, sosyal yardım faaliyeti yürüten diğer kamu kurum ve kuruluşları ile ve karşılıklılık esasına göre mahalli idareler ve Türkiye Kızılay Derneği tarafından yürütülen sosyal yardım faaliyetlerine ilişkin veriler bu idareler arasında ihtiyaç halinde paylaşılmaktadır.

---

81 RG, T. 18.11.2005, S. 25997.

82 RG, T. 08.08.2020, S. 31207.

83 RG, T. 31.7.2009, S. 27305.

84 RG, T. 13.09.2014, S. 29118.

2. Personel Konusunda Yardım

İdarenin yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için kamu malları, mali imkânlar ve personele ihtiyacı vardır[85]. İdarenin mal, para ve personel bakımından sahip olması gereken vasıtalara idarenin, ayni ve beşeri vasıtaları denilmektedir. İdarenin ayni vasıtaları "*kamu malları*", mali vasıtaları "*kamu gelirleri*", beşeri vasıtaları ise "*kamu görevlileri*"dir[86]. İdarenin taşınır ve taşınmaz malları ile gelirlerinin yani ayni vasıtalarının personelsiz bir anlamı bulunmamaktadır[87]. Çünkü idare teşkilatını doldurup, harekete geçirecek, soyut varlık olan idare tüzel kişilerine hayat verecek olanlar bu gerçek kişilerdir[88]. Kamu hizmeti yürüten idareler olağan dönemlerde veya olağanüstü durumlarda başka idarelerde çalışan personelin yardımına veya desteğine ihtiyaç duyabilmektedir. Konuya ilişkin mevzuatta özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan bazılarına aşağıda yer verilmiştir.

2547 Sayılı Kanun'un[89] 40. maddesinde kurumlar arası yardımlaşma düzenlenmiştir. Maddede Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri ile öğretim görevlilerinin kendi üniversitesi içindeki diğer birimlerde, başka üniversitelerde, Millî Savunma Üniversitesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Emniyet Teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarında ders vermek üzere görevlendirilmeleri düzenlenmiştir. Madde hükmünü değerlendirdiğimizde, üniversite içinde başka birimlerde ders vermek üzere görevlendirilme durumunu idari yardımlaşma olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü üniversite tüzel kişiliği içinde fakültelerin ve meslek ve yüksekokullarının ayrı tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle bu şekilde yapılan görevlendirmeler tek bir tüzel kişilik içinde olduğu ve rektör tarafından görevlendirme yapıldığı için (uygulamada Kanuna aykırı şekilde dekanlıkların görevlendirme yaptığı görülmektedir) hiyerarşi kapsamında emir talimat ilişkisi olarak değerlendirilmelidir. Ancak şehir içindeki veya dışındaki başka üniversitede, Millî Savunma Üniversitesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Emniyet Teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarında ders vermek üzere görevlendirilme hali kanaatimizce idareler arası yardımlaşma olarak değerlendirilmelidir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun[90] 86. maddesinde memurların geçici olarak görevden ayrılmaları halinde kurum içinden veya kurum dışından vekâleten görevlendirme yapılacağı düzenlenmiştir.

İl İdaresi Kanunu'nda da yardımlaşmaya ilişkin birden fazla düzenleme bulunmaktadır. M. 11/H'ye göre, "*Vali, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin*

---

85 Seçkin Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (Adalet 2014) 29; Kalabalık (n 59) 581; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 658; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 695.

86 Kalabalık (n 59) 582; Günday (n 4) 579.

87 Yavuzdoğan (n 85) 29; Kalabalık (n 59) 582; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 695.

88 Onar (n 54) 1065.

89 RG, T. 06.11.1981, S.17506.

90 RG, T. 23.7.1965, S. 12056.

can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbir ve kararların uygulanması için adli kuruluşlar ile (D) fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla askerî kuruluşlar dışında, mahallî idareler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının itfaiye, ambulans, çekici, iş makinesi ve tedbirlerin zorunlu kıldığı diğer araç ve gereçlerinden yararlanabilir, personeline görev verebilir".

İl İdaresi Kanunu'nun Ek 1. maddesi hükmüne göre, "*Vali; sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında, güvenliğin sağlanması, giriş çıkışlarla ilgili görev ve hizmetlerin düzenli ve etkili bir biçimde yürütülmesi, görevli kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonun gerçekleştirilmesi için gerekli önlemleri almaya ve uygulamaya, kuruluşların çalışmalarını denetlemeye yetkilidir. Vali, yetkilerinin tamamını veya bir kısmını görevlendirdiği mülki idare amirine devredebilir. (...) Görevlendirilen mülki idare amiri kuruluşların birbirine araç, gereç ve personel yardımı yapmasını isteyebilir*".

Belediye Kanunu'nda[91] da keza "*Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, belediye başkanının talebi, kendilerinin ve kurumlarının muvafakatiyle, belediyelerin birim müdürü ve üstü yönetici kadrolarında geçici olarak görevlendirilebilirler*" hükmü bulunmaktadır (m. 49/6).

Belediye Kanunu'nun 57. maddesine göre belediye hizmetlerinin aksaması durumunda İçişleri Bakanı, aksamanın giderilmesini belediye başkanından ister. "*Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. Bu durumda vali, aksaklığı öncelikle belediyenin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla giderir. Mümkün olmadığı takdirde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarını da kullanabilir*". Madde gereğince asıl olarak belediyenin yürütmek zorunda olduğu hizmetlerin aksatılması halinde maddede yer verilen hukuki süreç sonunda söz konusu hizmeti yürütme görevi valiye verilmektedir. Valinin aksamayı belediyenin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla gideremememesi halinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarını kullanabilmesi gündeme gelmektedir. Vali söz konusu yardımı belediye yararına talep ettiği için kanaatimizce yardım talep edilen makam ile vali arasında hiyerarşik ilişki bulunması hali, talebin idari yardım olarak değerlendirilmesine engel olmamalıdır. Başka bir ifadeyle belediyenin yürütmek zorunda olduğu hizmetteki aksamayı giderme görevinin Kanun hükmü gereği valiye verilmesi halinde, valinin bu görevini ifa ederken diğer kamu kurum ve kuruluşlarının araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarını belediye yararına talep etmesi ve kullanması idari yardım olarak değerlendirilmelidir.

3. İdareler Arası Taşınmaz ve Taşınır Mal Devri

Kamu hizmetlerinin görülmesi için birtakım eşyaya ihtiyaç vardır. Bu eşya kamu hizmetinin bir unsurunu, idari teşkilatın faaliyet araçlarından birini teşkil eder[92]. İdarenin kendisine verilen görev ve hizmetleri yerine getirebilmesi ve bunun ger-

[91] 5393 Sayılı Kanun, RG T. 13.7.2005, S. 25874.

[92] Onar (n 54) 1285.

çekleşmesine olanak sağlayacak gerekli teşebbüsleri kurabilmesi için taşınır ve taşınmaz mallara, kaynak veya irtifak haklarına ihtiyaç duyması muhtemeldir[93]. İdarenin ihtiyaç duyduğu mallar özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde ise kamu gücü kullanılarak elde edilebilir. Ancak idarenin, başka bir idarenin mülkiyetinde bulunan mallara ihtiyaç duyması halinde kamu gücü kullanarak o malları elde etmesi mümkün değildir. Bu durumda idarelerin anlaşması halinde satış durumu söz konusu olabileceği gibi idari yardım da söz konusu olabilir. İdari yardıma ilişkin mevzuatta düzenleme örnekleri bulunmakta olup idare, ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar, kaynak veya irtifak hakları ile taşınır mallara ancak ilgili kanunlarda yer alan hukuki süreç sonunda sahip olabilmektedir.

a. Taşınmaz Mal, Kaynak ve İrtifak Hakları Açısından

Kamu tüzel kişileri ve kurumların görevlerini yürütebilmek için ihtiyaç duydukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarının başka bir idari makamın mülkiyetinde olması halinde, ihtiyaç sahibi idarenin söz konusu mal veya haklara nasıl sahip olabileceği Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu[94] 45 ve 47. maddelerinde ve Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelikte[95] düzenlenmiştir.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 45/3 fıkra hükmüne göre; "*Kamu idareleri, ihtiyaç fazlası taşınırları ile görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması halinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla taşınmazlarını diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredebilir. Devredilmeyecek taşınır ve taşınmazlar ile devir ve kayıt işlemlerine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir*".

Maddede kamu idarelerinin tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla taşınmazları diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devretme yetkileri düzenlenmiştir. Devir, Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinin c bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: "*Düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç kamu idarelerinin, görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması hâlinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla, taşınmazların mülkiyetinin diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredilmesini*" ifade eder.

Doktrinde kamu idaresinin, devlet tüzel kişiliği ile il özel idareleri, belediyeler ve köyleri ifade ettiği belirtilmekle birlikte[96] mevzuatta kamu idaresinin kapsamı genellikle daha geniş tutulmaktadır. Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve

---

93 Gürsel Kaplan, 'Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi' (2004) 1-2 (Ayferi Göze'ye Armağan) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 167.

94 10.12.2003 Tarihli 5018 Sayılı Kanun, RG T. 24.12.2003, S. 25326.

95 RG T. 10.10.2006, S. 26315.

96 Gözler ve Kaplan (n 1) 102.

Devri Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin f bendinde kamu idaresi "…*tahsis açısından, Yönetmelik ekindeki idareler ile kendilerine tahsis yapılması açısından köy tüzel kişiliklerini; devir açısından, Yönetmelik ekindeki idarelerden, düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç, diğer idareleri*…" şeklinde tespit edilmiştir. Yönetmelik ekinde ise genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, ileri teknoloji enstitüleri, Yüksek Öğretim Kurulu, üniversiteler, özel bütçeli diğer idareler ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler olarak sayılmıştır.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 47. maddesine göre; *"Kamu idareleri, kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebilirler".*

Belediye Kanunu'nu m. 75/1-d'ye göre "*Belediye, belediye meclisinin kararı üzerine yapacağı anlaşmaya uygun olarak görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda; (...) Kendilerine ait taşınmazları, aslî görev ve hizmetlerinde kullanılmak üzere bedelli veya bedelsiz olarak mahallî idareler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına devredebilir veya süresi yirmibeş yılı geçmemek üzere tahsis edebilir*". Aynı hüküm İl Özel İdaresi Kanunu'nun 64. maddesinde de bulunmaktadır. Özel idare, kendisine ait taşınmaz malları Kanun'da yer alan şartlar dâhilinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına tahsis edebilir[97]. Taşınmaz malların devri hususunda belediye ile il özel idaresinin takdir yetkisi bulunmaktadır. Belediye ve il özel idaresi, taşınmazın devredilmesi veya belli bir süreyle tahsis edilmesi, devir yapılacaksa bedelli ya da bedelsiz olup olmayacağı ve belli süreyle tahsis edilecekse bu sürenin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisini kullanır[98]. Ancak sahip olunan takdir yetkisi mutlak değildir. Buna göre tahsis ve devrin amacı, tahsis ve devrin kime yapılacağı ve tahsis ve devre konu taşınmaz malın statüsünden doğan bir takım kısıtlamalar bağlamında sınırlı bir yetkidir[99].

b. Taşınır Mallar Açısından

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 45/3'te kamu idarelerinin ihtiyaç fazlası taşınırlarını diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredebileceği düzenlenmiştir. Benzer düzenlemeye Taşınır Mal Yönetmeliği'nin[100] 31. maddesinde de yer verilmiştir.

Taşınır Mal Yönetmeliği kapsamındaki taşınırlardan kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan, ancak merkez veya taşra harcama birimlerinin herhangi birinde kullanım imkânı bulunmamasına rağmen diğer kamu idarelerince kullanılabilir

97 Enver Salihoğlu, İl Özel İdaresi (Beta 2012) 560.

98 M. Aytaç Özelçi, Belediyelerde Taşınmaz Malların Tahsis ve Devri, (On İki Levha, 2022) 101-102.

99 Özelçi (n 98) 143.

100 Bakanlar Kurulu Kararı T. 28.12.2006, S. 2006/11545, RG, T. 18.1.2007, S.26407.

durumdaki taşınırlar ihtiyaç fazlası taşınır kabul edilmektedir[101]. Taşınır Mal Yönetmeliği Genel Tebliği[102] m. 2/4'e göre zorunlu veya öngörülemeyen sebeplerle ortaya çıkan ve yapılan araştırma ve değerlendirmeler sonucunda idarenin merkez ve taşra birimleri itibarıyla kullanım imkânı olmadığı anlaşılan taşınırlar ihtiyaç fazlası taşınır olarak kabul edilmektedir.

4. Bütçe ve Yatırım Açısından Yardımlaşma

Yerel idareler, idari ve mali açıdan özerktirler. İdari özerklik yerel yönetimlere mahalli nitelikteki kamu hizmetlerini gerçekleştirmek için gerekli karar alma ve icra yetkisinin verilmesidir. Ancak idari açıdan özerkliğin sağlanması tek başına yerel özerkliği sağlamaya yetmemektedir[103]. Mali açıdan özerk bir yerel yönetim, yerel demokrasinin sağlıklı işleyebilmesinin temel koşullarından birisidir. Mali açıdan özerkliğin sağlanması için yerel yönetimlerin kendilerine verilen görevleriyle orantılı gelir kaynaklarına (özellikle öz gelirlere) sahip olması gerekmektedir[104]. Nitekim bu husus Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasında hüküm altına alınmıştır[105]. İl özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden ayrılacak paylara ilişkin esas ve usulleri düzenleyen İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un[106] 2. maddesine göre; *"İl özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden pay verilir.(...) Genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamının yüzde 1,50'si büyükşehir dışındaki belediyelere, yüzde 4,50'si büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ve yüzde 0,5'i il özel idarelerine ayrılır. 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (I) sayılı listede yer alan mallardan tahsil edilen özel tüketim vergisi hariç olmak üzere, büyükşehir belediye sınırları içinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamının yüzde 6'sı ile genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ayrılan payların yüzde 30'u büyükşehir belediye payı olarak ayrılır".*

Her ne kadar her idari birimin kendisine ait bütçesi bulunsa da başka bir idarenin mali açıdan yardımına ihtiyaç duyması mümkündür. Konuya ilişkin mevzuatta birtakım düzenleme örnekleri bulunmaktadır.

İl Özel İdaresi Kanunu m. 43/e'ye göre "*İl genel meclisince belirlenecek ilkeler çerçevesinde köylere veya köylerin aralarında kurdukları birliklere yapılacak yardımlar*" il özel idaresinin giderleri arasında sayılmıştır.

---

101 Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü, Bedelsiz Taşınır Edinme Yolları; İhtiyaç Fazlası Taşınırların Diğer Kamu İdarelerine Bedelsiz Devir Esaslarına İlişkin Rehber, s.5.

102 RG, T.08.09.2007, S.26637.

103 Ahmet Ulusoy ve Tekin Akdemir, Mahalli İdareler (9. Baskı, Seçkin 2014) 39.

104 Ulusoy ve Akdemir (n 103) 39.

105 *"...mahalli idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır".*

106 5779 Sayılı 2.7.2008 Tarihli Kanun, RG T. 15.7.2008, S. 26937.

Belediye Kanunu'nun 75. maddesine göre "*Belediye, belediye meclisinin kararı üzerine yapacağı anlaşmaya uygun olarak görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda Mahallî idareler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım, bakım, onarım ve taşıma işlerini bedelli veya bedelsiz üstlenebilir veya bu kuruluşlar ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilir ve bu amaçla gerekli kaynak aktarımında bulunabilir…"*[107].

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun[108] 27. maddesine göre Büyükşehir belediyesi, *"İlçe belediyeleri ile ortak projeler geliştirebilir ve yatırım yapabilir. Büyükşehir belediyesi, kesinleşmiş en son yıl bütçe gelirinin % 10'unu aşmamak ve bütçede ödeneği ayrılmış olmak şartıyla, ilgili belediyenin yatırım programında yer alan projelerin finansmanı için büyükşehir belediye başkanının teklifi ve meclisin kararıyla ilçe belediyelerine malî ve aynî yardım yapabilir"*[109].

Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 24/c bendinde, *"İlçe belediyeleri ile bağlı kuruluşlara yapacakları yardımlar ve ortak proje giderleri"* büyükşehir belediyesinin giderleri arasında sayılmıştır.

D. İDARELER ARASI İŞBİRLİĞİ

İdareler arası işbirliğini değerlendirirken merkezi idare teşkilatı bağlamında bölge idarelerini; mahalli idareler bağlamında ise mahalli idare birliklerini ele almak gerekmektedir. Kurulmalarında benzer hedefler amaçlanan iki işbirliği modeli de Anayasa'da düzenlenmiştir.

1. Bölge İdareleri

Anayasa'nın 126. maddesinde kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla birden çok ili içine alan merkezî idare teşkilatı kurulabileceği düzenlenmiştir. 1983 yılında 71 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu hizmetlerinde verim ve uyum sağlamak amacıyla birden çok ili içine alan alanlarda görev yapacak biçimde merkezî yönetim örgütü kurulmakta ve bu örgüte bölge valiliği adı verilmektedir. Kararname illeri gruplandırarak 8 bölge valiliği kurulmasını öngörmekteydi ancak bu KHK meclis tarafından reddedilmiştir. Böylece Anayasa tarafından öngörülmüş bölge birimi kurulamamıştır[110].

---

107 Madde hükmü çerçevesinde uygulamada, bir yapının bakımının üstlenildiği, sosyal ve kültürel alanda işbirliği yapılarak ortak proje gerçekleştirildiği veya hastane projesi gibi birtakım yapım işlerinin üstlenildiği görülmektedir.

108 5216 Sayılı 10.7.2004 Tarihli Kanun, RG T. 23.7.2004, S. 25531.

109 Danıştay 6. Daire, 31.01.1991, E. 1989/3245, K. 1991/73, www.kanunum.com, E.T. 09.01.2025.

110 Gözler ve Kaplan (n 1) 181; Sevtap Yokuş, 'Anayasa Yargısının Olağanüstü Rejim Normları Karşısında Hak ve Özgürlükleri Koruma İşlevi' (1996) 17-18 (Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan) Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, 81; Aykut Polatoğlu, 'İl Yönetiminde Eşgüdüm Sorunu ve Yeni Bir Yönetim Modeli' (1985) 18 (4) Amme İdaresi Dergisi, 34-35; Yakup Bulut, 'Türkiye'de Bölge Yönetimi Arayışları' (2002) 35 (4) Amme İdaresi Dergisi, 29-30.

2. Mahalli İdareler Arası İşbirliği

Mahalli idarelerin gelişip güçlenmesi aynı zamanda bu idarelere yüklenen görevlerin artmasını da beraberinde getirmiştir. Bu durum mahalli idareleri kendi aralarında ortak hareket etmeye, işbirliği yapmaya zorlamıştır. Çevre, turizm, altyapı alanlarında ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar ve bu alanlarda yapılacak yatırımların maliyetinin oldukça yüksek olması, bu görevleri yerine getirecek mahalli idareleri ortak hareket etmeye yöneltmektedir[111]. İşbirliği yöntemi sayesinde bir hizmetin yürütülmesi ve organizasyonunda kaynak ve araçları kullanmak için mahalli idareler ortak hareket ederler. İşbirliğinin amacı, tek başına yerel idarelerin karşılayamadığı bazı hizmetleri, imkânları birleştirerek çözümlemektir[112]. Yerel yönetimler arasındaki işbirliği geçici veya sürekli nitelikte olabilir. Geçici olan işbirliği yerel yönetimler arasındaki bir anlaşmayla gerçekleştirilir. Sürekli işbirliği ise tüzel kişiliğe sahip birlik kurmayı gerektirmektedir[113].

Anayasa m. 127/son fıkrasına göre *"Mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir".* Mahalli idare birliklerinin kuruluş ve çalışma usulleri Mahalli İdare Birlikleri Kanununda[114] düzenlenmiştir. Kanun'un 3 üncü maddesine göre mahallî idare birliği, "*Birden fazla mahallî idarenin, yürütmekle görevli oldukları hizmetlerden bazılarını birlikte görmek üzere kendi aralarında kurdukları kamu tüzel kişisini"* ifade etmektedir. Kanun'un 18. maddesinde köylere hizmet götürme birlikleri düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre *"İlçelerde, tarım ürünlerinin pazarlanması hariç olmak üzere, yol, su, kanalizasyon ve benzeri altyapı tesisleri ile köylere ait diğer hizmetlerin yürütülmesine yardımcı olmak, bizzat yapmak, yaptırmak ve kırsal kalkınmayı sağlamak üzere, tüm köylerin iştiraki ile o ilçenin adını taşıyan, köylere hizmet götürme birliği kurulabilir".*

Kanun'un 20. maddesinde ülke düzeyinde birlik kurulması düzenlenmiştir. M. 20/2'ye göre *"Ülke düzeyinde kurulan birlikler birinci fıkrada belirtilen amaçların yanında mahallî idarelere rehberlik etmek; mahallî idareler arasında yardımlaşma ve işbirliğini, teknik ve idarî deneyim bilgi değişimini teşvik etmek; iyi uygulama örneklerinin yaygınlaşmasına yardım etmek konularında da faaliyette bulunabilir".*

Yerel yönetim birlikleri daha çok altyapı ve vatandaşların gündelik-rutin ihtiyaçlarını karşılayan kurumlar olarak kurulmuşlardır[115]. Ülke düzeyinde kurulan birlikler; yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, üyelerinin haklarını gerek merkezi yönetime

---

111 Vehbi Bakır, *Mahalli İdare Birlikleri* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) 21-22.

112 Tortop (n 6) 71.

113 Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt I* (Astana 2018) 157.

114 5355 Sayılı 26.05.2005 Tarihli Kanun, RG, T. 11.06.2005, S. 25842.

115 Abdullah Taştekin, İdari ve Mali Açıdan Türkiye'de Yerel Yönetimler (Bekad 2015) 170.

gerekse de uluslararası kurum ve kuruluşlara karşı savunmak, yerel demokrasiyi geliştirmek ve güçlendirmek, değişik ölçeklerde planlama ve projelendirme yapma konularında faaliyette bulunup; iyi uygulama örneklerinin yaygınlaşmasına katkı sağlar[116]. Bunun yanı sıra Kanun'un 20. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere ülke düzeyinde kurulan birliklerin amaçlarından biri de mahalli idareler arasında yardımlaşma ve işbirliğini teşvik etmektir.

E. İDARELER ARASI YARDIMLAŞMADA TAKDİR YETKİSİ

Hukukumuzda daha evvel ifade edildiği üzere idareler arasında yardımlaşmaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmasa da idareler arası yardımlaşmayı yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle yardım talebinin kabul veya reddinin genel olarak talepte bulunulan idarenin takdirine dayalı olduğunu söylemek gerekmektedir.

Takdir yetkisinin mevzuatta bir tanımı bulunmamakla birlikte doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Farklı tanımların üzerinde uzlaştığı noktalardan hareketle takdir yetkisini, idarenin belli şart ve durumların meydana gelmesi halinde belli bir kararı alıp almama veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapma konusunda tanınan bir serbestiye ya da belirli bir konuda karar alabilmek için hangi şart ve durumların ortaya çıkması gerektiğini tespit etme imkânına sahip olması olarak tanımlamak mümkündür[117]. Takdir yetkisi idarenin keyfi hareket edebilmesi sakıncasını beraberinde getirdiği için[118], bu yetkinin sınırsız ve mutlak bir yetki olmadığı doktrin ve yargı kararlarında kabul görmektedir[119]. Bu nedenle takdir yetkisinin kanuna uygun, anayasal ilkelere uygun, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun ve gerekçeli olarak kullanılması gerektiği ifade edilmektedir[120].

İdari yardım talebiyle karşılaşan idarenin talebi kabul veya reddetme yönünde takdir yetkisi olsa da kanaatimizce genel yaklaşım yardım talebini kabul etme yönünde olmalıdır. Çünkü açıklandığı üzere idarenin bütünlüğü, kamu hizmetlerinin sunumunda verimlilik, etkinlik ve kamu hizmetlilerinin devamlılığı ilkeleri gereğince kısaca kamu yararı gereği idareler birbirine yardımda bulunmalıdır. Bunun yanı sıra idari yardım talepleri değerlendirilirken takdir yetkisinin, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği de göz ardı edilmemelidir. Nitekim idare mahkemesi, taşınmaz malların 5393 sayılı Kanun'un 75/d maddesi kapsamında bir idareye tahsis edilmesine dair meclis kararına karşı belediye baş-

116 Taştekin (n 115) 170.

117 Halil Kalabalık, 'İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması' (1997) 1 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 206.

118 Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, (Beta, 2013), 335.

119 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 151; Danıştay 8. Daire, 19.3.2003, E. 2002/2960, K. 2003/1179, www.kanunum.com, E.T. 06.03.2025.

120 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 152; DİDDK, 26.09.2013, E. 2007/36, K. 2012/1271; Danıştay 5. Daire, 04.06.1985, E. 1982/1028, K. 1985/1675; www.kanunum.com, E.T. 06.03.2025.

kanının açtığı iptal davasında, daha üstün bir kamu yararını hedefleyen somut bir ihtiyaç veya somutlaşmış bir hizmet projesi kapsamında taşınmaza ihtiyaç duyulup duyulmadığı, belediye meclisinin tahsis konusundaki takdir yetkisini hukuka aykırı kullanıp kullanmadığı, alınan kararın kamu yararı ve hizmetin gerekleri gözetilerek tesis edilip edilmediği hususlarında değerlendirme yaparak karar vermiştir[121]. Başka bir davada mahkeme, büyükşehir belediyesinin ilçe belediyesi lehine on yıl süreyle ve bedelsiz olarak pazar yeri ve açık otopark, kurban ve adak kurban satış yeri alanı olarak kullanılmak üzere bir kısım taşınmaz mal tahsis ettiği olayda, taşınmazın bedelsiz tahsisinde kamu yararı gözetilmesi gerektiğine vurgu yaparak büyükşehir belediyesinin doğrudan kendisi işleterek gelir elde edebilecekken, açık otopark alanı olarak işletilmek üzere ilçe belediyesine bedelsiz olarak taşınmaz mal tahsisinde hukuka uygunluk bulunmadığı yönünde karar vermiştir[122]. VwVfG m. 5/2'de idari yardım yasağının söz konusu haller düzenlenmiştir. Bu hallerden biri yardımda bulunulmasının, federal hükümetin veya bir eyaletin menfaatlerine ciddi zarar verecek olması halidir. Ancak Alman hukukunda, İstanbul İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın aksine mali dezavantajlar, devletin işlevselliği veya devletin önemli hizmetlerini ciddi şekilde tehlikeye sokmadığı sürece genellikle ciddi menfaat ihlali kapsamında değerlendirilmemektedir[123].

Buna göre hukukumuzdaki mevcut durum itibariyle idareler arası yardımlaşma, yardım talep edilen idarenin yardım edip etmeme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlara özgü olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere yardım konusu işi yapmak ilgili idarenin görevi ise yani mevzuatta yer alan düzenleme emredici nitelikteyse kavramsal olarak idareler arası yardımlaşmadan söz edilemez. Bu durumda ilgili idarenin kendi görevini ifa etmesi söz konusu olur. Örneğin Devlet İhale Kanunu'nu m. 75/4'e göre, "İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir". Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin 5. fıkrası, Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinde yer alan hükümlerinin belediye taşınmazları hakkında da uygulanacağını belirterek hükme atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla bir belediyenin taşınmazını tahliye ettirmek amacıyla mülki idare amirine başvurması ve mülki idare amirinin taşınmazı tahliye ettirerek teslim etmesi, idareler arası yardımlaşma gibi görünse de aslında bu görevin ifasıdır. Nitekim Danıştay da tahliye işlemini gerçekleştirmenin mülki idare amirinin görevi olduğunu vurgulamaktadır[124].

---

121 İstanbul 6. İdare Mahkemesi, 28.12.2021, E. 2020/661, K. 2021/2006; 28.12.2021, E. 2020/657, K. 2021/2007; 28.12.2021, E. 2020/658, K. 2021/2009; 29.12.2021, E. 2020/660, K. 2021/2010, (Yayınlanmamış kararlar), aktaran Özelçi (n 98) 166.

122 İstanbul 11. İdare Mahkemesi, E. 2020/1187, K. 2021/1088, T. 20.10.2021, (Yayınlanmamış karar), Aktaran, Özelçi (n 98) 101.

123 Heribert Schmitz ve Lorenz Prell, "VwVfG § 5 Voraussetzungen und Grenzen der Amtshilfe," içinde Paul Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs (eds.) *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* (10. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.25.

124 Danıştay 2. Daire, 27.10.2021, E. 2021/9054, K. 2021/3831; Danıştay 4. Daire, 02.07.2023, E. 2023/4748 K. 2024/4347; www.kanunum.com, E.T. 06.03.2025.

F. İDARELER ARASI YARDIMLAŞMADAN DOĞAN SORUMLULUK ve GİDERLER

Genel olarak idarenin bir eylemi veya işlemi neticesinde zarara uğranılması sorumluluk kavramını gündeme getirmektedir. Sorumluluk, kasıt, ihmal ve kusur veya tedbirsizlikle ya da kanunun belirlediği durum ve eylemden doğan bir tehlike ile yaratılan ya da doğumuna sebebiyet verilen zararı tazmin borcudur[125].

İdareler arası yardımlaşmanın söz konusu olduğu hallerde yardım talep eden ve yardımı talep edilen idarelerin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Bu sorumluluk farklı açılardan kendini gösterebilir. İlk olarak yardım kararının kabul edilmesi sorumluluk doğurabilir. İkinci olarak, sorumluluk iç ilişkide kendini gösterebilir. Son olarak da 3. kişilere karşı da doğabilir.

Mevzuatta spesifik düzenleme bulunan bir konuya ilişkin talebin söz konusu olması halinde, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca yetkili makam takdir yetkisi çerçevesinde karar verecektir. Alınan karardan kanaatimizce yetkili makam sorumlu olmalıdır. Örneğin Belediye Kanunu m. 75/1-d hükmü gereğince belediye meclisi tarafından taşınmaz tahsis veya devri kararı alınması üzerine encümenin meclis kararının gereğini yerine getirme konusunda bağlı yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken konu, encümenin yapısı ve karar alma usulüyle ilişkilendirilerek, belediye meclisinin kararlarının nasıl icra edileceğidir[126]. Encümen toplantılarının gündemini belediye başkanının hazırladığı ve belediye başkanının, belediyenin taşınmaz mallarının yönetiminden ve meclis kararlarının uygulanmasından sorumlu olduğu ifade edilmektedir[127]. Bu bağlamda, belediye başkanının encümene başkanlık etmesi, gündemi oluşturması ve belediye meclisinin kararlarının uygulanmasından sorumlu olması dikkate alındığında, tahsis ve devir işlemlerinin yerine getirilmesinde sorumluluğun belediye başkanına ait olduğu sonucuna varılmaktadır[128].

İç ilişkide, yardım talebinin kabul edilmesi üzerine yardım konusu işin yerine getirilmesi sırasında, yardımı istenen idarenin kendi kusurundan kaynaklanmayan bir zarara uğraması halinde kanaatimizce yardım talep eden idare, ortaya çıkan zararı karşılamalıdır.

Yardım talebine konu olan işlem veya eylemin hukuka uygunluğundan söz konusu işlem veya eylemi yapan idare sorumlu olmalıdır. Bu nedenle yardım konusu işlem veya eylemin 3. kişilere zarar vermesi halinde ortaya çıkan zarar, kanaatimizce işlem veya eylemin sahibi olan idare tarafından karşılanmalıdır.

---

125 Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, (Seçkin, 1997), 11.

126 Özelçi (n 98) 189.

127 Özelçi (n 98) 189.

128 Özelçi (n 98) 189.

Yardım konusu işin yerine getirilmesi bazı durumlarda birtakım giderlerin yapılmasına sebebiyet verebilir. İdareler arası yardımlaşmanın ortaya çıkardığı giderlere kimin katlanması gerektiği hususunda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle idareler arası yardımlaşmayı konu alan spesifik düzenlemelerde giderler noktasında bir hüküm olup olmadığı önem arz etmektedir. Örneğin Taşınır Mal Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 4. fıkrasında, kamu idarelerince bedelsiz olarak devralınan taşınırlara ilişkin olarak devralan idarenin yapmış olduğu taşıma giderlerinin taşınırın değeri ile ilişkilendirilmeyeceğine yönelik hüküm bulunmaktadır. Hükümden yola çıkarak taşınır mal devrinde taşıma giderlerinin, taşınırı devralan idare tarafından karşılanması gerektiğini söyleyebiliriz. Mevzuatta yer alan spesifik düzenlemede giderler konusunda bir hüküm yoksa veya mevzuatta düzenlenmemiş hususlarda idareler arası yardımlaşma talep ediliyorsa kanaatimizce ortaya çıkan giderler yardım talep eden idare tarafından karşılanmalıdır.

IV. ALMAN İDARİ USUL HUKUKUNDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA

A. GENEL OLARAK

Alman Anayasasının (Grundgesetz) 35. maddesi, federal devlet ve eyaletlerin tüm idarelerinin, birbirlerine doğrudan hak ve yükümlülükler tesis eden hukuki ve idari yardımda bulunmasını öngörmektedir[129]. Anayasa'nın ilgili maddesi somutlaştırılması gereken bir hükümdür[130]. Anayasada düzenlenen idari yardım yükümlülüğü, bir yandan, federalizm sorununa, yani federal hükümet ile eyaletler arasındaki devlet organlarının ayrımına bir yanıt niteliğindedir; diğer yandan, bu norm, sadece federal/eyalet ilişkisini aşarak, devletin tüm düzeylerinde (federal, eyalet ve yerel yönetimler) idareler ve yargı organları arasındaki karşılıklı ilişkilerde, asgari düzeyde yardım ve destek hakları ile yükümlülüklerini güvence altına almayı amaçlamaktadır[131]. Eyaletler arasında ve içinde idari yardım sağlama görevi, kuvvetler ayrılığının ve devlet otoritesinin çeşitli tüzel kişilikler ve idareler tarafından kullanılmasının da gerekli bir sonucudur. Bu bağlamda, Anayasa m. 35/1, devlet bütünlüğünün ifadesi olup federal yapının genel çerçevesinde var olan karşılıklı güven ilişkisi ve birbirine saygı gösterme yükümlülüğü temelinde, devletin tüm idarelerini birbirine bağlamaktadır[132]. İdari yardımlaşma, bir yandan idarelerin asgari birlikteliğini sağlamak için bir araç iken diğer yandan farklı devlet organları

---

129 Schmitz ve Prell (n 7) kn.1; Funke-Kaiser (n 10) kn.1; Pünder (n 10) 489; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (10. Baskı, Verlag Franz Vahlen 2017) 245-246.

130 Schmitz ve Prell (n 7) kn.1.

131 Schmitz ve Prell (n 7) kn.2; Rolf Stober, Winfried Kluth, Stefan Korte ve Sven Eisenmenger, *Verwaltungsrecht I Ein Studienbuch* (13. Baskı, C.H.Beck 2017) 159.

132 Funke-Kaiser (n 10) kn.1; Schmitz ve Prell (n 7) kn.2.

ve tüzel kişilerin çeşitlenmesinin sonucu olarak ortaya çıkan parçalı yapıdaki idareler arasındaki sorunların aşılmasında bir araç işlevi görmektedir[133].

Anayasa m. 35'de yer alan genel düzenleme, VwVfG'nin 4-8. maddelerinde birçok açıdan somutlaştırılmıştır[134].

B. İDARİ YARDIM SEBEPLERİ

VwVfG m. 5/1[135] hükmünde idari yardım talep edilebilecek hallerden bazılarına yer verilmiştir. Buna göre ilk olarak idari yardım birtakım hukuki sebeplerle (VwVfG m. 5/1-1) talep edilebilmektedir. Buna göre, yardım işleminin başka bir idarenin yetki alanına girmesi nedeniyle idarenin yasal nedenlerle idari işlemi kendisinin gerçekleştirememesi halinde idari yardım talebinde bulunulabilir[136]. Konu olarak yetkili olan (talepte bulunan) idarenin, olayın aydınlatılması için gerekli bir faaliyeti gerçekleştirme konusunda yer bakımından yetkisiz olması durumunda hukuki sebeplerle idari yardım talep edilebilir[137]. Konu bakımından yetki eksikliği durumu, idari yardımın bir uygulama alanı değildir. Çünkü idari yardım, talepte bulunan idarenin yetkilerini genişletmesine imkan sağlayan bir uygulama değildir[138].

Hukuki sebepler dışında fiili sebepler nedeniyle de idari yardım talep edilebilir (VwVfG m. 5/1-2)**.** Yardım talebinde bulunan idarenin, gerekli personel ve tesislerinin bulunmaması gibi fiili nedenlerle idari işlemi yerine getiremeyeceği halleri kanun vurgulamaktadır[139]. Örneğin, çok sayıda dinleyici veya itiraz edecek kişinin beklendiği alışılmadık derecede karmaşık bir idari usul için gerekli olan toplantı odası mevcut değilse, fiili bir idari yardım sebebi mevcuttur[140]. Yine bir proje için ihtiyaç duyulan uzmanın kurumda çalışmaması ya da hastalık nedeniyle geçici olarak kurumda bulunmaması hali de fiili bir idari yardım sebebidir[141]. Fiili sebeplerle idari yardım, yardım talep eden idarenin kendi personel ve maddi kaynaklarını korumak için yardım talep edilen makamların zararına olacak şekilde kötüye kullanılmamalıdır. Bu tür stratejilere karşı dogmatik başlangıç noktası, idari yardımın münferit vakalarla sınırlandırılmasıdır. Bu nedenle, kalıcı ekipman açıkları, nadiren meydana

---

133 Schmitz ve Prell (n 7) kn.5.

134 Funke-Kaiser (n 10) kn.2.

135 *"Bir idare özellikle aşağıdaki hallerde idari yardım talep edebilir".*

136 Pünder (n 10) 490; Michael Funke-Kaiser, "VwVfG § 5 Voraussetzungen und Grenzen der Amtshilfe," içinde Johann Bader ve Michael Ronellenfitsch (eds.) *BeckOK VwVfG* (65. Baskı, C.H.Beck 2024) kn.7; Schmitz ve Prell (n 123) kn.6; Jens-Peter Schneider, "VwVfG § 5 Voraussetzungen und Grenzen der Amtshilfe," içinde Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (eds.) *Verwaltungsrecht VwVfG Band III Kommentar* (4. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.7.

137 Funke-Kaiser (n 136) kn.8; Schneider (n 136) kn.7.

138 Funke-Kaiser (n 136) kn.9.

139 Pünder (n 10) 490; Funke-Kaiser (n 136) kn.10; Schmitz ve Prell (n 123) kn.7.

140 Funke-Kaiser (n 136) kn.10.1.

141 Schmitz ve Prell (n 123) kn.8.

gelen özel durumlar için özel kaynaklarla ilgili olmadıkça kabul edilmemelidir[142]. Bununla birlikte, aşırı katı bir standart uygulamamak ve esnek muamelenin önünü açmak amacıyla hükmü çok dar yorumlamamak gerekmektedir[143]. Buna göre, talepte bulunan idarenin görevleri, ilgili bir tesisi hazır bulundurmanın ekonomik olmayacağı veya uzman bir çalışanı istihdam etmenin bile mümkün olmayacağı kadar seyrekse, daimi yardıma belirli bir ölçüde izin verilebilmektedir[144].

Başka bir idari yardım sebebi, bilinmeyen veya ortaya çıkarılamayan vakıaların bulunması halidir (VwVfG m. 5/1-3). Buna göre, talepte bulunan idarenin belirli bir olgudan haberdar olmaması, bu olguyu objektif olarak tespit edememesi ve alması gereken kararın bu olguların bilinmesine bağlı olması halinde idari yardım talep edilebilir[145]. İdarenin yasal nedenlerle vakıaları kendisinin araştıramadığı durumlar zaten VwVfG m. 5/1-1 kapsamındadır. Kendi araştırmasını yapamamanın personel veya tesis eksikliğinden kaynaklandığı durumlar VwVfG m. 5/1-2 kapsamındadır. Bu nedenle VwVfG m. 5/1-3'ün uygulama bulabilmesi için, bundan başka nedenler var olmalıdır[146].

Belgelere ve diğer delillere ihtiyaç duyulması da (VwVfG m. 5/1-4) kanunda idari yardım sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre idare, başka bir idarenin elinde hâlihazırda bulunan belgelere veya diğer delillere ihtiyaç duyarsa idari yardım talep edilebilir. Pratik anlamda bunlar, genellikle dosyalar veya gönderilebilecek ve bu nedenle taşınabilir olması gereken diğer inceleme nesneleridir. Bu hüküm, talepte bulunulan idare tarafından hazırlanması veya temin edilmesi gereken delilleri (uzman görüşleri de dâhil olmak üzere) kapsamamaktadır[147]. Kanun yalnızca talepte bulunan idarenin belgeye veya diğer delile ihtiyacı olması gerektiğinden bahsetmekte olup kararın alınmasının bu belge ve delillere "bağımlı olması" durumundan söz etmemektedir. Bu nedenle, burada söz konusu belgenin veya delilin karar açısından belirleyici olup olmadığına dair bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur[148]. Ancak, belge veya delilin açıkça hiçbir katkı sağlayamayacağı durumlarda da ihtiyaçtan söz edilemeyeceği açıktır[149].

İşlemin "önemli ölçüde büyük bir külfetle" yapılması bir diğer idari yardım sebebi olarak Kanun'da sayılmıştır (VwVfG m. 5/1-5). Talepte bulunan idarenin, kural olarak hukuken veya fiilen idari işlemi kendisinin gerçekleştirebilecek durumda olduğu, ancak bunu başka bir idareye göre çok daha büyük bir külfet ile ya-

142 Schneider (n 136) kn.8.

143 Funke-Kaiser (n 136) kn.11; Schmitz ve Prell (n 123) kn.7.

144 Funke-Kaiser (n 136) kn.11; Schmitz ve Prell (n 123) kn.7.

145 Pünder (n 10) 490; Funke-Kaiser (n 136) kn.14; Schmitz ve Prell (n 123) kn.9.

146 Schneider (n 136) kn.9; Schmitz ve Prell (n 123) kn.9.

147 Schmitz ve Prell (n 123) kn.10; Funke-Kaiser (n 136) kn.20.

148 BVerwG NVwZ 2020, 151.

149 Funke-Kaiser (n 136) kn.21.

pabileceği durumlarda, ekonomiklik ve etkinlik ilkelerine, dolayısıyla genel olarak orantılılık ilkesine uygun hareket edebilmek için idari yardıma cevaz verilmektedir[150]. "Külfet" terimi geniş yorumlanmalı ve sadece mali külfet olarak anlaşılmamalıdır. Örneğin personelin çok fazla zaman harcayacak olması da külfet olarak değerlendirilebilir[151]. Yardım talebinde bulunulan idarede ortaya çıkacak iş yükünün idari yardım talep eden idarede ortaya çıkacak iş yüküne göre, idari yardım talebini haklı gösterecek ölçüde, anlamlı derecede daha az olması gerekmektedir[152]. Tipik örnekler arasında, başka bir yerde bulunan bir tanığın ifadesinin alınması veya bir yerde keşif yapılması yer almaktadır. Yüksek seyahat masrafları ve uzun yolculuk süreleri söz konusu olacakken, idari yardım sayesinde yardım talebinde bulunulan idare bu işlemi yerinde hızlı bir şekilde gerçekleştirmektedir[153].

İdari yardım sebepleri, VwVfG m. 5/1'in 1 ila 5. fıkraları arasında sayılanlarla sınırlı değildir. Maddede "özellikle" idari yardım talep edilebilecek hallere yer verildiği için maddede yer verilmeyen başka geçerli nedenler de bir idari yardım talebini haklı kılabilir[154].

C. İDARİ YARDIM YASAĞI

VwVfG m. 5/2 hükmüne göre "*Talepte bulunulan idare aşağıdaki durumlarda yardımda bulunamaz:*

1. Yardımda bulunması hukuki nedenlerle mümkün değilse;

2. Yardımda bulunulması, federal hükümetin veya bir eyaletin menfaatlerine ciddi zarar verecekse.

Özellikle, belgelerin veya dosyaların sunulması ya da bilgi verilmesi, eğer bu işlemler bir yasa gereği veya doğası gereği gizli tutulmak zorundaysa, talep edilen makamın yükümlülüğü dışında kalır".

VwVfG m. 5/2'de yardım talep edilen idarenin yardım sağlamayı reddetmesi gereken üç durum hükme bağlanmıştır[155]. Yardım talep edilen idarenin tabi olduğu kanun, idari yardıma izin vermiyorsa ilgili idare, talep edilen idari yardımı sağlayamaz[156]. Bu yasak, idarenin kanuniliği ilkesine hizmet etmektedir[157].

İdareler, kanunda yasaklanan konularda yardım talebinde bulunmamalıdır. Yasağa rağmen yardım talep edilmiş ve ilgili idare, VwVfG m. 5/2'ye aykırı olarak

---

150 Schmitz ve Prell (n 123) kn.11; Funke-Kaiser (n 136) kn.22; Schneider (n 136) kn.12; Pünder (n 10) 490.

151 Funke-Kaiser (n 136) kn.23.

152 Funke-Kaiser (n 136) kn.24; Schmitz ve Prell (n 123) kn.12; Schneider (n 136) kn.12.

153 Funke-Kaiser (n 136) kn.24.1.

154 Schmitz ve Prell (n 123) kn.13; Schneider (n 136) kn.13.

155 Funke-Kaiser (n 136) kn.28; Schneider (n 136) kn.14.

156 Schmitz ve Prell (n 123) kn.15; Funke-Kaiser (n 136) kn.33.

157 Funke-Kaiser (n 136) kn.33.

idari yardım sağlamışsa, yardım talep eden idarenin işleminde bir usul hatası ortaya çıkar[158]. Bu durumda VwVfG m. 46 çerçevesinde usul hatasının esaslı olup olmadığı değerlendirilir. Buna göre ilk olarak işlemin, VwVfG m. 44 hükümleri çerçevesinde hükümsüz olup olmadığı incelenir. İşlem hükümsüz değilse sakatlığın işlemin esasını etkileyip etkilemediğine bakılmalıdır. Esası etkilemediği açıkça ortada olan usul, şekil hataları veya yer bakımından yetki kurallarına aykırılık durumu işlemin iptalini gerektirmemektedir.

Bir idari yardım, federal devletin veya bir eyaletin menfaatlerine önemli bir zarar verecekse bu yardım yasaklanmıştır[159]. Bu tür durumlar hem kamu hukuku hem de özel hukuk kapsamındaki idari faaliyetler alanında ortaya çıkabilir[160]. Dış ya da iç güvenliğin bozulması ya da tehlikeye girmesi, kamu düzeninin (önemli ölçüde) bozulması, diğer (yabancı) devletler ve uluslararası örgütlerle ilişkilerin bozulması gibi haller menfaatlere ciddi zarar veren durumlara örnek olarak gösterilebilir[161]. Devletin işlevselliği veya devletin önemli hizmetleri ciddi şekilde tehlikeye girmediği sürece, mali dezavantajlar genellikle ciddi menfaat ihlali kapsamında değerlendirilmemektedir[162].

Maddede son olarak belge ve bilgi sunulmasında gizlilik yükümlülüğüne değinilerek böyle bir idari yardım talebinde reddetme yükümlülüğü getirilmiştir[163]. Çok çeşitli düzenlemelerde yer alan gizlilik yükümlülüklerinin[164] yanı sıra doğası gereği gizli tutulması gereken bilgi ve belgelere de kanunda yer verilmiştir. Her bir durumda, tüm menfaatlerin kapsamlı bir şekilde dengelenmesi gerekmektedir. Yapılacak değerlendirme sonucunda gizliliğin korunmasının mı, yoksa bilginin açıklanması ya da iletilmesi menfaatlerinin mi baskın olduğuna karar verilmelidir[165]. Burada geçerli olan ilke, kişilik hakları söz konusu olduğunda, özellikle de mahremiyet alanı ve özel hayatla ilgili konularda, bilgilerin paylaşılmasının yasak olduğudur. Ayrıca, denge sağlanamayan durumlarda da bilgilerin paylaşılmaması gerekir[166]. Talepte bulunan idarenin, belgelerin doğası gereği gizli sayılıp sayılmayacağına karar verirken takdir yetkisi yoktur, bu nedenle gerekirse bir davayla yargısal denetim gerçekleştirilebilir[167].

158 Funke-Kaiser (n 136) kn.29; Schmitz ve Prell (n 123) kn.14.

159 Pünder (n 10) 490; Schmitz ve Prell (n 123) kn.23; Funke-Kaiser (n 136) kn.37.

160 BVerwG NJW 1987, 202; DVBl 1982, 1195.

161 Schmitz ve Prell (n 123) kn.25.

162 Schmitz ve Prell (n 123) kn.25.

163 Pünder (n 10) 490; Funke-Kaiser (n 136) kn.43.

164 Funke-Kaiser (n 136) kn.44.

165 Funke-Kaiser (n 136) kn.52.

166 Funke-Kaiser (n 136) kn.52.

167 Funke-Kaiser (n 136) kn.53.

D. İDARİ YARDIMIN İHTİYARİ REDDİ

VwVfG m. 5/3'te yardım talep edilen idarenin yardım sağlamak zorunda olmadığı durumlara yer verilmiştir. Buna göre, başka bir idarenin yardımı çok daha kolay veya önemli ölçüde daha az çabayla sağlayabileceği durumlarda; yardımın ancak orantısız derecede büyük bir çabayla sağlanabileceği durumlarda; yardım talep eden idarenin görevleri dikkate alındığında, yardımı sağlamak kendi görevlerini yerine getirmeyi ciddi şekilde tehlikeye atacaksa idari yardım ihtiyari olarak reddedilebilir. Kural olarak sınırlı sayıda sayılmış olan bu durumlarda, talepte bulunulan idare kendi takdirine bağlı olarak yardım sağlamayı reddetme seçeneğine sahiptir[168].

Buna göre başka bir idarenin yardımı çok daha kolay veya çok daha az çabayla sağlayabilmesi halinde yardım sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır[169]. Bunun yanı sıra, yardım sağlanması, talepte bulunulan idarenin yardım sağlamak için orantısız bir çaba sarf etmesi durumunda da reddedilebilir. Burada orantısızlık, talepte bulunulan idarenin kendi görevlerini yerine getirmek için harcadığı çaba ile talebin yerine getirilmesinin oluşturacağı çabanın karşılaştırılmasıyla ortaya çıkar[170]. Talepte bulunan idare, masrafların bir kısmını kamu hukuku sözleşmesi yoluyla üstlenerek bu orantısızlık itirazını ortadan kaldırabilir[171]. Son olarak, yardım sonucunda idarenin kendi görevlerini yerine getirmesi ciddi şekilde tehlikeye girecekse yardım reddedilebilir[172]. Maddede geçen "ciddi" ifadesi katı bir standart önermektedir. Yardım edecek idare, kendi görevlerini yerine getirirken bazı gecikmeleri ve zorlukları kaçınılmaz olarak kabul etmelidir. Aksi takdirde idari yardım kurumunun uygulanabilmesi için yardım talep edilen idarenin iş yükü az bir idare olması gerektiği sonucu doğar[173]. Yardımın sağlanması, talepte bulunulan idareye kendi önemli ve acil görevlerini gerektiği şekilde yerine getiremeyecek kadar büyük bir yük getiriyorsa ciddi bir tehdit olduğu varsayılır. Başka bir ifadeyle sınırlı etkinlik kayıpları veya gecikmeler idari yardım talebinin reddini gerektirmemektedir[174].

E. İDARİ YARDIM TALEBİNİ RET YETKİSİNİN SINIRLARI

VwVfG m. 5/4'e göre: "İdari yardım t*alep edilen idare, yardım talebini 3. fıkrada belirtilen nedenler dışındaki sebeplerle ya da idari yardımla gerçekleştirilmek istenen tedbiri uygun bulmadığı için reddedemez"*. Bu düzenleme, yardım talep edilen idarenin, VwVfG m. 5/2'deki zorunlu sebepler ve VwVfG m. 5/3'de belirtilen sınırlı sayıdaki takdire bağlı reddetme gerekçelerinin dışında başka herhangi

168 Pünder (n 10) 490-491; Schmitz ve Prell (n 123) kn.33; Funke-Kaiser (n 136) kn.58.

169 Schmitz ve Prell (n 123) kn.34; Pünder (n 10) 490-491; Funke-Kaiser (n 136) kn.59; Schneider (n 136) kn.20.

170 Schmitz ve Prell (n 123) kn.35; Funke-Kaiser (n 136) kn.62; Schneider (n 136) kn.21.

171 Funke-Kaiser (n 136) kn.64.

172 Schmitz ve Prell (n 123) kn.36; Schneider (n 136) kn.22; Funke-Kaiser (n 136) kn.65.

173 Schmitz ve Prell (n 123) kn.36; Funke-Kaiser (n 136) kn.66.

174 Schneider (n 136) kn.22.

bir nedenle yardım talebini reddedemeyeceği gibi, gerçekleştirilmek istenen tedbiri amaca uygun görmediği gerekçesiyle de reddedemeyeceğini ortaya koymaktadır[175]. Bununla birlikte, talebin açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hallerde ret kararı verilebilir. Hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek hallere örnek olarak, talebin sadece göstermelik bir amaç için yapılmış olması ve aslında mali amaçlar gibi başka bir caiz olmayan tedbire hizmet etmeyi amaçlaması hali, kanun hükümlerini dolanmak için yapılmış olması, yardım talep eden idarenin, talepte bulunulan idarenin ret gerekçelerinin varlığını inceleyebilmesi için gerekli bilgileri talep ettiği halde vermeyi reddetmesi ve talebin makul bir gerekçe olmaksızın tekrarlanması hali gösterilebilir[176].

F. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI VE HUKUKİ KORUMA

VwVfG m.5/5'e göre *"Talepte bulunulan idare kendisini yardım sağlamakla yükümlü görmüyorsa, bu görüşünü talepte bulunan idareye bildirir. Talepte bulunan idarenin idari yardım konusunda ısrar etmesi halinde, ortak yetkili denetim makamı veya böyle bir makamın bulunmaması halinde, talepte bulunulan idarenin yetkili denetim makamı idari yardım sağlama yükümlülüğü konusunda karar verir".*

İdari yardım talebi üzerine, uygulamada ilgili idareler arasında farklı görüşler ortaya çıkabilir. Bu nedenle VwVfG m.5/5'de bir uyuşmazlık çözüm prosedürü düzenlenmiştir[177]. Yardım talep edilen idare, bir ret gerekçesine sahipse talepte bulunan idareye, anlaşılır nedenler belirterek durumu bildirmekle yükümlüdür. Talepte bulunan idare, talebin yerine getirilmesinde ısrar ederse, esaslı değerlendirmelerini belirterek bunu yardım talep edilen idareye iletecek ve bu şekilde karşılıklı bir uzlaşıyla çözüm sağlanmaya çalışılacaktır. Ancak Kanun, bunu bir yükümlülük olarak öngörmemektedir. Talepte bulunan idare, talebin yerine getirilmesini denetim makamının müdahalesi ve gerekirse dava yolu ile zorlayarak sağlayabilir[178].

G. YARDIM EDECEK İDARENİN SEÇİMİ

VwVfG m. 6'ya göre "İdari yardım için birden fazla idarenin söz konusu olması halinde, mümkünse talepte bulunan idarenin ait olduğu idari kolun en alt idari seviyesindeki bir idareden talep edilmelidir."

Birden fazla idareden yardım talep edilebilecek olması halinde, talepte bulunan idarenin yardım isteyeceği idareyi seçme hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki VwVfG m. 6 hükmüyle iki açıdan önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Buna

175 Funke-Kaiser (n 136) kn.69.

176 Funke-Kaiser (n 136) kn.72.

177 Schneider (n 136) kn.25; Funke-Kaiser (n 136) kn.74.

178 Schmitz ve Prell (n 123) kn.38; Schneider (n 136) kn.26; Funke-Kaiser (n 136) kn.76.

göre, mümkünse ilk olarak talepte bulunan idarenin ait olduğu idari kolun bir idaresi seçilmelidir. İkinci olarak, mümkün olan en alt düzeydeki idare seçilmelidir[179]. Hüküm idari hiyerarşinin en altındaki idareyi vurgulayarak, yerel koşullara en aşina olan bir idarenin görevlendirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı zamanda bu kategorideki idarelerin görevlendirilmesinin bir diğer sebebi görevlendirme maliyetinin hiyerarşik olarak daha üstte bulunan idarelere göre daha düşük olmasıdır[180]. Maddede bahsedilen idari kol, departman ilkesine göre belirlenen uzmanlaşmış idareyi ifade etmektedir (örneğin genel iç idare, askeri idare, nakliye idaresi gibi)[181]. Başka bir ifadeyle aynı idari kol, aynı tüzel kişiliğin doğa koruma idareleri, inşaat idareleri, yol yapım idareleri vb. gibi departmanlara göre farklılaştırılmış çeşitli uzmanlaşmış idarelerini ifade eder. Her zaman bu tüzel kişilik içinde bunlardan birkaç tane olduğu varsayılır[182]. Bu hususlar, başka bir tüzel kişiliğe başvurulacaksa, hiyerarşinin en altındaki idareler için de aynı şekilde geçerlidir[183].

Maddede yer alan "mümkünse" ifadesi, yardım talebinde bulunan idareye, temel kuralın uygulanmasında somut olayın koşullarını dikkate alması için daha fazla hareket alanı sağlamaktadır[184].

H. İDARİ YARDIMIN UYGULANMASI

VwVfG m. 7'ye göre *"(1) İdari yardımla gerçekleştirilecek tedbirin kabul edilebilirliği talepte bulunan idarenin tabi olduğu hukuka, idari yardımın uygulanması ise talepte bulunulan idarenin tabi olduğu hukuka tabidir.*

(2) Talepte bulunan idare, alınacak tedbirin hukuka uygunluğundan talepte bulunulan idareye karşı sorumludur. Yardımın uygulanmasından talepte bulunulan idare sorumlu olacaktır."

Bu hüküm, ilgili idarelerin hangi kanunu uygulayacağını ve buna bağlı olarak sorumluluklarının nasıl sınırlandırılacağını belirlemektedir.

İdari yardım, yardım talep edilen idarenin tabi olduğu kanun hükümleri çerçevesinde uygulanır. İdari yardım söz konusu olduğunda yardım talep edilen idare, yardım talep eden idarenin kanununa tabi kılınsaydı, yardım talep edilen idare belirli koşullar altında kendi görevlerini yerine getirmek için sahip olmadığı yetkilere

179 Heribert Schmitz ve Lorenz Prell, "VwVfG § 6 Auswahl der Behörde," içinde Paul Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs (eds.) *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* (10. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.5; Michael Funke-Kaiser, "VwVfG § 6 Auswahl der Behörde," içinde Johann Bader ve Michael Ronellenfitsch (eds.) *BeckOK VwVfG* (65. Baskı, C.H.Beck 2024) kn.5; Jens-Peter Schneider, "VwVfG § 6 Auswahl der Behörde," içinde Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (eds.) *Verwaltungsrecht VwVfG Band III Kommentar* (4. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.3.

180 Schmitz ve Prell (n 179) kn.3; Schneider (n 179) kn.1; Funke-Kaiser (n 179) kn.1.

181 Schmitz ve Prell (n 179) kn.5.

182 Funke-Kaiser (n 179) kn.10.

183 Funke-Kaiser (n 179) kn.12.

184 Schmitz ve Prell (n 179) kn.6.

sahip olabilirdi. Bu da idari yardım ilkelerine aykırı olurdu. Bu nedenle, yardım talep edilen idare, kendisinin tabi olduğu kanun kapsamında, idari yardım sağlamaya yetkili olup olmadığını ve örneğin Veri Koruma Kanunu'nda idari yardıma ilişkin herhangi bir yasak veya kısıtlama olup olmadığını re'sen kontrol etmelidir[185].

Her iki idarenin uygulayacağı hukukun geçerlilik iddiası, sorumluluk alanlarının ayrımına yön veren bir unsur olup, bu nedenle 2. fıkranın düzenlemesi, 1. fıkraya uygun bir devam hükmü niteliğindedir[186]. Hüküm doğrudan yalnızca her iki idare arasındaki ilişkiyi (iç ilişkiyi) ilgilendirmektedir ve bu iki açıdan ele alınabilir: Birincisi, talebin yapılması ve yerine getirilmesi sırasında iki tüzel kişilikten birinin doğrudan zarar görmesi durumunda sorumluluğun belirlenmesi için; ikincisi ise, iki tüzel kişilikten birinin dış ilişkide tazminat ödemek zorunda kalması ve bu durumda iç ilişkide bir denkleştirme talebinin gündeme gelmesi durumunda. Bununla birlikte, hükmün ifadeleri, idari usulün tarafları ve üçüncü kişilerle olan ilişkiyi de etkilemekte ve dolaylı olarak bir ölçüde dış ilişki açısından da önem taşımaktadır[187].

I. İDARİ YARDIM GİDERLERİ

VwVfG m.8'e göre "*(1) Talepte bulunan idare, talep edilen idareye idari yardım için idari bir ücret ödemek zorunda değildir. Masraflar, münferit durumlarda 35 Euro'yu aşıyorsa, talep üzerine yardım talep edilen idareye* ödenir. Aynı *denetim makamına tabi* tüzel kişiliğe sahip *idarelerin birbirlerine idari yardım sağlamaları halinde, masraflar ödenmez.*

(2) Talep edilen idarenin idari yardım sağlamak amacıyla ücretlendirilebilir bir idari işlem gerçekleştirmesi halinde, üçüncü bir tarafın borçlu olduğu masrafları (idari ücretler, kullanıcı ücretleri ve masraflar) talep etme hakkına sahip olur".

Bu hüküm, ilgili idareler arasındaki iç ilişkide, yardım talep eden idarenin yardım talebinin yerine getirilmesi sonucunda, yardım talep edilen idare tarafından yapılan masrafları karşılayıp karşılamayacağını ve karşılayacaksa ne ölçüde karşılayacağını belirler[188].

VwVfG m. 8, idarenin menfaati ve karşılıklı idari yardımlaşma varsayımı çerçevesinde idari yardımın ücretsiz olduğunu düzenlemekte olup idari yardım sebebiyle

---

185 Heribert Schmitz ve Lorenz Prell, "VwVfG § 7 Durchführung der Amtshilfe," içinde Paul Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs (eds.) *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* (10. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.3; Jens-Peter Schneider, "VwVfG § 7 Durchführung der Amtshilfe," içinde Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (eds.) *Verwaltungsrecht VwVfG Band III Kommentar* (4. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.3.

186 Schmitz ve Prell (n 185) kn.5; Michael Funke-Kaiser, "VwVfG § 7 Durchführung der Amtshilfe," içinde Johann Bader ve Michael Ronellenfitsch (eds.) *BeckOK VwVfG* (65. Baskı, C.H.Beck 2024) kn.6; Schneider (n 185) kn.5.

187 Schmitz ve Prell (n 185) kn.5; Funke-Kaiser (n 186) kn.6; Schneider (n 185) kn.5.

188 Michael Funke-Kaiser, "VwVfG § 8 Kosten der Amtshilfe," içinde Johann Bader ve Michael Ronellenfitsch (eds.) *BeckOK VwVfG* (65. Baskı, C.H.Beck 2024) kn.1.

yapılan masraflar ve üçüncü taraflara karşı talepler için farklı hükümler getirmektedir[189]. İdari yardım sebebiyle yapılan masraflar, idari yardım hizmetinin neden olduğu, genel idari giderlerin ötesine geçen ve bu nedenle yardım talep edilen idareye özel bir bütçe yükü getiren (idari yardımla ilgili ek maliyetler olarak adlandırılan) nakit harcamalar olarak anlaşılmaktadır. Masrafların talep nedeniyle tetiklenmiş olması gerekmektedir. İdari yardım talebinin geri çekilmesi halinde de o ana kadar yapılmış olan masraflar yardım talep edilen idareye ödenmelidir[190]. Sadece gerekli masraflar ödenmelidir, yani yardım talep edilen idarenin idari yardım yasağını ihlal eden, ekonomik olmayan ve hatta açıkça hukuka aykırı uygulama tedbirleri için herhangi bir talepte bulunulamaz[191].

Masraflar sadece yardım talep edilen idarenin "talebi üzerine" ödenmektedir. Talepte bulunan idarenin masrafları ödemeyi reddetmesi halinde, talepte bulunulan idare eda davası açabilir[192].

Aynı denetim makamına tabi idareler arasında gerçekleştirilen idari yardımlarda masraflar için bir ödeme yapılmamaktadır. Bu düzenleme, tek bir bütçe çerçevesinde yapılan ödeme işlemlerinden kaynaklanan idari yükü azaltmayı amaçlamaktadır. Ancak bu durum, günümüzün kurum bütçeleme sisteminde işlevsel sorunlara yol açabilmektedir[193].

SONUÇ

İdareler kendilerine kanunla verilen görevleri kendi imkânları ile yürütürler. Ancak bu görevi yürütmek için bazen başka bir idarenin yardımına ihtiyaç duyabilmektedirler. Hukukumuzda idareler arası yardımlaşma kurumuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre hukukumuzdaki mevcut durum itiba-

189 Jens-Peter Schneider, "VwVfG § 8 Kosten der Amtshilfe," içinde Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (eds.) *Verwaltungsrecht VwVfG Band III Kommentar* (4. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.4; Funke-Kaiser (n 188) kn.10; Heribert Schmitz ve Lorenz Prell, "VwVfG § 8 Kosten der Amtshilfe," içinde Paul Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs (eds.) *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* (10. Baskı, C.H.Beck 2023) kn.9.

190 Schneider (n 189) kn.4; Funke-Kaiser (n 188) kn.10; Schmitz ve Prell (n 189) kn.9.

191 Schneider (n 189) kn.5; Funke-Kaiser (n 188) kn.13. Vekaletsiz iş görme TBK'nın 529. Maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmü şu şekildedir: "İşsahibi*, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır*" Alman Medeni Kanunu m. 677 hükmüne göre, iş gören iş sahibinin "menfaatine veya hakiki ya da varsayılan iradesine uygun hareket ettiği zaman" masraf talebinde bulunabilecektir. Alman Medeni Kanunu m. 684 iş görenin masraf taleplerine ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yapmakta ve bu iki kurumun birbirini tamamladığı söylenmektedir (Aynaz Uğur, Milletlerarası Özel Hukukta Vekaletsiz İş Görme, (Legal, 2022, 61 vd.).

192 Schneider (n 189) kn.7.

193 Pünder (n 10) 491; Schneider (n 189) kn.8; Funke-Kaiser (n 188) kn.17; Schmitz ve Prell (n 189) kn.12.

riyle idareler arası yardımlaşma, yardım talep edilen idarenin takdirine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Takdir yetkisi, yardım talep edilen makama talebi kabul edip etmeme noktasında serbestlik tanısa da, takdir yetkisinin sınırsız ve mutlak bir yetki olmaması nedeniyle kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak yönlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce yardım talebiyle karşılaşan idare takdir yetkisini yönlendirirken idarenin bütünlüğü, kamu hizmetlerinin sunumunda verimlilik, etkinlik ve kamu hizmetlilerinin devamlılığı ilkeleri bağlamında değerlendirme yapmalıdır. Her ne kadar kamu hizmetleri, uzmanlık, etkinlik, verimlilik ve eşitlik gibi sebeplerle farklı kamu tüzel kişileri tarafından yürütülse de idarenin görevleri itibariyle bütün olduğu hem Anayasa'nın 123. maddesinde hem de yargı kararlarında vurgulanmaktadır. İdarenin görev itibariyle de bütün olması nedeniyle, bir idarenin başka bir idarenin yardımına ihtiyaç duyması halinde yardım talep edilen idare, kendi imkânları dâhilinde mümkün olan ve aşırı külfet getirmeyen yardımı sağlamalıdır. Bunun yanı sıra kamu hizmetlerinin verimli ve etkin sunulması gerekmektedir. İdareler yayınladıkları çeşitli yönergeler ve kararlarda bu hususa vurgu yapmaktadır. Kamu hizmetlerinin sunumunda verimliliği ve etkinliği sağlamanın yollarından biri de başka bir idareden gelen yardım talebini değerlendirerek, kendi işlerini aksatmayacak veya külfet getirmeyecek durumlarda idarelerin birbirine yardım etmesidir. Kamu hizmetlerinin devamlılığı, hizmetlerin aralıksız, kesintisiz, sürekli ve devamlı bir şekilde yerine getirilmesini ifade eden bir ilke olup doktrin ve yargı kararlarında genel bir prensip olarak yer almaktadır. Bu ilke gereğince kamu hizmetlerinde kesinti, duraksama veya kesilme söz konusu olmamalıdır. Kanaatimizce idareler arası yardımlaşma kamu hizmetlerinde devamlılık ilkesinin hukuki sonuçlarından biri olarak kabul edilmelidir. Buna göre mümkün ve gerekli hallerde idareler birbirlerine yardımda bulunmalıdırlar.

İdareler arası yardımlaşma iki farklı idare arasında söz konusu olmaktadır. Ancak yardımına ihtiyaç duyulan idare ile yardıma ihtiyaç duyan idare aynı hiyerarşik yapı içinde yer alan emir ve talimat ilişkisi içindeki iki idare ise hiyerarşik amir, emir ve talimat verme yoluyla gerekli yardımı sağlayabilmektedir. Dolayısıyla emir ve talimat ilişkisi içinde sağlanan yardımların kavramsal olarak idari yardım olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde yardım konusu işi yapmak talepte bulunulan ilgili idarenin görevi ise, yani mevzuatta yer alan düzenleme emredici nitelikteyse yine idareler arası yardımlaşmadan söz edilemez.

Her ne kadar idareler arası yardımlaşmaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmasa da yardımlaşmayı yasaklayan bir düzenleme de bulunmamakta ve bu kapsamda idari teşkilat kanunlarında muhtelif düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerde, genel olarak idareler arası bilgi ve belge paylaşımı, personel konusunda yardımlaşma, idareler arası taşınmaz ve taşınır mal devri, kaynak ve yatırım açısından yardımlaşma konularına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bunun yanı sıra, kamu hizmetlerinin sunumunda uyum ve birlik sağlamak, işbirliğini arttırmak için bölge idareleri ve mahalli idare birliklerinin kurulması bizzat Anayasa tarafından

öngörülmüştür. Kalkınma planlarında da idareler arası işbirliğine yer verilmektedir. Örneğin 11. Kalkınma Planında (2019-2023) kamu kurumlarının yerel idarelerle işbirliği yapması vurgulanmıştır[194].

Mevzuatta idareler arası yardımlaşmaya ilişkin olarak özel düzenlemeler yer alması, Anayasa'nın işbirliğini teşvik eden hükmü ve yine işbirliğinin kalkınma planında vurgulanması idareler arası yardımlaşmanın önemi ve gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Alman Anayasasının (Grundgesetz) 35. maddesinde ve Alman İdari Usul Kanunu'nun (VwVfG) 4-8. maddeleri arasında idari yardımlaşma kurumu düzenlenmiştir. Bizim hukukumuzda da kanaatimizce uygulamada karşılaşılan sorunlara yeknesak bir çözüm sunabilmek ve kaynak kullanımında tasarruf, kamu hizmetlerinin sunumunda etkinlik, verimlilik ve sürekliliği sağlamak amacıyla idareler arası yardımlaşmaya ilişkin olarak genel bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut E, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, (Beta 2013).

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (18. Baskı Seçkin 2024).

Armağan T, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, (Seçkin 1997).

Atasayan M G, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi* (On İki Levha 2012).

Uğur, A, *Milletlerarası Özel Hukukta Vekaletsiz* İş Görme, (Legal 2022).

Bakır V, *Mahalli İdare Birlikleri* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007).

Bulut Y, 'Türkiye'de Bölge Yönetimi Arayışları' (2002) 35 (4) Amme İdaresi Dergisi 17-42.

Candan E, *Türk Bütçe Sisteminde Performans Denetimi* (T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı 2007).

Demir R, *Türk Hukukunda Yürütme ve İdarenin Kanuniliği İlkesi* (Adalet Yayınevi 2023).

Eroğlu H, İdare Hukuku (5. Bası 1985).

Funke-Kaiser M, "VwVfG § …," içinde Johann Bader ve Michael Ronellenfitsch (eds.) *BeckOK VwVfG* (65. Baskı C.H.Beck 2024).

Giritli İ, Bilgen P, Akgüner T ve Berk K, *İdare Hukuku* (Der 2013).

Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (19. Baskı Ekin 2017).

[194] RG, T. 23.07.2019, S. 30840 (Mükerrer).

Gözübüyük Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I-Genel Esaslar* (11. Baskı Turhan 2016).

Günday M, İdare Hukuku (2013).

Hofmann H, Gerke J, Hildebrant U ve Olthaus C, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (11. Baskı Kohlhammer 2016).

Ipsen J, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (10. Baskı Verlag Franz Vahlen 2017).

Kalabalık H, 'İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması' (1997) 1 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 205-232.

Kalabalık H, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları (Sayram 2014).

Kaplan G, 'Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi' (2004) 1-2 (Ayferi Göze'ye Armağan) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167-188.

Karatoprak E, 'Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Benimsenen Yeni Yöntemler ve Uygulamaların Kontrolü' (2010) 159 Maliye Dergisi 365-375.

Kuyumcu V, *Türkiye'de İdari Usul Çalışmaları ve Sorunlar* (T.C. Başbakanlık Yayını 2010).

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları *Cilt II* (Hak Kitabevi 1966).

Özay İ H, *Günışığında Yönetim* (Alfa 2002).

Özelçi M. A, *Belediyelerde Taşınmaz Malların Tahsis ve Devri*, (On İki Levha 2022).

Polatoğlu A, 'İl Yönetiminde Eşgüdüm Sorunu ve Yeni Bir Yönetim Modeli' (1985) 18 (4) Amme İdaresi Dergisi 27-40.

Pünder H, 'Verwaltungsverfahren,' içinde Hans-Uwe Erichsen ve Dirk Ehlers (eds.) *Allgemeines Verwaltungsrecht* (14. Baskı De Gruyter 2010).

Salihoğlu E, İl Özel İdaresi (Beta 2012).

Schmitz H ve Prell L, "VwVfG § …," içinde Paul Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs (eds.) *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* (10. Baskı C.H. Beck 2023).

Schneider J-P, "VwVfG § …," içinde Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (eds.) *Verwaltungsrecht VwVfG Band III Kommentar* (4. Baskı C.H.Beck 2023).

Stober R, Winfried Kluth, Stefan Korte ve Sven Eisenmenger, *Verwaltungsrecht I Ein Studienbuch* (13. Baskı, C.H.Beck 2017).

Taştekin A, İdari ve Mali Açıdan Türkiye'de Yerel Yönetimler (Bekad 2015).

Tortop N, 'Yerel Kamu Hizmetlerinin Yönetim Biçimleri' (1993) 2 (26) Amme İdaresi Dergisi 65-72.

Ulusoy A D, *Yeni Türk İdare Hukuku* (3. Baskı Yetkin 2020).

Ulusoy A ve Akdemir T, Mahalli İdareler (9. Baskı Seçkin 2014).

Yalçın R Ü, *Türk Kamu Yönetimi Reform Sürecinde Kamu Hizmet Sunumu: Değişim ve Etkinlik Bağlamında Kamu Hizmet Standartları ve Uygulamaları* (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).

Yavuzdoğan S*, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (Adalet 2014).

Yıldırım R ve Çınarlı S, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt I* (Astana 2018).

Yıldırım T, Yasin M, Kaman N, Özdemir H E, Üstün G ve Okay Tekinsoy Ö, İdare Hukuku (6. Baskı, On İki Levha 2015).

Yokuş S, 'Anayasa Yargısının Olağanüstü Rejim Normları Karşısında Hak ve Özgürlükleri Koruma İşlevi' (1996) 17-18 (Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan) Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı Dergisi 77-101.

Zabunoğlu Y K, İdare Hukuku Cilt I (Yetkin 2012).

KAMU HUKUKU

1. SAVAŞ TUTSAKLARININ KAMUOYUNDA DİJİTAL GÖSTERİME SUNULMASINDAN DOĞAN İNSANCIL HUKUK SORUNLARI
   Humanitarian Law Issues Arising from Digital Display of War Prisoners to the Public
   A. Füsun ARSAVA
2. ADLİ KOLLUK FAALİYETLERİNDEN DOĞAN ZARARLARDAN DOLAYI DEVLETİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDA GÖREVLİ YARGI YERİ
   The Court of Jurisdiction Charged with the Responsibility of Compensation of the State for Damages Arising from Judicial Law Enforcement Activities
   Hakan GÜNDÜZ
3. ULUSLARARASI HUKUK UYARINCA ABLUKANIN HUKUKİ ÇERÇEVESİNİN BELİRLENMESİ
   Determining the Legal Framework of the Blockade under International Law
   Hilal CECANPINAR
4. ULUSLARARASI HUKUKTA BATIK DEVLET GEMİLERİNİN BAĞIŞIKLIĞI ÜZERİNE BİR İNCELEME
   A Study on the Immunity of Sunken State Vessels in International Law
   Şahin Eray KIRDIM
5. ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK VE İNSAN HAKLARI: BİRLEŞİK KRALLIK'TAKİ ŞERİAT KONSEYLERİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME
   Multiculturalism and Human Rights: An Evaluation of Shari'a Councils in The United Kingdom
   Abdulkadir PEKEL; Burcu DEĞİRMENCİOĞLU
6. YARGITAY UYGULAMASINDA NORMLAR HİYERARŞİSİ
   Hierarchy of Norms in the Judicial Practice of The Court of Cassation (Yargıtay)
   Ömer Emrullah EGELİĞİ
7. HEGEL'İN HUKUK FELSEFESİNDE ÖZGÜRLÜK VE KODİFİKASYON
   Freedom and Codification in Hegel's Philisophy of Law
   Rıdvan DEĞİRMENCİ
8. NOTERLERİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDAKİ HUKUKİ SORUMLULUKLARI
   The Legal Responsibilities of Notaries Under the Law on the Protection of Personal Data
   Pınar AKTAŞ AVCİ
9. TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARINDA BEKLENEBİLİRLİK İLKESİ: KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE UYGULAMADAKİ YANSIMALAR
   The Principle of Foreseeability in the Turkish Penal Code and Code of Criminal Procedure: Conceptual Framework and Practical Implications
   Celal Hakan KAN
10. BİR İNSAN HAKKI OLARAK DİJİTAL EĞİTİM ve OLAĞANDIŞI DURUMLAR
    Digital Education as a Human Right and Extraordinary Circumstances
    Melih Uğraş EROL
11. GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜNE SAHİP KİŞİLERİN SINIR DIŞI EDİLMESİ: GERİ GÖNDERİLMEME İLKESİ BAĞLAMINDA HUKUKİ VE YARGISAL DEĞERLENDİRME
    Deportation of Persons under Temporary Protection Status: A Legal and Judicial Assessment in The Context of the Non-Refoulement Principle
    Melike Elif KORKMAZ

ÖZEL HUKUK

12. ÇOCUK TESLİMİ ve ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLAMLARIN veya TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI
    The Judgments or Execution of Injunctions Regarding the Handing over of a Child and the Establishment of Personal Relations with the Child
    Hakan ALBAYRAK; Esra BULUT
13. ULUSLARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA TÂBİ SÖZLEŞMELERDE BOŞLUK DOLDURMA
    Gap Filling Regarding Contracts Subject to United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
    Barış DEMİRSATAN
14. ÇİÇEK SEPETİ KARARI ÖZELİNDE ARACI HİZMET SAĞLAYICISININ TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ
    Evaluation on the Liability of the Intermediary Service Provider to the Consumer Specific to the "Çiçek Sepeti" Decision
    Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR
15. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KAYITLARININ ÖNEMİ
    Importance of Social Security Institution Records in Individual Labour Disputes
    Efe YAMAKOĞLU
16. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU CAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK
    The Law Applicable to Life Insurance Contracts Containing Foreign Elements under Turkish Law
    Erman EROĞLU
17. MAKÛL SÜREDE YARGILAMA YAPILMASINDA YAPAY ZEKÂNIN ETKİSİ
    The Impact of Artificial Intelligence on Trial in Reasonable Time
    Seyhan SELÇUK
18. SAĞLIK HAKKININ VE GENEL SAĞLIK SİGORTASININ ÖZNESİ OLARAK YABANCILAR
    Foreigners as Subjects of the Right to Health and General Health Insurance
    Bahar KÜPE
19. ALMAN MEDENİ HUKUKUNDA VESAYET KURUMU VE REFORMUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER
    The Guardianship Institution in German Civil Law and Innovations of the Reform
    Hatice KARACAN ÇETİN
20. DEMİRYOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE TREN İŞLETMECİSİNİN BAGAJ TAŞIMADAN KAYNAKLANAN AKDİ SORUMLULUĞU
    Contractual Liability of the Operator Arising from the Carriage of Baggage under a Contract of Carriage of Passengers by Railway
    Zehra İlgün ÇAMLI; Elif YALÇIN SIRAKAYA
21. İSVİÇRE VE TÜRK YARGI UYGULAMASINDA VEKİLİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİNDE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI
    Allocation of the Burden of Proof in Breach of the Duty of Care by the Attorney in Swiss and Turkish Judicial Practice
    Işık Aslı HAN
22. HAVA YOLUYLA YÜK VE YOLCU TAŞIMA DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ
    The International Jurisdiction of Turkish Courts in Disputes on Cargo and Passenger Transport by Air
    Nazlıcan AKMEŞE
23. YAPISAL DEĞİŞİKLİK KARARLARININ İPTALİ DAVASI İLE GENEL NİTELİKTEKİ İPTAL DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ
    The Relationship Between the Action for Annulment of Structural Change Resolutions and the General Annulment Action
    Mehmet Arif TUĞ
24. TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA İDARELER ARASI YARDIMLAŞMA
    Inter-Administrative Cooperation in Turkish and German Law
    Allı YEŞİLYURT DURAN

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya/ANKARA - TÜRKİYE
T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01
yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826