

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW
(SDLR)



Cilt: **16**, Sayı: **1**, Yıl: **2026**
Volume: **16**, No: **1**, Year: **2026**

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **16**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2026**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı



EBSCO Legal Source

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **16**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2026**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yazım Editörleri / Spelling Editors

Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ
Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL
Arş. Gör. Dr. Gökçe TUNÇ
Arş. Gör. Ozancan BELCİ
Arş. Gör. Yağmur Esin ÇAYLI

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi İsmahan GÜLEN ERDOĞAN

Son Okuyucular / Proofreaders

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL
Arş. Gör. Tuğba TABAK

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yazar/yazarlar dergiye gönderdikleri çalışmalarının **Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** lisansı ile yayımlanmasını kabul ederler. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISSN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 00 02

Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep/Türkiye
Prof. Dr. Faruk TURHAN	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	Ankara Bilim Üniversitesi, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Osman İSFEN	Fernuniversität in Hagen, Almanya
Prof. Dr. Süleyman DOST	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Doç. Dr. Oğuz CANER	Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa/Türkiye
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ	Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER	Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK	Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Rize/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi, Malatya/Türkiye
Dr. Fatma RAACH	Jendouba Üniversitesi, Tunus
Dr. Gamze OVACIK	McGill Üniversitesi, Kanada
Dr. Larisa VASİLESKA	St. Kliment Ohridski, Makedonya
Dr. Mariagiulia GIUFFRÉ	Edge Hill Üniversitesi, Ormskirk/İngiltere
Dr. Nikolas Feith TAN	Melbourne Üniversitesi, Avustralya
Dr. Rodziana Mohamed RAZALI	Universiti Sains Islam Malaysia, Malezya

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul 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. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London
Prof. Dr. İsmail KAYAR	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK	İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

İÇİNDEKİLER / CONTENT

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

Selim Tunahan KÜÇÜK	1
Doç. Dr. Seydi ÇELİK	
<i>Uzman Erbaş Sözleşmelerinin Feshi ve Yenilenmemesi: Anayasal Güvenceler Çerçevesinde Bir Değerlendirme</i>	
<i>Termination and Non-Renewal of Specialist Enlisted Personnel Contracts: An Assessment Under Constitutional Safeguards</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAPLAN ARIK	39
<i>İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler Arasındaki Denge: Korunan Hukuki Değerin Yeniden Değerlendirilmesi</i>	
<i>Freedom of Expression and Religious Sensibilities: Reassessing the Protected Legal Value</i>	
Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN	83
<i>Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat Hükümleri Işığında Akademik Personelin Kurumlar Arası Atamalarında Sürekli Görev Yoluğu (Harcırah) Sorununun İncelenmesi</i>	
<i>An Examination of the Issue of Permanent Duty Travel Allowance (Per Diem) in Inter-Institutional Appointments of Academic Personnel in the Light of Judicial Decisions and Relevant Legislative Provisions</i>	
Öğr. Gör. Dr. Alkım AKTAŞ İNAM	127
<i>Türk İdare Hukukunda İklim Etkisinin İdari Karar Süreçlerindeki Yeri</i>	
<i>The Place of Climate Impact in Administrative Decision Making Processes in Turkish Administrative Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Erçağ METİNER	155
<i>Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Kayın Hısımlığının Rolü</i>	
<i>The Role of Affinal Kinship in Personal Grounds of Impunity for Crimes Against Property</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Sibel CAN	195
<i>Sınır Aşan Suçlarla Mücadelede Ortak Soruşturma Ekipleri</i>	
<i>Joint Investigation Teams in Combating Transnational Crime</i>	
Öğr. Gör. Dr. Selen EZME YUMAK	239
<i>Uluslararası Hukukta İlhak Kavramı ve İlhak Türleri</i>	
<i>The Concept of Annexation and Types of Annexation in International Law</i>	

Hanen MEDROMİ	271
The Legal Regime Governing Borders in Morocco in the Face of Contemporary Risks: Elements of Systematization and a Comparative Perspective with Frontex <i>Çağdaş Riskler Karşısında Fas'ta Sınırların Hukuki Rejimi: Sistemleştirme Unsurları ve Frontex ile Karşılaştırmalı Bir Perspektif</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Emre ŞİMŞEK	307
Zygmunt Bauman'ın "Öteki" Kavramı ve Sorumluluk Etiği Açısından Hukuk Öznesi <i>The Legal Subject in the Context of Zygmunt Bauman's Concept of the "Other"</i>	
Murat SEVENGÜL	341
Thomas Hobbes'un Doğal Hukuk Teorisinin Normatif Çelişkileri Üzerine <i>On the Normative Contradictions of Thomas Hobbes's Natural Law Theory</i>	
ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Prof. Dr. Mehmet AKÇAAL	373
Geri Çağırma Yükümlülüğü <i>Obligation to Recall</i>	
Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU.....	409
Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi <i>Gym Membership Contract</i>	
Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	447
Şelale SÜER Velayet Rejimi Kapsamında Çocuk Mallarının Korunması Sorunu: Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay İçtihatları Üzerine Bir İnceleme <i>The Problem of Protecting Children's Property Under The Regime of Parental Custody: An Analysis of The Turkish Civil Code and The Jurisprudence of The Court of Cassation</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUEĞRİ.....	483
Malikin Eşyayı İade Talebine Karşı Zilyetlikten Doğan İmkanlar <i>The Possibilities Arising from Possession Against the Owner's Request for Return of the Property</i>	
Arş. Gör. Dr. Funda İBİŞ.....	537
Arabuluculuk Sürecinde Sözleşmenin Yorumu <i>Interpretation of the Contract in the Mediation Process</i>	
Arş. Gör. Dr. Melih ARSLAN	573
Kişisel Verilerin Hukuki Mahiyeti Üzerine Kişilik Hakkı Görüşünün Yeniden Değerlendirilmesi <i>Revisiting the Personality Rights View on the Legal Nature of Personal Data</i>	

Öğr. Gör. Dr. Hüseyin Çağrı GÜLSEVEN	615
Akrabalar Arası Taşınmaz Satışının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine Etkisi	
<i>The Effect of the Sale of Immovable Property Between Related Parties on the Liquidation of the Regime of Participation in Acquired Property</i>	
Çiğdem YILMAZ	645
Yargıtay Uygulamasına Yönelik Eleştirel Bir Yaklaşım: TBK m. 99/III Çerçevesinde Türk Parası Olarak İleri Sürülen Yabancı Para Alacağının İslah Yoluyla Yabancı Para Cinsinden Talep Edilmesinin Geçerliliği	
<i>A Critical Approach to the Case Law of the Court of Cassation: The Validity of Amending a Claim Initially Asserted in Turkish Lira into the Foreign Currency Claim under Article 99/III of the Turkish Code of Obligations</i>	
Mehmet Celal UZUNKAYA	679
Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Yönlendirilmesi İlkesi ve Bu İlkenin Hukuki Sonuçları	
<i>The Principle of Legal Channeling of Liability in the Compensation of Nuclear Damage and Its Legal Consequences</i>	
Doç. Dr. Sevil DOĞAN	731
İş Sözleşmesinde İşçiye Konut Sağlanması: Hukuki Esaslar ve Sonuçları	
<i>Providing Housing to Employees Under an Employment Contract: Legal Principles and Consequences</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Nazlı SAĞLAM	787
Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı: “Kişisel Çalışma İlişkisi” Teorisi Çerçevesinde Bir Değerlendirme	
<i>The Right to Collective Bargaining for the Self-Employed: An Evaluation Within the Framework of the ‘Personal Work Relations’ Theory</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Tuba GÜNGÖR	855
Yargı Kararları Bağlamında Tarafta İradi Değişiklik Kuralının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi İş Uyuşmazlıkları Bakımından Uygulanabilirliği Sorunu	
<i>In The Context of Court Decisions The Issue of Applicability of The Parties Administrative Change Rule to Labour Disputes Subject to Mandatory Mediation</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER	885
Arş. Gör. Muharrem ÖCAL	
Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Hükümlerinin Yeni Tip Gemilere Uygulanması Üzerine Bir İnceleme	
<i>Law regarding the Protection of Life and Property at Sea and Autonomous Vessels</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Eda ERDEM	931
Sigorta Hukukunda Geçersizlik Rejimi: TTK Madde 1404 ve TBK Madde 27'nin Karşılaştırmalı Olarak Analizi	
<i>The Legal Framework of Invalidity in Insurance Law: A Comparative Analysis of TCC Article 1404 and TCO Article 27</i>	
Arş. Gör. Dr. Mehmet Emin YIKAR	953
Anonim Şirketin Haklı Sebepçe Feshi Davasında Davacı ve Kusur	
<i>The Plaintiff and Fault in the Case of The Justified Dissolution of Joint Stock Company</i>	
Arş. Gör. Dr. Gözde PİŞKİN	999
Aleni (Açık) Rehin Cirousunun Beyaz Ciro Şeklinde Tanzimi	
<i>Issuance of an Explicit (Express) Pledge Endorsement in the Form of a Blank Endorsement</i>	
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	1031
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat ÇELİK	
Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Meselesi ve Kanun Koyucunun Konuya İlişkin Yaklaşımı	
<i>The Issue of the Ownership of Attorney's Fees as Litigation Costs and the Legislator's Approach to the Matter</i>	
Arş. Gör. Hasan Serat GÖKÇEK	1063
Türk Vatandaşlarının Schengen Vizesi Başvurularının Değerlendirilmesinde Avrupa Komisyonunun C(2025) 4696 Sayılı Uygulama Kararının Etkisi	
<i>The Impact of the European Commission Implementing Decision C(2025) 4696 on the Assessment of Schengen Visa Applications by Turkish Citizens</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Nagihan ERDAL	1109
Dr. Ayşe MERCAN	
6183 Sayılı Kanun'da Haczedilemeyecek Mallarda Ailenin Korunması	
<i>Protection of the Family in Non-Seizure Goods under Law No.6183</i>	
ÇEVİRİ / TRANSLATE	
Çev. Samet ÖZDEMİR.....	1153
Seçimleri Serbest ve Adil Kılan Şey Nedir?	

DOI LİSTESİ / DOI NUMBERS

SDÜHFD

Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2026

Kamu Hukuku Makaleleri:

1. Selim Tunahan KÜÇÜK : DOI 10.52273/sduhfd..1921866
Doç. Dr. Seydi ÇELİK
2. Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAPLAN ARIK : DOI 10.52273/sduhfd..1929537
3. Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN : DOI 10.52273/sduhfd..1911397
4. Öğr. Gör. Dr. Alkim AKTAŞ İNAM : DOI 10.52273/sduhfd..1922917
5. Dr. Öğr. Üyesi Erçağ METİNER : DOI 10.52273/sduhfd..1830351
6. Dr. Öğr. Üyesi Sibel CAN : DOI 10.52273/sduhfd..1928724
7. Öğr. Gör. Dr. Selen EZME YUMAK : DOI 10.52273/sduhfd..1928326
8. Hanen MEDROMİ : DOI 10.52273/sduhfd..1914769
9. Dr. Öğr. Üyesi Emre ŞİMŞEK : DOI 10.52273/sduhfd..1893594
10. Murat SEVENGÜL : DOI 10.52273/sduhfd..1913943

Özel Hukuk Makaleleri:

1. Prof. Dr. Mehmet AKÇAAL : DOI 10.52273/sduhfd..1906315
2. Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU : DOI 10.52273/sduhfd..1783733
3. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ : DOI 10.52273/sduhfd..1893256
Şelale SÜER
4. Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUĞRİ : DOI 10.52273/sduhfd..1887716
5. Arş. Gör. Dr. Funda İBİŞ : DOI 10.52273/sduhfd..1918576
6. Arş. Gör. Dr. Melih ARSLAN : DOI 10.52273/sduhfd..1908444
7. Öğr. Gör. Dr. Hüseyin Çağrı GÜLSEVEN : DOI 10.52273/sduhfd..1855359
8. Çiğdem YILMAZ : DOI 10.52273/sduhfd..1930862
9. Mehmet Celal UZUNKAYA : DOI 10.52273/sduhfd..1918980
10. Doç. Dr. Sevil DOĞAN : DOI 10.52273/sduhfd..1908162
11. Dr. Öğr. Üyesi Nazlı SAĞLAM : DOI 10.52273/sduhfd..1896242
12. Dr. Öğr. Üyesi Tuba GÜNGÖR : DOI 10.52273/sduhfd..1830956
13. Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER : DOI 10.52273/sduhfd..1922152
Arş. Gör. Muharrem ÖCAL
14. Dr. Öğr. Üyesi Eda ERDEM : DOI 10.52273/sduhfd..1927394
15. Arş. Gör. Dr. Mehmet Emin YIKAR : DOI 10.52273/sduhfd..1907335
16. Arş. Gör. Dr. Gözde PİŞKİN : DOI 10.52273/sduhfd..1929790
17. Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY : DOI 10.52273/sduhfd..1904884
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat ÇELİK

18. Arş. Gör. Hasan Serat GÖKÇEK

: [DOI 10.52273/sduhfd..1890600](https://doi.org/10.52273/sduhfd..1890600)

19. Dr. Öğr. Üyesi Nagihan ERDAL
Dr. Ayşe MERCAN

: [DOI 10.52273/sduhfd..1873213](https://doi.org/10.52273/sduhfd..1873213)

Çeviri:

1. Samet ÖZDEMİR

: [DOI 10.52273/sduhfd..1903194](https://doi.org/10.52273/sduhfd..1903194)

EDİTÖRDEN

Değerli Okurlarımız,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısında kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında güncel hukuki meseleleri farklı perspektiflerden ele alan özgün çalışmaları sizlerle buluşturmaktan memnuniyet duyuyoruz.

Kamu hukuku bölümümüzde, Selim Tunahan Küçük ve Doç. Dr. Seydi Çelik tarafından kaleme alınan *“Uzman Erbaş Sözleşmelerinin Feshi ve Yenilenmemesi: Anayasal Güvenceler Çerçevesinde Bir Değerlendirme”* başlıklı çalışma, kamu personel rejiminin anayasal boyutlarını incelemektedir. Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan Kaplan Arık *“İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler Arasındaki Denge: Korunan Hukuki Değerin Yeniden Değerlendirilmesi”* başlıklı makalesinde temel hak ve özgürlükler eksenindeki güncel tartışmaları ele almaktadır. Doç. Dr. Hüseyin Bilgin tarafından hazırlanan *“Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat Hükümleri Işığında Akademik Personelin Kurumlar Arası Atamalarında Sürekli Görev Yolluğu (Harcırah) Sorununun İncelenmesi”* başlıklı çalışma ise idare hukuku uygulamasında önemini koruyan bir sorunu kapsamlı biçimde değerlendirmektedir. Öğr. Gör. Dr. Alkım Aktaş İnam tarafından kaleme alınan *“Türk İdare Hukukunda İklim Etkisinin İdari Karar Süreçlerindeki Yeri”* başlıklı makale, iklim değişikliği olgusunun idari karar mekanizmalarına etkisini incelemektedir.

Ceza hukuku ve uluslararası hukuk alanında, Dr. Öğr. Üyesi Erçağ Metiner tarafından hazırlanan *“Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Kayın Hısımlığının Rolü”*, Dr. Öğr. Üyesi Sibel Can tarafından kaleme alınan *“Sınır Aşan Suçlarla Mücadelede Ortak Soruşturma Ekipleri”* ve Öğr. Gör. Selen Ezme Yumak tarafından hazırlanan *“Uluslararası Hukukta İlhak Kavramı ve İlhak Türleri”* başlıklı çalışmalar dikkat çekmektedir. Ayrıca Hanen Medromi'nin *“Çağdaş Riskler Karşısında Fas'ta Sınırların Hukuki Rejimi: Sistemleştirme Unsurları ve Frontex ile Karşılaştırmalı Bir Perspektif”* başlıklı çalışması güncel hukuk teorisi tartışmalarına katkı sunmaktadır. Dr. Öğr. Üyesi Emre Şimşek'in *“Zygmunt Bauman'ın ‘Öteki’ Kavramı ve Sorumluluk Etiği Açısından Hukuk Öznesi”* başlıklı makalesi ile Murat Sevgül tarafından kaleme alınan *“Thomas Hobbes'un Doğal Hukuk Teorisinin Normatif Çelişkileri Üzerine”* başlıklı makale ise hukuk felsefesi alanındaki incelemeler arasında yer almaktadır.

Özel hukuk bölümümüzde, Prof. Dr. Mehmet Akçaal'ın *“Geri Çağırma Yükümlülüğü”* başlıklı çalışması ile Doç. Dr. Hakkı Mert Doğu'nun *“Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi”* başlıklı makalesi borçlar hukuku alanına ilişkin önemli değerlendirmeler içermektedir. Doç. Dr. Selin Sert Sütçü ve Şelale Süer tarafından hazırlanan *“Velayet Rejimi Kapsamında Çocuk Mallarının Korunması Sorunu: Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay İçtihatları Üzerine Bir İnceleme”* başlıklı çalışma aile hukuku bakımından önemli tespitler ortaya koymaktadır. Dr. Öğr. Üyesi Elif Şen Boynueğri'nin *“Malikin Eşyayı İade Talebine Karşı Zilyetlikten Doğan İmkânlar”* ve Arş. Gör. Dr. Funda İbiş'in *“Arbuluculuk Sürecinde Sözleşmenin Yorumu”* başlıklı çalışmaları özel hukukun farklı boyutlarını ele almaktadır.

Bu sayıda ayrıca Arş. Gör. Dr. Melih Arslan tarafından kaleme alınan “*Kişisel Verilerin Hukuki Mahiyeti Üzerine Kişilik Hakkı Görüşünün Yeniden Değerlendirilmesi*” başlıklı çalışma, kişisel verilerin hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki temel yaklaşımları yeniden ele almaktadır. Öğr. Gör. Dr. Hüseyin Çağrı Gülseven’in “*Akrabalar Arası Taşınmaz Satışının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine Etkisi*” başlıklı makalesi mal rejimleri hukukuna ilişkin güncel sorunları incelemektedir. Çiğdem Yılmaz tarafından hazırlanan “*Yargıtay Uygulamasına Yönelik Eleştirel Bir Yaklaşım: TBK m. 99/III Çerçevesinde Türk Parası Olarak İleri Sürülen Yabancı Para Alacağına İslah Yoluyla Yabancı Para Cinsinden Talep Edilmesinin Geçerliliği*” başlıklı çalışma ise borçlar hukuku ve medeni usul hukuku kesişimindeki önemli bir tartışmayı değerlendirmektedir.

Mehmet Celal Uzunkaya’nın “*Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Yönlendirilmesi İlkesi ve Bu İlkenin Hukuki Sonuçları*” başlıklı çalışması, nükleer enerji faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini bakımından uluslararası ve ulusal hukuk düzenlemelerini ele almaktadır. Doç. Dr. Sevil Doğan tarafından kaleme alınan “*İş Sözleşmesinde İşçiye Konut Sağlanması: Hukuki Esaslar ve Sonuçları*” ile Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Sağlam’ın “*Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı: ‘Kişisel Çalışma İlişkisi’ Teorisi Çerçevesinde Bir Değerlendirme*” başlıklı çalışmaları iş hukuku alanındaki güncel gelişmelere ışık tutmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Tuba Güngör tarafından hazırlanan “*Yargı Kararları Bağlamında Tarafta İradî Değişiklik Kuralının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi İş Uyuşmazlıkları Bakımından Uygulanabilirliği Sorunu*” başlıklı çalışma, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamasının usul hukuku boyutunu değerlendirmektedir. Dr. Öğr. Üyesi Selim Cığır ve Arş. Gör. Muharrem Öcal tarafından kaleme alınan “*Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Hükümlerinin Yeni Tip Gemilere Uygulanması Üzerine Bir İnceleme*” başlıklı makale ise deniz ticareti hukuku alanında güncel teknolojik gelişmelerin hukuki sonuçlarını ele almaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Eda Erdem’in “*Sigorta Hukukunda Geçersizlik Rejimi: TTK Madde 1404 ve TBK Madde 27’nin Karşılaştırmalı Olarak Analizi*” başlıklı çalışması, sigorta sözleşmelerinde geçersizlik sorununu karşılaştırmalı bir bakış açısıyla incelemektedir. Arş. Gör. Dr. Mehmet Emin Yıkar tarafından hazırlanan “*Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Davacı ve Kusur*” başlıklı makale şirketler hukuku alanında önem taşıyan bir meseleye odaklanırken, Arş. Gör. Dr. Gözde Pişkin’in “*Aleni (Açık) Rehin Cirounun Beyaz Ciro Şeklinde Tanzimi*” başlıklı çalışması kıymetli evrak hukukuna ilişkin özgün değerlendirmeler sunmaktadır.

Prof. Dr. İbrahim Özbay ve Dr. Öğr. Üyesi Ferhat Çelik tarafından kaleme alınan “*Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Meselesi ve Kanun Koyucunun Konuya İlişkin Yaklaşımı*” başlıklı çalışma, medeni usul hukukunda uzun süredir tartışılan bir konuya odaklanmaktadır. Arş. Gör. Hasan Serat Gökçek tarafından hazırlanan “*Türk Vatandaşlarının Schengen Vizesi Başvurularının Değerlendirilmesinde Avrupa Komisyo-*

nunun C(2025) 4696 Sayılı Uygulama Kararının Etkisi” başlıklı makale, Avrupa Birliği hukuku ve yabancılar hukuku bakımından güncel bir inceleme sunmaktadır. Son olarak Dr. Öğr. Üyesi Nagihan Erdal ve Dr. Ayşe Mercan tarafından kaleme alınan “*6183 Sayılı Kanun’da Haczedilemeyecek Mallarda Ailenin Korunması*” başlıklı çalışma, kamu alacaklarının tahsili sürecinde aile kurumunun korunmasına ilişkin hukuki güvenceleri ele almaktadır.

Çeviri bölümümüzde ise Samet Özdemir tarafından Türkçeye kazandırılan “*Seçimleri Serbest ve Adil Kılan Şey Nedir?*” başlıklı çalışma yer almaktadır. Bu çalışma, demokratik seçimlerin temel ilkelerini ele alarak hukuk ve siyaset bilimi literatürüne değerli katkılar sunmaktadır.

Bu sayının hazırlanmasında emeği geçen tüm yazarlarımıza, hakemlerimize, yayın kurulu ve danışma kurulu üyelerimize teşekkür ediyor; çalışmaların hukuk literatürüne ve uygulamasına faydalı olmasını diliyorum.

Saygılarımla...

Editör
Prof. Dr. Yüksel METİN

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

Uzman Erbaş Sözleşmelerinin Feshi ve Yenilenmemesi: Anayasal Güvenceler Çerçevesinde Bir Değerlendirme^(*)

Selim Tunahan KÜÇÜK^(**)

Doç. Dr. Seydi ÇELİK^(***)

Öz

Türkiye’de askerî personel rejiminin uzun yıllar disiplin ve hiyerarşi odaklı değerlendirilmesi, anayasal güvencelerin bu alanda tartışılmasını arka planda bırakmıştır. Sözleşme fesih süreçlerinde idare, öteden beri esnek bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Son dönemdeki Anayasa Mahkemesi içtihatları ise, bu yetki kullanımı ile personelin anayasal güvenceleri arasındaki tutarsızlığı daha görünür hâle getirmiştir. Sözleşme feshi ve sözleşmenin yenilenmemesi işlemleri, yalnızca idari bir tasarruf veya personel politikası olarak değerlendirilmemelidir. Bu işlemler, kamu görevinde kalma hakkı üzerinde doğrudan etkili olan ve kişilerin kamusal statüsünü sona erdiren müdahalelerdir. Anayasa Mahkemesinin güncel kararları, bu işlemlerin adlandırılma biçiminden bağımsız olarak anayasal güvencelere tabi tutulması gerektiğini vurgulamış ve askerî personel hukukunun mevcut dinamiklerinin yeniden değerlendirilmesinin önünü açmıştır.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 05.05.2026.

Atıf Şekli: Selim Tunahan Küçük ve Seydi Çelik, ‘Uzman Erbaş Sözleşmelerinin Feshi ve Yenilenmemesi: Anayasal Güvenceler Çerçevesinde Bir Değerlendirme’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1,37.

DOI: 10.52273/sduhfd..1921866.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Kocaeli-Türkiye.

E-posta: av.selimtunahan@gmail.com.

Orcid: 0009-0004-2982-4940.

^(***) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli-Türkiye.

E-posta: seydi.celik@kocaeli.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-1224-9877.

Bu makale, sözleşme feshi ve yenilenmemesi işlemlerini hukuk devleti, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik, ölçülülük ve savunma hakkı ilkeleri çerçevesinde ele almaktadır. Çalışmanın temel amacı, askerî disiplin gerekleri ile anayasal güvenceler arasındaki ilişkiyi bu zeminde yeniden düşündürmektir. Çalışma, yargı içtihatları ışığında sözleşmeli personel rejimindeki normatif değişiklikleri ve uygulamadaki yansımalarını tartışmaya açmaktadır.

Çalışmanın ana eksenini, uzman erbaş istihdam rejiminin anayasal sınırları oluşturmaktadır. Makalenin hedefi, askerî hizmetin gerekleri karşısında bireyin hukuki güvenliğini koruyacak bir bakış açısı geliştirmektir. Bu bağlamda, idarenin disiplin süreçlerini dışlaması, yargısal denetimde ortaya çıkan karar farklılıkları ve içtihat yeknesaklığı ihtiyacı anayasal boyutuyla tartışmaya açılmıştır.

Bu yönüyle makalenin, askerî hukuk, idare hukuku ve anayasa hukuku kesişiminde yürütülen akademik tartışmalara ve özellikle sözleşmeli asker statüsünün anayasal sınırlarına ilişkin literatüre katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Anayasa Mahkemesi, Uzman Erbaş, Sözleşme Feshi, Sözleşme Yenilememe, Kamu Görevinde Kalma Hakkı.

Termination and Non-Renewal of Specialist Enlisted Personnel Contracts: An Assessment Under Constitutional Safeguards

Abstract

For years, Türkiye's military personnel regime was evaluated primarily through discipline and hierarchy, limiting discussions on constitutional guarantees. Today, however, the termination and non-renewal of specialist enlisted personnel contracts highlight the challenge of balancing the administration's broad discretionary power with individual rights. This balance has become increasingly visible through recent Constitutional Court jurisprudence. Contract termination and non-renewal are not mere administrative acts; they severely impact the right to public service and end an individual's professional future. By emphasizing that these acts must be subject to constitutional safeguards regardless of their designation, recent Constitutional Court decisions necessitate a re-evaluation of classical military personnel law.

This article critically evaluates these procedures within the framework of the rule of law, legal certainty, predictability, proportionality, and the right to defense, aiming to rethink the relationship between military discipline and constitutional safeguards. It discusses the normative consequences and practical reflections of these principles in light of judicial jurisprudence.

This research seeks to construct an analytical framework that evaluates this employment regime without ignoring the military's unique structure or marginalizing individual constitutional protection. By revealing the constitutional implications of excluding disciplinary mechanisms and addressing uniformity issues in judicial review, this study contributes to the literature at the intersection of military, administrative, and constitutional law regarding contracted military status.

Keywords

Constitutional Court, Specialist Enlisted Personnel, Termination of Contract, Non-Renewal of Contract, Right to Remain in Public Service.

Extended Summary

The military personnel regime in Türkiye has historically been structured around the absolute necessity of maintaining public service continuity, strict hierarchical order, and military discipline. For decades, this paradigm often relegated the discussion of constitutional safeguards and individual fundamental rights to a secondary position. However, the modern paradigm of the rule of law necessitates that no administrative realm, including the military, remains outside the scope of constitutional protection. Specifically, the employment regime of specialist enlisted personnel who serve professionally on a contract basis under Law No. 3269 highlights a significant and ongoing tension between the broad discretionary power of the military administration and the protection of constitutional guarantees. The acts of contract termination and the refusal to renew existing contracts are not merely routine administrative preferences or standard personnel management decisions. Rather, they constitute direct, severe, and permanent interventions into an individual's right to enter and remain in public office, a fundamental right explicitly guaranteed under Article 70 of the Turkish Constitution and heavily scrutinized by the Constitutional Court.

Specialist enlisted personnel occupy a unique position in Turkish administrative law. Although their employment is based on a fixed-term contract, they perform permanent and continuous public duties essentially identical to those of tenured public officials. Consequently, their relationship with the administration is governed by statutory public law rather than private contract law. In practice, the administration frequently maintains a formal distinction between "contract termination" prior to the expiration date and "non-renewal" at the end of the term. The administration often treats non-renewal as a natural expiration of a contract, thereby claiming a broader margin of appreciation and assuming a lower threshold for justification. However, from a constitutional perspective, this formal distinction is unsustainable. Both administrative acts produce the identical legal consequence: the involuntary severance of the individual's professional status, the deprivation of their livelihood, and the termination of their public service bond. Therefore, both procedures must be subject to the exact same rigorous constitutional principles, primarily the rule of law, legal certainty, predictability, and proportionality.

The principle of legal certainty and predictability dictates that public officials must be able to foresee the legal consequences of their actions and that administrative discretion must not morph into arbitrary power. Historically, Law No. 3269 contained highly ambiguous termination criteria, such as "failure in duty" or "various disciplinary infractions," which granted commanding officers almost unlimited subjective discretion. Following a series of landmark annulment decisions by the Turkish Constitutional Court, which struck down these vague provisions for violating the principle of legality, the legislature enacted Law No. 7517 to provide a more definitive framework. While this legislative intervention was a necessary step towards constitutional compliance, significant vulnerabilities remain. Broad and qualitative criteria, such as an individual's "inability to adapt to military service" or the administration's determination of a "lack of benefit from their services," are still utilized as grounds for termination. These highly subjective concepts allow the administration to

exercise an expansive and potentially arbitrary discretionary power, undermining the predictability of the employment regime and creating a chilling effect on the personnel.

A critical systemic issue identified in the execution of this personnel regime is the administration's procedural "bypass" of established disciplinary law mechanisms. In many instances, rather than initiating a formal disciplinary investigation for alleged misconduct-which would afford the personnel procedural safeguards-the administration opts for the administrative termination of the contract. By relying on unilateral supervisor reports, subjective performance evaluations, and internal minutes instead of objective investigations, the administration effectively marginalizes the constitutional right to defense. The right to defense, protected under Article 129 of the Constitution, is a universal safeguard that must strictly apply to any administrative act resulting in the dismissal of a public servant. Terminating a contract based on subjective evaluations without granting the individual a meaningful opportunity to examine the evidence against them, present counter-arguments, and defend themselves violates the core tenets of the right to a fair trial and the proportionality principle. Administrative termination should not be utilized as a heavier, shortcut alternative to proportionate disciplinary sanctions.

The landscape of judicial review for military personnel underwent a radical transformation following the constitutional amendments of 2017, which abolished the High Military Administrative Court. Consequently, jurisdiction over disputes arising from the termination and non-renewal of specialist enlisted personnel contracts was transferred to the general administrative courts. While this civilianization of military justice aligned with democratic principles, it simultaneously led to significant inconsistencies in jurisprudence. General administrative courts across different regions frequently render conflicting decisions on technically complex military matters, particularly concerning health-related terminations, the evaluation of security clearances, and archival research requirements. Furthermore, a glaring procedural inequality persists regarding the speed of judicial review. Article 20/C of the Administrative Procedure Law (Law No. 2577) establishes a rapid adjudication procedure specifically designed to quickly resolve disputes concerning military personnel. However, personnel serving in the Gendarmerie General Command and the Coast Guard Command are explicitly excluded from this accelerated procedure due to their affiliation with the Ministry of Interior. This exclusion creates an unjustified disparity among personnel subject to the same professional risks and employment nature, directly compromising the constitutional principle of equality and legal security.

Ultimately, the current legal and administrative regime governing specialist enlisted personnel fails to strike an adequate and constitutionally sound balance between the legitimate necessities of military hierarchy and the fundamental rights of the individual. To resolve this tension, it is imperative to establish a statutory framework grounded strictly in objective criteria, completely eliminating subjective evaluations that bypass disciplinary procedures. Effective, specialized, and uniform judicial oversight must be guaranteed to ensure that administrative acts do not marginalize constitutional protections. The military nature of the service cannot serve as a blanket justification for the suspension of the rule of law

Giriş

Uzman erbaş, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan, askerliği meslek edinmiş ve belirli süreli sözleşmeyle istihdam edilen profesyonel askerdir¹. Bu tanım her ne kadar *efradını câmi, ağıyârını mâni* bir tarif olmasa da çalışmanın amacına uygun bir kavramsal çerçeve sunmaktadır. Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bünyesindeki uzman erbaşların askerî statüsü veya uzman erbaşların sözleşmeli er statüsüyle olan hiyerarşik ilişkileri bu çalışmanın kapsamı dışında olduğundan ana temadan uzaklaşmamak adına bu tartışmalara girilmemiştir.

Türk Silahlı Kuvvetleri, son 50 yıllık döneminde profesyonel orduya geçme yolunda önemli mesafeler almıştır. Bu dönüşüm sürecinin en önemli yasal adımlarından biri, 1986 yılında kabul edilen 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'dur. Kanun koyucu bu düzenlemeyi hayata geçirirken, ordunun sürekli ihtiyaç duyduğu nitelikli, teknik ve kritik pozisyonlardaki personel açığını sözleşmeli ve kalıcı bir istihdam modeliyle kapatmayı hedeflemiştir².

Türk Silahlı Kuvvetleri ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bünyesinde görev yapan uzman erbaşlar, Türkiye'de askerî personel rejiminin sözleşmeli istihdam esasına dayanan özgün bir statüye sahiptir. Bu statünün niteliği, kamu hizmetinin sürekliliği ve askerî disiplin gerekleri doğrultusunda idareye geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak idareye tanınan bu esnek hareket alanı, kamu görevindeki bireylerin anayasal güvenceleriyle çatışan önemli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Özellikle uzman erbaş sözleşmelerinin feshi ve yenilenmemesi işlemlerinin bireyin mesleki geleceği üzerinde doğrudan etkili sonuçları vardır. Bu işlemlerin hangi anayasal güvencelere tabi olduğu sorusu, son yıllarda artan yargısal denetimle birlikte daha görünür hâle gelmiştir. Bu çalışma, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu kapsamındaki fesih ve yenileme rejimini, kamu görevinde kalma hakkı, takdir yetkisinin sınırları, hukuki belirlilik ve savunma hakkı bağlamında analiz etmektedir. Ayrıca, yargısal denetim aşamasında mahkemeler arasında ortaya çıkan içtihat farklılıkları ve yeknesaklık sorunu da bu anayasal çerçevenin bir parçası olarak değerlendirilmiştir.

¹ Erdem Özgür, *Devlet ve Jandarma - Güvenlik ve Kolluk Perspektifinde Jandarma Personel Sistemi* (Gazi Kitabevi 2019) 136.

² TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 17, 3. Yasama Yılı, Cilt 26, Birleşim 80, 18.03.1986, 250. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c026/tbmm17026080.pdf>> Erişim Tarihi 18 Mart 2026.

Literatürdeki mevcut çalışmalar genellikle askerî personel rejimini disiplin hukuku ekseninde ele almaktadır. Sözleşmeli asker statüsünün anayasal sınırları ve fesih işlemlerine yönelik incelemeler çoğu zaman mevzuat aktarımıyla sınırlı kalmıştır. Bu çalışmada, söz konusu boşluğun doldurulması hedeflenmiş ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla şekillenen yeni anayasal çerçeve sistematik bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu değerlendirmenin salt kanun lafzıyla sınırlı kalmaması ve idari işlemlerin anayasal sınırlarının doğru çizilebilmesi için evrensel ilkeleri merkeze alan bir hukuk nosyonuna ihtiyaç vardır. Zira hukuk nosyonu, belirli bir maddi olayı yalnızca kurallarla eşleştirmek değil, o olayı evrensel ilke ve esaslar bağlamında, tüm sebep ve sonuçlarıyla muhakeme ederek adaleti tesis etme gayretidir³. Bu gereklilikten hareketle, uzman erbaşların statüsüne dair hukuki meselenin özüne en kestirme yoldan inilerek ekonomik bir düşünme pratiğinin⁴ ortaya konulması amaçlanmıştır. Geliştirilen bu muhakeme biçimiyle şekillenen çalışmada, sözleşme feshi ve sözleşmenin yenilenmemesi işlemleri sıradan bir idari personel politikası olarak görülmemiştir. Aksine, bahsi geçen tasarruflar kamu görevinde kalma hakkına yönelik anayasal bir müdahale olarak incelenmiş ve literatüre bu yönüyle özgün bir katkı sunulmuştur. Makale, idarenin takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesi kararlarıyla nasıl sınırlandırıldığını ortaya koyarken, yargısal denetimdeki yeknesaklık ihtiyacını ve ihtisaslaşma çözümünü de tartışmaya açmaktadır.

I. Yöntem ve Kuramsal Çerçeve

Bu çalışma, normatif analiz ve içtihat temelli değerlendirme yöntemlerini bir arada kullanan nitel bir araştırmadır. İnceleme kapsamında öncelikle 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ve bu Kanun'a dayalı ikincil mevzuat hükümleri, Anayasa'nın temel haklara ve kamu personel rejimine ilişkin hükümleri ışığında ele alınmıştır. Çalışmanın omurgasını oluşturan yargı kararları amaçsal örneklem yöntemiyle seçilmiştir. Bu çerçevede mülga Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Danıştay'ın konuya ilişkin müstakar kararları tarihsel bir bütünlük içinde incelenmiştir. Ancak çalışmanın özgül ağırlığını Askerî Yargı Teşkilatının ilga edildiği 2017 anayasa değişiklikleriyle oluşan yeni hukuki zemin oluşturmaktadır. Bu ekseninde, Anayasa Mahkemesinin 2012 yılından günümüze uzanan bireysel başvuru ve norm denetimi kararlarıyla inşa ettiği bakış açısı merkeze alınmıştır. Özellikle uzman erbaş istihdam rejimini doğrudan şekillendiren 2022

³ Halil Polat, *Teori ve Pratikte Hukuk Nosyonu Cilt I* (Adalet Yayınevi 2025) 21.

⁴ Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (9. Baskı, Filiz Kitabevi 2023) 11.

sonrası iptal kararları ile idare mahkemeleri arasındaki güncel içtihat uyumsuzlukları değerlendirilmiştir. Çalışmanın evrensel insan hakları boyutunu ortaya koymak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları analize dâhil edilmiştir.

Çalışmanın kuramsal çerçevesi, öncelikle “hukuk devleti” ilkesi üzerine inşa edilmiştir. Hukuk devleti, yalnızca idarenin işlemlerinin kanuni dayanağa sahip olmasını yeterli görmez⁵. Aynı zamanda bu işlemlerin belirli, öngörülebilir ve keyfiliğe karşı güvenceler içeren normatif bir yapıya dayanmasını zorunlu kılar⁶. Bu bağlamda hukuki belirlilik ilkesi, bireye eylemlerinin hukuki sonuçlarını öngörebilme imkânı sunar⁷. Hukuki güvenlik ilkesi ise idareye tanınan takdir yetkisinin sınırlarının önceden belirlenmiş olmasını gerektirir⁸.

İdarenin sahip olduğu bu takdir yetkisi ile bireysel haklar arasındaki denge askerî personel rejimine uyarlandığında ise salt iç hukuka bağlı kalınmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya yaklaşımı da kuramsal çerçeveye dâhil edilmiştir. AİHM’in konuya ilişkin temel taşı niteliğindeki *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*⁹ kararında vurgulandığı üzere; devletlerin kendi askerî disiplin sistemlerini düzenleme yetkisi mevcuttur. Orduların katı hiyerarşik yapısı, sivil-lere dayatılamayacak kısıtlamaların askerlere uygulanmasını haklı kılabılır. Askerî bir kariyeri tercih eden bireyler, disiplin sisteminin gerektirdiği mutlak itaat kuralını ve temel haklara yönelik sınırlandırmaları baştan kabul etmiş sayılırlar. Bununla birlikte AİHM, aynı kararında askerî disiplin gerekçesinin temel hakların bütünüyle askıya alınmasını meşrulaştırmayacağını da vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin öngördüğü koruma alanı, askerî statüdeki bireyler için de geçerliliğini korumaktadır.

Çalışmanın ikinci kuramsal dayanağını “kamu görevinde kalma hakkı” oluşturmaktadır. Anayasa’nın 70’inci maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu görevinde kalma hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Mahkeme, kamu görevine son verilmesi sonucunu doğuran sözleşme fesih ve yenilememe işlemlerinin

⁵ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (18. Baskı, Siyasal Kitabevi 2017) 45.

⁶ Anayasa Mahkemesi, E 2022/4 K 2022/64, 01.06.2022, § 15.

⁷ Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Uş Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku El Kitabı* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2024) 30.

⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2015/41 K 2017/98, 04.05.2017, § 154.

⁹ Engel and Others v The Netherlands App no 5100/71 (ECHR, 8 June 1976).

anayasal güvencelere tabi olduğunu vurgulamaktadır¹⁰. Bu yaklaşım, sözleşmeli statüde istihdam edilen uzman erbaşların anayasal koruma sınırlarının ve yasal güvencelerinin yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Üçüncü olarak, idarenin takdir yetkisi ve bu yetkinin anayasal sınırları çalışmanın temel eksenlerinden biridir. Takdir yetkisi, idareye belirli şartlar gerçekleştiğinde karar alıp almama, kanundaki çeşitli alternatiflerden birini seçme veya karar sürecini tetikleyecek olguları bizzat değerlendirme imkânı verir¹¹.

Askerî personel rejimi içerisinde takdir yetkisi idareye geniş bir hareket alanı tanımakla birlikte, sınırsız bir keyfiyet hakkı da vermez. Mahkeme içtihatlarında, takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin mutlaka nesnel, makul, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun gerekçelere dayanması gerektiği istikrar kazanmıştır¹². Bu noktada ölçülülük ilkesi devreye girmektedir. Bireyin temel hakları ile kamu yararı arasındaki dengeyi kuran bu ilke, özellikle kamu görevine son verilmesi gibi ağır neticeler doğuran işlemlerde önemli bir denetim ölçütüdür¹³.

Ölçülülük ilkesinin askerî personel rejimindeki karşılığı AİHM’in *Konstantin Markin v. Rusya* kararında ortaya koyduğu içtihatla daha somut bir çerçeveye oturmuştur¹⁴. Kararda, devletlere millî güvenlik gerekçesiyle geniş bir takdir marjı tanındığı kabul edilmektedir. Ancak, ordunun işlevsel etkinliğine yönelik “somut bir tehdit” bulunmadıkça, askerlerin temel haklarına getirilen genelle-yici kısıtlamalar meşru görülmemiştir. Zira millî güvenlik kavramı; uygulayıcıların kişisel görüşlerine göre genişleyebilecek öznel yorumlara elverişli yapısıyla, keyfiliğe dek varabilen uygulamalara zemin hazırlama potansiyeli taşımaktadır¹⁵. Bir başka ifadeyle; askerî hizmetin doğası, temel hakların kullanımında bireyi anayasal güvencelerden tamamen yoksun bırakacak orantısız bir takdir yetkisine gerekçe yapılamayacaktır.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E 2022/4 K 2022/64, 01.06.2022, § 15.

¹¹ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 95.

¹² Yargı içtihatlarında ve öğretide; takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun denetiminde, açık hata, orantısızlık, makul ölçü gibi kavramlara müracaatla, bu hallerin varlığı halinde takdir yetkisinin objektif kullanılmadığı kabul edilmektedir. Anayasa yargısından sonra, orantılılık, gereklilik ve elverişlilik alt ilkelerini ihtiva eden ölçülülük esasının, idare hukukunda da hukuka uygunluk aracı olarak başvurulması gereği ortaya çıkmıştır. Bkz. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2 Dairesi, E 162/298, 09.04.2003.

¹³ Danıştay 8 Dairesi, 1214/3344, 24.06.2011.

¹⁴ Konstantin Markin v. Russia App no 30078/06 (ECHR [GC], 22 March 2012).

¹⁵ Seydi Çelik, *Millî Güvenlik Algısı Kısacasında Türkiye* (Sarmal Kitabevi 2023) 198.

Son olarak çalışmada savunma hakkı, yalnızca disiplin cezalarına özgü bir usul kuralı olarak görülmemektedir. Bu hak, idarenin kamu görevine son veren tüm işlemlerde gözetilmesi gereken zorunlu bir anayasal güvencedir. Anayasa'nın 129'uncu maddesindeki düzenleme, savunma hakkını disiplin süreçleriyle sınırlandırmış görülebilir. Fakat silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma ilkeleri, söz konusu güvencenin çok daha geniş bir zeminde ele alınmasını zorunlu kılmaktadır¹⁶. Dolayısıyla idarenin tek taraflı tesis ettiği sözleşme feshi ve yenilememe işlemlerinde de bu hakkın uygulanması gerekmektedir. Personele savunma imkânı tanımadan alınan kararlar, anayasal koruma alanını doğrudan ihlal etmektedir¹⁷.

II. Uzman Erbaşların Hukuki Statüsü ve Kamu Görevinde Kalma Hakkı

Uzman erbaş statüsü, Türk kamu personel rejimi içerisinde klasik memuriyet ve muvazzaf askerlik¹⁸ modellerinden ayrılan, sözleşmeye dayalı bir istihdam biçimi olarak ortaya çıkmıştır. 3269 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu statünün ihdas edilme amacı, Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde süreklilik arz eden teknik ve kritik görevlerin yetiştirmiş personel eliyle yürütülmesi olarak ifade edilmektedir. Bu yönüyle uzman erbaşlar, kamu hizmetinin asli ve sürekli bir parçasını icra etmelerine karşın, istihdam rejimi bakımından sözleşmeli personel kategorisinde yer almaktadır. İdare ile akdedilen sözleşmeler, basit bir iş ilişkisi kuran ve tarafların eşit iradesine dayanan özel hukuk sözleşmeleri niteliğinde değildir¹⁹. Aksine bunlar, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla imzalanan ve büyük ölçüde yargı içtihatlarıyla şekillenen idari hizmet sözleşmeleridir²⁰. Söz konusu idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen personel, yalnızca

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, Z.S. Başvuru No: 2014/19968, 15.02.2017.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, Hüseyin Sezen, Başvuru No: 2013/1793, 18.09.2014.

¹⁸ TSK bünyesinde görev yapan askeri personel, muvazzaf ve sözleşmeli olmak üzere iki temel statüye ayrılmaktadır. Muvazzaf personel, belirli bir öğrenim ve eğitim sürecini (Harp Okulları, Astsubay Meslek Yüksekokulları, askeri veya sivil kaynaklı fakülte ve yüksekokullar) başarıyla tamamlayarak subay veya astsubay rütbesiyle Türk Silahlı Kuvvetleri kadrosuna daimi olarak atanan askerlerdir. Sözleşmeli personel, TSK'nın hizmet ihtiyacına göre belirli bir süre için sözleşme ile istihdam edilen askerlerdir. Sözleşme süresi bitiminde şartları taşımaları halinde sözleşmelerini yenileyebilirler veya muvazzaf statüye geçiş yapabilirler. Sözleşmeli personel statüsünde Subay, Astsubay, Uzman Erbaş ve Sözleşmeli Er/Erbaş bulunmaktadır. Bkz. Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2025) 81-87.

¹⁹ Tarık Mavili, 'Kamu Personel Sözleşmeleri' (2019) 5 (15) Gümrük ve Ticaret Dergisi 10, 10.

²⁰ Turgut Tan, 'İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler' (1995) 50 (3-4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 291, 292.

Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde değil; İçişleri Bakanlığına bağlı bulunan Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarında da görev yapmaktadır. İlgili meslek kanunlarında²¹ bu kurumlarda görevli uzman erbaşların özlük hakları ve sair birçok konuda 3269 sayılı Kanun’a tabi oldukları hüküm altına alınmıştır. Çalışmamızın konusu olan uzman erbaşların fesih halleri, herhangi bir kamu kurumu ayrımı olmaksızın uzman erbaş statüsünü haiz tüm kamu personelinin kapsamaktadır.

Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında değerlendirildiğinde, asli ve sürekli bir kamu hizmeti olan millî savunma ve güvenlik hizmetini ifa eden uzman erbaşların konumu önem arz etmektedir. Her ne kadar kadroya bağlı ve mutlak iş güvencesine sahip klasik “memur” tanımına tam olarak uymasalar da²², idari sözleşme ile kamu hizmeti yürüten bu personelin “diğer kamu görevlisi” statüsünde kabul edilmesi gerektiği idare hukuku doktrini²³ ve yargı içtihatlarıyla²⁴ desteklenmektedir.

Söz konusu idari hizmet sözleşmelerinin en belirgin özelliği, idarenin kamu gücünden kaynaklı üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olmasıdır²⁵. Uzman erbaşların imzaladığı sözleşmeler, idare tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşmelerdir. Personelin bu şartlar üzerinde pazarlık yapma, müzakere etme veya değiştirme imkânı bulunmamaktadır²⁶. Bu sözleşmeler, ilgisini bizzat mevzuat ve idarenin düzenleyici işlemleriyle sınırları önceden çizilmiş objektif bir statüye dâhil eder²⁷.

²¹ Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, Kanun Numarası: 2803, Kabul Tarihi: 10.03.1983, RG 12.03.1983/17985; Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, Kanun Numarası: 2692, Kabul Tarihi: 09.07.1982, RG 13.07.1982/17753.

²² Adil Bucaktepe, ‘Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler’ (2014) 18 (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 459, 463-464.

²³ Bülent Serim, ‘Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü’ (1988) 21 (1) Amme İdareleri Dergisi 135, 135; İpek Özkal Sayan, ‘Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı’ (2009) 64 (01) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 201, 211; Alı Yeşilyurt Duran, ‘İdari Hizmet Sözleşmesi’ (2017) 12 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 147.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E 2013/88 K 2014/101, 04.06.2014.

²⁵ Sedat ÇAL, ‘İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi’ (2010) 14 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223, 267.

²⁶ Tan, ‘İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler’ (n 20) 295.

²⁷ Rauf Mehmet Karslı, ‘Sözleşmeli Personel İstihdamı Üzerine Hukuki Bir İnceleme: Kit Sözleşmeli Personeli Örneği’ (2015) 73 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 71, 78.

Sözleşmeli istihdam biçimi, kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda idareye belirli bir esneklik sağlamaktır. Aynı zamanda kamu görevinde bulunan bireylerin anayasal güvencelerinin kapsamı bakımından da tartışmalı bir alan yaratmaktadır. İdare ile personel arasındaki bu asimetrik hukuki ilişki, sözleşmenin feshi veya yenilenmemesi aşamasında idarenin yargısal denetimini çok daha hayati kılmaktadır. İdareler, sözleşmeyi sona erdirmeye veya süresi biten sözleşmeyi yenilememe konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki, mutlak ve sınırsız bir serbesti anlamına gelmemektedir²⁸. Şüphesiz askerî hizmetin sahip olduğu özgün yapı ve katı disiplin ihtiyacı, kamu görevinde kalma hakkının sınırlandırılması için meşru bir zemin sunmaktadır. Ancak bu durum, bireyin anayasal güvencelerden bütünüyle mahrum bırakılmasının bir gerekçesi olamaz.

Uzman erbaşların sözleşmelerinin feshedilmesi veya süresi biten sözleşmelerin yenilenmemesi yoluyla kamu görevinden ayrılmaları, salt sözleşmesel bir ilişkinin sona ermesi olarak değerlendirilemez. Bu işlemler, Anayasa'nın 70'inci maddesi temelinde Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla şekillenen "kamu görevinde kalma hakkına" bir müdahaledir²⁹. Mahkeme, bu anayasal güvenceye yapılacak müdahalelerin yalnızca şekli bir kanuni dayanağa sahip olmasını yeterli görmemektedir³⁰. Ayrıca işlemlerin biçimsel niteliklerinden bağımsız olarak hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve ölçülülük ilkelerine uygunluğunu şart koşmaktadır³¹. Bu çerçevede hukuk devleti ilkesinin en temel yansımalarından olan idari faaliyetlerin belirliliği ilkesi gereği, idarenin eylem ve işlemlerinin öngörülebilir³² ve sınırlarının çizilmiş³³ olması anayasal bir zorunluluktur³⁴.

İdare, sözleşme feshi gibi takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda mutlak bir serbestiye sahip değildir ve bu yetkiyi keyfiliğe mahal vermeyecek objektif kurallarla çerçevelemek zorundadır. Danıştay içtihatlarında da istikrar kazandığı üzere³⁵; idarenin fesih işlemlerinde sebep gösterme zorunluluğu bulunmaktadır. Somut,

²⁸ Danıştay 12 D, 3643/4943, 29.09.2009.

²⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2024/26 K 2024/83, 14.03.2024, § 25.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, Tahir Canan, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013.

³¹ Anayasa Mahkemesi, E 2015/41 K 2017/98, 04.05.2017, § 155.

³² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2025) 145.

³³ İbrahim Pınar ve Öner Çalışkan, *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 700.

³⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj Yayıncılık 2011), 45.

³⁵ Danıştay 12 D (n 28).

haklı ve kamu yararına dayanmayan keyfî fesihler açıkça hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu itibarla, mevzuatta yer alan “görevde başarısız olma” veya “kendisinden istifade edilememe” gibi soyut fesih nedenlerinin, mutlaka idari yargı denetimine elverişli, somut ve ölçülebilir bilgi ve belgelere dayandırılması esastır.

III. 3269 Sayılı Kanun Kapsamında Sözleşme Feshi ve Normatif Analizi

A. Yasal Düzenleme Çerçevesinde Fesih Halleri

3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu’nun mülga 12’nci maddesi, idarenin sözleşme fesih yetkisini düzenlerken; fesih hallerini ve uygulama usullerini yönetmelik, genelge gibi alt düzenleyici işlemlere bırakarak idareye geniş bir düzenleme alanı tanımaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu maddede yer alan ve uyumsuzluklara esas teşkil eden “kendilerinden istifade edilememe” ibaresini, hukuki belirlilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir³⁶.

Bu iptal kararı neticesinde ortaya çıkan boşluğu gidermek ve fesih rejimi üzerindeki yasal güvenceyi tesis etmek amacıyla; 12/06/2024 tarihli ve 7517 sayılı Kanun ile kapsamlı bir değişikliğe gidilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleriyle uyumlu olarak yapılan bu düzenleme ile sözleşme fesih halleri, artık yönetmelikle değil, bizzat Kanun’un 12, 12/A, 12/B ve 12/C maddelerinde detaylandırılmıştır.

1. İntibak Edememe Nedeniyle Fesih Halleri

İntibak, sözlük tanımı itibarıyla uyum sağlamayı, bir memurun bir dereceye yerleşmesini ifade etmektedir³⁷. Ayrıca uzman erbaşların göreve kabul edilmeleri ile beraber başlamış oldukları temel askerlik eğitimine ilişkin süreç de bu isim verilmektedir³⁸. Kanun’da intibak süresi azami 5 ay olarak belirlenmiştir. Bu süreç içerisinde; tâbi oldukları mevzuat bağlamında vazife, ödev ve sorumluluklarına riayet etmedikleri rapor, tutanak ve belgelerle sabit olanlar, en az iki disiplin amirinden toplam üç defa veya daha fazla disiplin cezası alanlar, intibak eğitimlerindeki sınavlardan başarısız olanlar ile görevde başarısız olma veya kendisinden istifade edilememe halleri bulunan personelin, intibak edemediği gerekçesiyle sözleşmelerinin feshedilebileceği hüküm altına alınmıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesi, E 2022/4 K 2022/64, 01.06.2022, § 18.

³⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük”, <<https://sozluk.gov.tr/?ara=intibak>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2026.

³⁸ Uzman Erbaş Kanunu, Kanun Numarası: 3269, Kabul Tarihi: 18.03.1986, RG 25.03.1986/19058.

2. Görevde Başarısız Olma Halleri

Görev (vazife), 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda *"Hizmetin icab ettirdiği şeyi yapmak ve menettiği şeyi yapmamaktır."* şeklinde tanımlanmıştır. Yine mezkur Kanun'da hizmet *"Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir."* şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu geniş görev tanımını ihlal etmek doğrudan idareye fesih yetkisi tanımamaktadır.

Uzman erbaşların görevde başarısız sayılarak sözleşmelerinin feshedilebilmesi için; atış, spor ve eğitim faaliyetlerinde standartlara ulaşamamaları, operasyon, iç güvenlik, hudut ve kolluk/asayiş görevlerinin gereklerini yerine getirmede yetersizlik veya isteksizlik göstererek birliğin emniyetini tehlikeye düşürmeleri veya üç ay ve daha uzun süreli bir kurs veya eğitimde başarısız olmaları gerekmekte olup, bu durumların somut belge ve tutanaklarla kanıtlanması şart koşulmuştur.

3. Kendilerinden İstifade Edilememe Halleri

İdari hizmet sözleşmelerinde idareye tanınan fesih yetkisinin temelinde, kamu hizmetinin sürekliliği³⁹ ve etkinliği⁴⁰ ilkesi yatmaktadır. "Kendisinden istifade edilememe" kavramı da doğrudan bu etkinliğin kaybedilmesi temeline dayanır. Özünde bu durum, personelin askerî niteliklerini yitirerek idarenin güvenini sarsmasını ifade eder. İdarenin takdirine bağlı fesih yetkisi, en çok bu başlık altında karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu kavramın son derece geniş ve yoruma açık olması, idari yargıda ve anayasa yargısında ciddi "hukuki belirlilik" tartışmalarına yol açmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 3269 sayılı Kanun'da yer alan istifade edilememe durumlarının salt yönetmelikle düzenlenmesini öngören kuralı iptal etmiştir⁴¹. Mahkeme bu kararında; kamu hizmetlerinde kalma hakkına getirilecek sınırlamaların, herhangi bir yasal çerçeve çizilmeden ve temel ilkeler belirlenmeden doğrudan yönetmeliğe bırakılamayacağını hükme bağlamıştır. Mahkemeye göre bu durum, Anayasa'nın 13'üncü ve 70'inci maddelerinde güvence altına alınan "kanunilik" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

³⁹ Nihat Kayar, *Sözleşmeli Personel Hukuku* (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2014) 7.

⁴⁰ Bayram Keskin, *Sözleşmeli Personel* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019), 145.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, E 2022/4 K 2022/64, 01.06.2022, § 17.

Bu iptal kararı sonrasında kanun koyucu, idarenin takdirine bağlı fesih yetkisinin sınırlarını Kanun metninde somut alt bentler hâlinde sayma yoluna gitmiştir. Ancak fesih sebeplerinin Kanun’da açıkça sayılmış olması, Anayasa Mahkemesi tarafından yeterli görülmemektedir. Mahkeme temel haklara getirilecek sınırlamaların kanuna dayanmasını yeterli bulmayıp anayasal bağlamda meşru bir nedene dayanması şartını da aramaktadır⁴².

Kanun metninde sınırları çizilen “istifade edilememe halleri” şu şekilde sıralanabilir:

- a. Mücbir sebepler hariç olmak üzere gelirin çok üstünde borçlanmayı ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık haline getirenler,
- b. Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, işkiye veya kumara düşkün olanlar ile kurumun itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunanlar,
- c. Devletin veya bağlı bulundukları Komutanlıkların manevi şahsiyetine zarar verecek nitelikte suç veya disiplinsizlik teşkil eden tutum ve davranış sergileyenler,
- d. İntihara teşebbüs edenler, kendisini veya bir başkasını kasten hizmete yaramayacak hale getirenler ile silah kullanım talimatlarına açıkça aykırı hareket ederek yaralanmaya sebebiyet verenler,
- e. Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullananlar, bu maddelerin ticaretine, nakline veya saklanmasına aracı olanlar,
- f. Mazeretsiz olarak bir sözleşme yılı içinde toplam yedi gün ve daha uzun süre göreve gelmeyenler,
- g. Komando branşında istihdam edilip vazifenin sebep ve tesiri nedenleri hariç olmak üzere, dört yıllık hizmet süresini tamamlamadan komando niteliğini kaybettiği sağlık kurulu raporu ile tespit edilenler,
- h. Uzman erbaş olmak için aranan şartları taşımadığı sonradan anlaşılanlar veya bu nitelikleri sözleşme süresi içinde kaybedenler.

⁴² Anayasa Mahkemesi, E 2024/26 K 2024/83, 14.03.2024, § 22.

4. Sağlık Nedeniyle Fesih

Uzman erbaşların tedavi süreleri hariç olmak üzere kullandıkları istirahat ve hava değişimi süresinin toplamının, geriye doğru son bir yıl içerisinde üç ayı geçmesi halinde sözleşmelerinin feshedileceği hükme bağlanmıştır. Genel kural bu olmakla birlikte; görev esnasında veya görevden dolayı bir saldırı, kaza veya meslek hastalığına maruz kalanların iyileşinceye kadar ilişkilerinin kesilmeyeceği istisna olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kanser, tüberküloz, kronik böbrek yetmezliği ile ruh ve sinir hastalıkları gibi uzun süreli tedavi gerektiren hastalıklara yakalananların da fiilen üç yılı geçmemek şartıyla sözleşmelerinin feshedilmeyeceği güvence altına alınmıştır.

5. Hapis Cezası, Disiplin Cezası ve Sair Diğer Nedenlerle Fesih

Uzman erbaşların almış oldukları belirli adli ve idari cezalar doğrudan fesih sebebidir. Askerî Ceza Kanunu'nun 148'inci maddesinde yazılı suçlardan⁴³ mahkûm olanlar ile taksirli suçlar hariç diğer suçlardan otuz günden daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olanların sözleşmeleri feshedilmektedir.

Bunun yanı sıra verilen ceza, ertelense, seçenek yaptırımlara çevrilse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse veya affa uğramış olsa dahi; devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, cürüm tasnî, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, firar, amir veya üste fiilen taarruz, emre itaatsizlikte ısrar, üste hakaret,

⁴³ "Madde - 148. (Değişik: 22.03.2000-4551/30 m.)

Askerî şahıslardan;

A) Siyasi bir partiye üye olmak için müracaat eden veya herhangi bir suretle siyasi partilere girenler,

B) Siyasi amaçla toplantı yapan veya aynı amaçla siyasi gösterilere katılanlar,

C) Siyasi amaçla nutuk söyleyen, demeç veren, yazı yazan veya telkinde bulunanlar,

D) Siyasi toplantılara resmi veya sivil kıyafetle katılanlar,

E) Herhangi bir sebeple yalnız veya toplu olarak siyasi mahiyette beyanname hazırlayan, hazırlanmış

beyannameyi imzalayan, imzalatan veya yayın organlarına ulaştıran veya dağıtanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, bir aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Bu cürümler, seferberlikte işlenirse ceza iki misli olarak hükmolunur." Askerî Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG 15.06.1930/1520.

mukavemet, fesat, isyan suçlarından dolayı mahkûm olanların da sözleşmeleri feshedilmektedir.

Ayrıca sicil notu yetersizliği nedeniyle kademe ilerlemesi yapılamayanların, son bir yıl içinde en az iki disiplin amirinden toplam sekiz defa veya daha fazla ceza alanların⁴⁴, mevzuata aykırı olarak yabancı uyruklu ile evlenenlerin⁴⁵, Türk vatandaşlığını kaybeden veya Türk vatandaşlığından çıkartılanların da sözleşmesi feshedilmektedir.

Son olarak 7517 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik uyarınca; terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olan, bu örgütlere yardım eden, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütler lehine kullanan veya propaganda faaliyetinde bulunanların da sözleşmesinin feshedileceği hüküm altına alınmıştır.

B. Fesih Rejiminin Anayasal Sınırları ve Normatif Sorunlar

3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, uzman erbaşların istihdam koşullarını, görev ve yükümlülüklerini ve sözleşmelerinin sona erme hallerini düzenleyen temel normatif çerçeveyi oluşturmaktadır. Bu Kanun mehzaz alınarak hazırlanan Uzman Erbaş Yönetmeliği ve Uzman Erbaş Genelgesi yeni hüküm ihdas etmekten ziyade mevcut Kanun'un uygulanmasına yönelik hükümler barındırmaktadır. Hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde, alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunmakta; ardından kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler gelmektedir. Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır⁴⁶.

3269 sayılı Kanun'un ilk halinde sözleşme feshi; "intibak edememe", "görevde başarısız olma" ve "kendilerinden istifade edilememe" gibi soyut kavramlara dayandırılmıştır. Fesih gibi ağır sonuçları olan bir işlemin sınırlarının

⁴⁴ TSK bünyesinde görev yapan uzman erbaşlardan son bir yıl içinde toplamda otuz gün ve daha fazla oda hapsi veya hizmet yerini terk etmeme cezasına mahkûm olanların da bu hüküm bağlamında sözleşmesi feshedilebilmektedir.

⁴⁵ İlgili yönetmelikte belirtilen esaslar dahilinde yabancı ile olan evlilikleri, Milli Savunma Bakanlığına uygun görülmeyenleri kapsamaktadır.

⁴⁶ Erkan Kuluçlu, 'Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri' (2008) 1 (71) Sayıştay Dergisi 3, 21.

kanunla çizilmeyip, bu kavramların içeriğinin büyük ölçüde ikincil mevzuata bırakılması, anayasal birer güvence olan yasama yetkisinin devredilemezliği ve hukuki belirlilik ilkelerini açıkça aykırıdır. Bu durum, idareye sınırları öngörüle-meyen geniş bir takdir alanı tanımış ve uygulamada ciddi belirsizliklere yol aç-mıştır.

İdare hukukunun temel dinamiklerinden olan kanunilik ilkesi, bahsettiğimiz bu belirsizliğin çözümünde temel dogmatik çerçeveyi sunmaktadır. Düzenleme-lerin açık ve öngörülebilir olmasını zorunlu kılan bu anayasal güvence⁴⁷, idare-nin keyfi eylemlerini önleyerek takdir yetkisinin sınırlarını çizer⁴⁸. Kanunilik ilke-si kapsamında, idarenin herhangi bir faaliyette bulunabilmesi için mutlaka ka-nundan aldığı bir yetkiye ihtiyacı vardır⁴⁹. Kanunun olmadığı yerde idarenin yetkisinin varlığından bahsedilemez⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı üzere⁵¹, idarenin Anaya-sa'da belirtilen ayırksı durumlar dışında düzenleme yapma yetkisi asli değil, talidir. Bir başka deyişle idare, ancak yasama organı tarafından temel ilkeleri belirlenmiş ve çerçevesi çizilmiş bir alanda ikincil düzenlemeler yapabilir. Özel-likle kamu görevine son verme gibi temel haklara yönelik müdahalelerde, bu kanuni çerçevenin muğlak bırakılarak meselenin salt idari düzenlemelere terk edilmesi anayasal açıdan kabul edilebilir değildir⁵². Aksi bir yaklaşım, idarenin hareket tarzının öngörülebilirliğini ortadan kaldırarak hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecektir.

Anayasa Mahkemesi verdiği iptal kararlarıyla, sözleşme fesih ve yenilememe işlemlerinde esas alınan yasal düzenlemelerin kamu görevinde kalma hakkı ba-kımından ciddi anayasal sorunlar barındırdığını tespit etmiştir. Mahkeme özellikle görevde başarısız olma, kendilerinden istifade edilememe gibi muğlak kavramla-ra dayanılarak kamu görevine son verilmesinin, hukuki belirlilik ve hukuki öngö-rülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığını belirtmiştir⁵³. Bu kararlar sonrasında Ka-

⁴⁷ Yusuf Şevki Hakyemez, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kanunilik Güvencesi', (2026) 42 (2) Anayasa Yargısı Dergisi 687, 730.

⁴⁸ ibid 771.

⁴⁹ Ali Dursun Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 127.

⁵⁰ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 152.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, E 2011/149 K 2012/187, 22.11.2012.

⁵² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 32) 148.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, E 2022/104 K 2023/28, 16.02.2023, § 13.

nun'da yapılan değişikliklerle fesih halleri daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olsa da, normatif sorunların tamamen giderildiğini söylemek güçtür⁵⁴.

Mevcut düzenlemede fesih nedenlerinin Kanun'da sayılmış olması, biçimsel anlamda kanunilik şartını sağlamıştır. Ancak bu fesih nedenleri, içerik bakımından hâlen geniş ve yoruma açıktır. "Görevde başarısız olma", "kendilerinden istifade edilememe" veya "intibak edememe" gibi ifadeler, objektif ve ölçülebilir kriterlerle desteklenmediği sürece, idarenin takdir yetkisini sınırlandırmak yerine genişleten bir işlev görmektedir. Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti ilkesine ilişkin içtihadı⁵⁵, kanuni düzenlemelerin yalnızca varlığının değil, aynı zamanda keyfi uygulamalara karşı koruyucu nitelikte olmasının zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır. Kanun koyucunun soyut nitelikli kavramlar kullandığı bu tür alanlarda, idarenin eylem ve işlemlerinin sınırlarını belirleme işlevi zaruri olarak yargısal denetime kaymaktadır. İdari uyuşmazlıklarda hâkimin önünde açık ve net sınırları çizilmiş yazılı bir kuralın bulunmaması veya kuralın fazlasıyla yoruma açık olması halinde, yargısal içtihatlar idare hukukunda asli kaynak konumuna yükselmektedir⁵⁶. Dolayısıyla idarenin tesis ettiği fesih işlemlerinin anayasal ve yasal sınırları, kanunun lafzından ziyade Danıştay ve idare mahkemelerinin geliştirdiği objektif kriterler etrafında şekillenmek zorundadır⁵⁷.

Bununla birlikte 3269 sayılı Kanun'daki fesih rejiminin kavramsal sınırları yargı kararlarıyla çizilmeye çalışılsa da, usule ilişkin anayasal güvenceler açısından hâlen ciddi sorunlar barındırmaktadır. Fesih işlemlerinde "rapor, tutanak ve her türlü belge ile sabit olma" koşulu yeterli görülmektedir. Bu durum; idari işlemin tesis sürecinde hukuki dinlenilme hakkı, masumiyet karinesi ve savunma hakkı gibi temel güvencelerden uzaklaşılarak bireyin sürece aktif katılımını idare lehine orantısız biçimde sınırlamaktadır.

⁵⁴ Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7517, Kabul Tarihi: 12.06.2024 RG 28.06.2024/32586.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, E 2015/41 K 2017/98, 04.05.2017, § 22.

⁵⁶ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (26. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2024) 40-41.

⁵⁷ ibid: "Bununla beraber, normlar hiyerarşisinde yaşanan güncel dönüşümler ışığında şunu da vurgulamak elzemdir: Cumhurbaşkanlığı kararnamele karşısında idare hukukunun içtihadî ilkelerinin, Anayasa Mahkemesi norm denetimi sırasında bu ilkelere atıf yapmadıkça doğrudan bir geçerliliği veya iptal gerekçesi olma değeri bulunmamaktadır. Sonuç olarak yürürlükteki Türk hukuku bakımından somutlaştırmak gerekirse; idare hukukunun bu içtihadî ilkeleri, normlar hiyerarşisinde kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında, ancak yönetmeliklerin üstünde bir hukuki değere sahiptir."

IV. Sözleşme Feshi ve Sözleşmenin Yenilenmemesi Ayrımının Anayasal Etkileri

Uzman erbaş istihdam rejiminde en tartışmalı hususlardan bir diğeri, sözleşme feshi ile sözleşmenin yenilenmemesi işlemleri arasında yapılan ayırmadır. İdarenin kabul görmüş uygulamasında sözleşmenin yenilenmemesi, çoğu zaman sözleşme süresinin dolmasına bağlanan teknik bir işlem olarak değerlendirilmiş ve fesih rejiminden ayrı tutulmuştur⁵⁸. Ancak güncel idari yargı içtihatları, idareye tanınan sözleşme yenilememe yetkisinin mutlak ve sınırsız bir takdir hakkı içermediği yönündedir⁵⁹. İdarenin salt sözleşme süresinin bitimine dayanan bu şekli yaklaşımı, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadıyla da uyumlu değildir. Zira Mahkeme, olayların ilgililer tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir etmektedir⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevine son veren işlemlerin denetiminde, işlemin hukuki adlandırmasından ziyade doğurduğu sonuçlara bakılması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Sözleşmenin yenilenmemesi suretiyle kamu görevinin sona erdirilmesi de, kamu görevinde kalma hakkına müdahale teşkil etmektedir⁶¹. Mahkeme, sözleşme yenilememe işlemlerini denetlerken idarenin tasarrufunu sadece idari sözleşmenin süresinin dolması olarak görmemektedir. İşlemin arka planında yatan hususları özel hayatın gizliliği⁶² ve haberleşme hürriyeti⁶³ gibi temel anayasal güvenceler açısından da incelemeye tabi tutmaktadır. Bu nedenle yenilememe işlemlerinin de fesih işlemleri gibi sıkı anayasal güvencelere tabi olması gerekmektedir.

Bu içtihatlar doğrultusunda, sözleşmenin feshi ile yenilenmemesi arasındaki biçimsel ayrımın, anayasal sonuçlar bakımından sürdürülebilir olmadığı ortaya çıkmaktadır. Her iki işlem de bireyin kamu hizmetiyle olan bağını koparmakta ve mesleki geleceği üzerinde ağır sonuçlar doğurmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla idarenin, yenilememe işlemlerini fesih rejimi dışında tutarak daha az denetime tabi kılması, hukuk devleti ilkesinin gerekleriyle bağdaşmamaktadır.

⁵⁸ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 Dairesi, 558/1225, 13.11.2001; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, 44/277, 17.12.2004.

⁵⁹ Danıştay İDDK, 2192/182, 26.01.2022.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, E.Y.[GK], Başvuru No: 2018/10482, 14.12.2022, § 51.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E 2022/4 K 2022/64, 01.06.2022, § 12.

⁶² Anayasa Mahkemesi, Ekrem Kayan, Başvuru No: 2016/12031, 11.09.2019.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, Bülent Polat, Başvuru No: 2013/7666, 10.12.2015.

⁶⁴ AYİM Genel Kurulu, 1/1, 24.12.2010.

Bu noktada sorun, yalnızca mevzuatın lafzından değil, uygulamanın idareye tanıdığı geniş takdir alanından kaynaklanmaktadır. Yenilememe işlemlerinin genellikle gerekçesiz tesis edilmesi veya idarenin alternatif istihdam yollarını değerlendirmeden⁶⁵ doğrudan personelin ilişkisini kesmesi, yargısal denetimi güçleştirdiği gibi hakkın özüne de dokunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kamu hizmetinde kalma ve ayrılmaya ilişkin yaklaşımı ise, bu tür işlemlerde gerekçelendirme yükümlülüğünün ve etkili yargısal denetimin anayasal bir zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır.

V. Takdir Yetkisi, Disiplin Hukuku ve Savunma Hakkı

A. Disiplin Hukukunda Takdir Yetkisinin Sınırları

Kamu hizmetinin sürekliliği ve etkinliği bağlamında, askerî idareye tanınan geniş takdir yetkisinin dogmatik temellerini göz ardı etmek, konuya ilişkin eksik bir değerlendirme yapılmasına yol açacaktır. Doktrinde isabetle vurgulandığı üzere ordunun varlık sebebi, sivil hayatta tam karşılığı bulunmayan “hazır bulunmak” ve “emre itaat etmek” gibi iki ağır yükümlülüğe dayanır⁶⁶. Binlerce personeli tek bir irade potasında eriten bu hiyerarşik silsile, en ufak bir zafiyetin telafisi güç sonuçlar doğurabileceği bir tabiatı haizdir. Askerî hizmetin istisnai ve tavizsiz yapısı, tarihsel süreçte de bu alanın özerkliğini pekiştirmiştir. Kökleri Roma hukukuna kadar uzanan ve Çiçero’nun *‘silent leges inter arma’* (silaha gelince yasalar susar) ilkesiyle evrensellik kazanan bu anlayış, komutan otoritesi ve askerî disiplin kurallarını asırlar boyunca sivil hukuk normlarından ayrı bir rejime tâbi tutmuştur⁶⁷. Bu durum, sivil-asker ilişkilerinde ordunun devletin bekası için meşru ve zaruri bir güç⁶⁸ olarak kabul edilmesinin doğal bir sonucudur. Günümüzde Türk Silahlı Kuvvetlerinin değişen güvenlik algılamaları doğrultusunda hız verdiği profesyonelleşme süreci⁶⁹, sahadaki operasyonel hızı ve nitelikli personel ihtiyacını her zamankinden daha kritik bir noktaya taşımıştır.

⁶⁵ Danıştay 12 D, 5913/4395, 15.10.2025.

⁶⁶ Sahir Erman, ‘Askeri Yargı’ (1994) 22 (90) Askeri Adalet Dergisi 6, 7.

⁶⁷ John Gilisen, ‘Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri I’ (1982) 8 (1-2) Yargıtay Dergisi 7, 15.

⁶⁸ Sinem Arslan, ‘Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetleri Döneminde Sivil-Asker İlişkilerinin Dönüşümü’ (2023) 14 (1) Akademik Yaklaşımlar Dergisi 400, 403.

⁶⁹ Cenk Özgen, ‘Türk Silahlı Kuvvetleri’nde Profesyonelleşme Çalışmaları’ (2011) 13 (1) Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 192, 204.

İdarenin hızlı karar alma mekanizmalarına duyduğu bu yapısal ihtiyaç, yargı mercilerince de tescil edilmiştir. Bu çerçevede AİHM; *Engel ve Diğerleri*⁷⁰ kararından başlayarak *Konstantin Markin*⁷¹ içtihadına uzanan süreçte, devletlerin askerî disiplin rejimlerini kurma konusundaki takdir marjını hep geniş yorumlamıştır. Mahkemeye göre, askerî bir kariyeri kendi rızasıyla seçen bireyler, hiyerarşinin gerektirdiği sınırlamaları ve temel haklarındaki daralmayı baştan kabul etmiş sayılırlar. Nitekim AİHM'in kamu görevlilerine ilişkin *Özpınar v. Türkiye* kararında⁷² da vurgulandığı üzere, mesleki onur ve kamu güvenini sar-san eylemlerin özel hayatın gizliliği güvencesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi de askerî personelin disiplin bozucu tavırlarının kamu hizmetinin etkinliği bakımından sivil memurlara kıyasla çok daha katı bir çerçevede değerlendirilebileceğine hükmetmektedir⁷³.

Sıralanan bu fiili ve hukuki gerekçeler, askerî bürokrasinin sivil idarelere nazaran neden daha esnek bir takdir yetkisine ihtiyaç duyduğunu açıklamaktadır. Ancak disiplinin idamesi için vazgeçilmez olan bu hareket alanı, idarenin hukuk kuralları dışına çıkabileceği şeklinde yorumlanamaz. Sözleşme feshi ve yenilenmemesi işlemlerinde idarenin takdir yetkisi mutlak ve keyfi değildir. Tam aksine, hukuka bağlı devlet anlayışının bir sonucu olarak anayasal denetime tâbidir⁷⁴. Anayasa Mahkemesi, kamu görevinde kalma hakkını sınırlayan tasarruflarda takdir yetkisinin varlığını kabul etmekle birlikte, bu yetkinin idareye sınırsız bir serbesti tanımadığını istikrarlı biçimde vurgulamaktadır⁷⁵. Bir başka deyişle takdir yetkisi, idarenin yalnızca hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğüdür. İdare bu özgürlüğü kullanırken yegâne amacı olan “kamu yararı” ve “hizmetin gerekleri” sınırları içinde kalarak işlemlerini somut belgelere dayandırmak zorundadır⁷⁶. Bu noktada, idarenin başvurduğu tedbirin amaca elverişliliğini ve birey-kamu arasındaki makul dengeyi denetleyecek temel mekanizma ise ölçülülük ilkesidir⁷⁷.

⁷⁰ Engel and Others v The Netherlands App no 5100/71 (ECHR, 8 June 1976) §59.

⁷¹ Konstantin Markin v Russia App no 30078/06 (ECHR [GC], 22 March 2012) §34.

⁷² Özpınar v Turkey App no 20999/04 (ECHR, 19 October 2010).

⁷³ Anayasa Mahkemesi, Ata Türkeri, Başvuru No:2013/6057, 16.12.2015.

⁷⁴ Yıldızhan Yayla, ‘İdarenin Takdir Yetkisi’ (1964) 1 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 201, 201.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E 2015/41 K 2017/98, 04.05.2017, §124.

⁷⁶ Ramazan Çağlayan, ‘Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi’ (2003) 7 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 172.

⁷⁷ Jülide Erdem, ‘Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri’ (2013) 62 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 971, 1002.

B. Fesih İşlemlerinde Savunma Hakkının Rolü

Uzman erbaş sözleşme fesihlerinde takdir yetkisinin asıl sorunlu hâle geldiği nokta, bu yetkinin çoğu zaman disiplin hukuku mekanizmaları devre dışı bırakılarak kullanılmasıdır. 3269 sayılı Kanun'da fesih nedenlerinin “rapor, tutanak ve her türlü belge ile sabit olması” şartına bağlanması, uygulamada disiplin soruşturması yürütülmeksizin doğrudan fesih işlemi tesis edilmesine imkân tanımıştır. İdarenin bu eğilimi, özünde askerî hizmetin doğasından kaynaklanan operasyonel hız⁷⁸ ve mutlak itaat⁷⁹ beklentisine dayanmaktadır. Askerî bürokrasi, genellikle disiplin soruşturmalarının gerektirdiği usuli güvencelerin ve zaman alan süreçlerin, hiyerarşik yapının etkinliğini⁸⁰ yavaşlatabileceği argümanından hareket etmektedir. Ancak güvenlik ve hız endişeleri, anayasal güvencelerin önüne geçemez. İdarenin bu yaklaşımı, eylemin niteliği itibarıyla disiplin kanunlarında açıkça düzenlenen ve karşılığı meslekten çıkarma olmayan nispeten hafif fiillerin, 3269 sayılı Kanun'un yoruma açık genel fesih sebepleri kapsamına sokularak cezalandırılmasına zemin hazırlamaktadır. İdarenin disiplin hukukundaki kademeli yaptırım sistemini dolanan bu uygulaması, eylem ile yaptırım arasındaki adil dengeyi bozarak orantısız sonuçlara yol açmaktadır.

Disiplin hukuku, kamu personel rejiminde yalnızca bir yaptırım sistemi değil, aynı zamanda usule ilişkin anayasal güvencelerin somutlaştığı bir alandır. 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun, yaptırımların savunma hakkı tanınmadan uygulanamayacağını açıkça hükme bağlamıştır⁸¹. Bu hakkın etkin bir güvence teşkil edebilmesi için, mutlak surette idari işlemi tesis edecek yetkili makam önünde kullanılması esastır⁸².

⁷⁸ Emine Pınar Özcan, ‘Türk Silahlı Kuvvetlerinde Askeri Disiplinin Temelleri ve Unsurlarının Analizi’ (2025) 9 (2) Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1, 9.

⁷⁹ Tolga Yıldırım, ‘Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış’ (2019) 77 (1) Ankara Barosu Dergisi 47, 65.

⁸⁰ Alkın Karakurumer, ‘Askeri Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri’ (2021) 9 (2) Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi 220, 235.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E 2022/152 K 2023/66, 05.04.2023.

⁸² Bahtiyar Akyılmaz, ‘Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar’ (2002) 6 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 228, 241.

Savunma hakkı sadece disiplin cezalarıyla sınırlı bir güvence değildir. Anayasa Mahkemesi, bu hakkı kamu görevine son veren tüm işlemlere şamil kılmaktadır. Yine Mahkemeye göre; anayasal denetimde esas olan işlemin adı değil, statü üzerindeki etkisidir. Bu açıdan bakıldığında savunma imkânının ortadan kaldırılması, anayasal koruma alanının ihlâli anlamına gelmektedir⁸³.

Mahkemenin bu içtihatları doğrultusunda, uzman erbaş sözleşme fesihlerinde disiplin hukuku mekanizmalarının dolanılması yalnızca usule ilişkin bir eksiklik değildir. Bu durum aynı zamanda anayasal bir hakkın doğrudan ihlâlidir. Zira savunma hakkı, salt ilgilinin kendisine yöneltilen isnatlara karşı görüş bildirmesini sağlamanın ötesinde⁸⁴, idarenin takdir yetkisini sınırlayan ve keyfî kararların önüne geçen temel bir güvencedir. Savunma hakkının kullanılmadığı bir fesih sürecinde, idarenin değerlendirmesi tek taraflı kalmakta ve işlemin ölçülülüğü denetlenemez hâle gelmektedir.

İdari yaptırıma tabi tutulan bir fiilin işlendiği kesin olarak idarece ortaya konulamıyorsa kişinin hukuki güvenlik ilkesinin korumasına alınması ve ona göre yargılanmanın yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda cezalandırma vasfı taşıyan idari işlemlerden önce ilgililerin savunması alınmalı ve savunma için gerekli süre ve imkânlar sağlanmalıdır⁸⁵.

Öte yandan disiplin hukuku ile sözleşme feshi arasındaki ilişkinin normatif düzeyde netleştirilmemiş olması, uygulamada orantısız sonuçlara yol açmaktadır. Uzman erbaşların tabi olduğu Disiplin Kanunlarında, sözleşme feshine ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olduğu hüküm altına alınmıştır⁸⁶. Ancak burada dikkat edilmesi gereken ve asıl tartışılması gereken husus, bu düzenlemenin hangi madde başlığı altında yer aldığıdır. Her iki Kanun'da da bu husus "yüksek disiplin kurulları tarafından verilecek meslekten çıkarma cezaları" başlığı altında düzenlenmiştir. Uzman erbaşların mevcut davranışının/durumunun; intibak edememe, görevde başarısız olma, kendinden istifade edilememe yahut 7517

⁸³ Anayasa Mahkemesi, M.D.[1.B], Başvuru No: 2018/33546, 28.01.2021.

⁸⁴ Zeki Hafızoğulları, 'Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı' (1994) 1994 (1) Ankara Barosu Dergisi 20, 25.

⁸⁵ Pelin Bengü Aslan, 'Hakkaniyete Uygun Yargılanma İçin İdari Yargıda Uygulanması Gereken İlkeler -Bireysel Başvuruya İlişkin Kararlar Işığında' (2024) 1 (157) Danıştay Dergisi 294, 309.

⁸⁶ Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Kanun Numarası: 6413, Kabul Tarihi: 31.01.2013, RG 16.02.2013/28561; Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 7068, Kabul Tarihi: 31.01.2018, RG 08.03.2018/30354 (Mükerrer).

sayılı Kanun'un 31'inci maddesi ile getirilen terör örgütlerine ilişkin düzenleme seviyesinde olup olmadığının tespiti için Disiplin Kanunu kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Personelin mevcut davranışının, Disiplin Kanunu bağlamında "ayırma cezasını" gerektirmeyen daha hafif disiplinsizlikler kapsamında kalmasına rağmen doğrudan fesih işlemi tesis edilmesi, orantısız bir yaptırım olacaktır. Disiplin hukukunda kademeli bir yaptırım sistemi öngörülmüşken, sözleşme feshi rejimi bu kademelendirmeyi dışlayan, doğrudan en ağır sonuca giden bir mekanizma olarak işletilebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesine ilişkin içtihadı ise, kamu görevine son verilmesi gibi ağır bir müdahalenin, daha hafif araçlarla aynı amaca ulaşmanın mümkün olup olmadığının değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır⁸⁷.

Bu çerçevede uzman erbaş sözleşme fesihlerinde takdir yetkisinin kullanımı, disiplin hukuku ve savunma hakkı güvenceleriyle birlikte ele alınmadığı sürece anayasal dengeyi sağlamaktan uzak görünmektedir. Takdir yetkisinin sınırlarının belirsizliği ve savunma hakkının fiilen etkisizleştirilmesi, sözleşme feshi ve yenileneme işlemlerini anayasal denetim bakımından sorunlu bir alan hâline getirmektedir.

VI. Yargısal Denetim ve Yeknesaklık Sorunu

Uzman erbaşlar, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına dayalı tek yanlı olarak hazırladığı ve koşullarını müzakereye açmadığı idari sözleşmeler⁸⁸ ile kamu görevine istihdam edilmektedir. Öğretide de altı çizildiği üzere; taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunmadığı, uyumsuzlukların idari yargıda çözümlendiği⁸⁹ ve idarenin üstün yetkilerle donatıldığı⁹⁰ bu asimetrik sözleşme ilişkisinde, bireyin temel anayasal güvencesi etkin bir yargısal denetimdir. Ancak uzman erbaşların sözleşmelerinin feshi veya yenilenmemesi işlemlerinin yargısal denetiminde karşılaşılan en büyük problem, mahkemeler arası yeknesaklığın bir türlü sağlanamamasıdır.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2022/10 K 2022/72, 01.06.2022, § 32.

⁸⁸ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı* (37. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 79.

⁸⁹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş* (24. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2018) 244.

⁹⁰ İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Der Yayınları 2008) 827.

Askerî Yargı Teşkilatı'nın kaldırılmasının⁹¹ ardından, askeri hizmetlere ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıklar genel idari yargı mercileri tarafından incelenmeye başlanmıştır. Geçiş süreci uygulamada ciddi karar farklılıklarını da beraberinde getirmiştir. Bu soruna çözüm getirmek amacıyla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/C maddesi ile Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşlarında görev yapan personelin askerî hizmete ilişkin işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından yetki birliği öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeyle benzer nitelikteki davaların belirli idare mahkemelerinde görülmesi ve bu suretle içtihat birliğinin sağlanması amaçlanmıştır.

Bilindiği üzere usul hukukunda bir davanın, görevli yargı kolu içerisinde yer alan ve ülke sathına yayılmış mahkemelerden hangisinin önüne götürüleceği sorusu yetki kuralları vasıtasıyla çözümlenmektedir⁹². Her bir mahkemenin yargı yetkisini kullanabildiği sınırları belirlenmiş spesifik coğrafi alan ise yargı çevresi kavramıyla tanımlanmaktadır⁹³. İYUK m.20/C kapsamında uzman erbaş sözleşme fesihlerinden doğan iptal davaları için ihdas edilen sistem, idari yargıdaki bu klasik coğrafi iş bölümünü⁹⁴ aşmakta ve uyuşmazlıkları belirli merkezlerde toplayarak kendine has bir işleyiş sunmaktadır.

Kanun koyucu, askerî hizmete ve personele ilişkin uyuşmazlıklarda genel yetki kurallarından ayrılarak istisnai bir usul ihdas etmiştir. Sistemin temelinde “personelin görev yaptığı yer” unsuru yer almaktadır. Bu yetki kuralına göre askerî uyuşmazlıklar, ilgili bölge idare mahkemesi çevresindeki idare mahkemelerinde toplanmaktadır. Söz konusu düzenleme, davacının statüsünü de dikkate alması yönüyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32'nci ve 37'nci maddelerinde yer alan tek boyutlu yetki kurallarından ayrılmaktadır. Yapısı itibarıyla adeta bir görev kuralı niteliği taşımaktadır⁹⁵.

⁹¹ Askeri Yargı Teşkilatı, 11.02.2017 tarihinde Anayasanın 142'nci maddesinde yapılan değişiklik, 145'inci maddesinin ilgası ve Geçici 21'inci maddenin (E) fıkrası uyarınca ilga edilmiştir. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017, RG 11.02.2017/29976.

⁹² Reşit Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 206.

⁹³ Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Cilt I* (5. Baskı, Kendi Yayını 2001) 1535.

⁹⁴ Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri* (Astana Yayınları 2018) 182.

⁹⁵ Celâl Işıklar, ‘İdari Yargılama Usulünde Yeni ve Özel Bir Yetki Kuralı: Askeri Hizmete İlişkin Uyuşmazlıkların Bölge İdare Mahkemesinin Bulunduğu Yerdeki İdare Mahkemesinde Görülmesi’ (2023) 72 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 447, 458.

İYUK m.20/C’de öngörülen mevcut yetki birliği, yalnızca Millî Savunma Bakanlığı’nda görevli personeli kapsamaktadır. İçişleri Bakanlığı bünyesinde görev yapan Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli, bu düzenlemenin dışında bırakılmıştır⁹⁶. Oysa uzman erbaş statüsü bakımından bu personel grupları arasında normatif bir farklılık bulunmamaktadır. Aynı meslek kanununa tabi olan ve benzer görevleri ifa eden personelin, yargısal denetim bakımından farklı rejimlere tabi tutulması, anayasal eşitlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri açısından ciddi bir sorun oluşturmaktadır.

Bu yetki kuralı, mahkemeye erişim hakkını ve kanuni hâkim güvencesini sınırlandırdığı gerekçesiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, askerî uyuşmazlıklarda yeknesaklığın sağlanmasını hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak değerlendirmiştir. Kararda, yetki birliğine yönelik sınırlamanın meşru bir amaca dayandığı ve askeri personelin diğer kamu görevlilerinden ayrışabileceği kabul edilmiştir⁹⁷. Hâlbuki Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli de fiilen askerî hizmet ifa etmekte ve 3269 sayılı Kanun’a tabi bulunmaktadır. Söz konusu personelin sırf İçişleri Bakanlığına idari bağılılıkları sebebiyle bu yetki birliğinin dışında ve diğer kamu görevlileri kategorisinde değerlendirilmesi, açık bir statü eşitsizliği oluşturmaktadır. Ancak Mahkeme, bizzat aynı meslek kanununa tabi personel arasında yaratılan bu spesifik çelişkiyi değerlendirme dışı bırakmıştır.

Düzenlemenin Anayasa Mahkemesi kararına da yansıyan bu normatif eksikliklerinin yanı sıra, fiili durumda hedeflenen hukuki faydayı sağlama kabiliyeti

⁹⁶ 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8’inci maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/C maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu değişiklik gerekçesi şu şekildedir: “*Madde 8- Askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan davalar Türkiye genelinde idari yargı mercilerinde görülmektedir. Verilen kararlara ilişkin istinaf mercileri de yetkili bölge idare mahkemeleridir. Bu durum aynı olay veya aynı nitelikteki eylem ve işlemlere ilişkin Türkiye’nin çeşitli yerlerindeki mahkemelerden farklı kararlar verilmesine yol açmakta, askeri hizmetin sürekliliğini, askeri disiplinin tesis ve idamesini olumsuz yönde etkilemektedir. Madde ile; Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda görev yapan personelin askeri hizmete ilişkin işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlarda yeknesaklığın sağlanması ve uygulama birliğinin tesisi amacıyla anılan davaların Ankara, İstanbul, İzmir, Konya, Adana ve Erzurum Bölge İdare Mahkemelerinin bulunduğu idare mahkemelerinde görülmesi amaçlanmaktadır.*” TBMM Milli Savunma Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, 22.06.2022 <<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/TutanakGoster/3000>> Erişim Tarihi 23 Mart 2026; Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7415, Kabul Tarihi: 30.06.2022, RG 13.07.2022/31892.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2022/104 K 2023/28, 16.02.2023, § 29.

de tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesinin bu kararına muhalif kalan üyelerin de karşı oy gerekçelerinde isabetle vurguladığı üzere; ihdas edilen bu yetki kuralı farklı bölge idare mahkemeleri arasında ortaya çıkacak içtihat farklılıklarını gidermeye elverişli değildir. Ayrıca yetki hususundaki kanun değişikliği teklinin hazırlık sürecinde her yargı çevresinde ihtisaslaşmış tek bir mahkemenin görevlendirilmesi planlanmışken, nihai metinde bu yönde bir kısıtlamaya gidilmemiştir. Öğretide dile getirilen ve katıldığımız bir görüşe göre⁹⁸; bu düzenlemeyle belirlenen yargı çevrelerinde birden fazla idare mahkemesinin faaliyet göstermesi, aynı tür davalarda farklı kararların çıkmasına zemin hazırlayarak düzenlemenin varlık nedeni olan karar yeknesaklığını tehlikeye düşürmektedir.

Yargısal uygulamalar, sorunun bölgesel farklılık riskinin de ötesine geçtiği göstermektedir. Mevcut düzenleme, ülke veya bölge düzeyinde bir uygulama birliğini sağlamaktan ziyade; aynı yargı çevresi içinde yetkilendirilen ilk derece mahkemeleri arasındaki esaslı içtihat ayrılıklarını dahi önleyememektedir. Aynı statüde bulunan personel hakkında aynı hukuki olgular karşısında farklı yargı mercilerince çelişkili kararlar verilmesi, hukuki güvenlik ilkesini derinden zedelemektedir⁹⁹. Zira hukuki güvenlik ilkesi, sadece hukuk kurallarının istikrarını ve geriye yürümezliğini korumaz. Aynı zamanda yargısal uygulamaların öngörülebilirliğini ve bireyin hukuk düzenine duyduğu haklı güveni de teminat altına alır¹⁰⁰.

İdarenin takdir yetkisine dayalı fesihlerinde güvenlik soruşturması ve sağlık kriterleri, yargısal denetimdeki belirsizliğin temel kaynaklarından. Aşağıda yer alan güncel kararlar bu tabloyu açıkça somutlaştırmaktadır. Güvenlik soruşturması, askerî personelin istihdamında ve statü değişikliklerinde en belirleyici unsurlar arasındadır. Ancak bu unsur, yargı mercilerince birbirinden tamamen farklı hukuki nitelendirmelere tabi tutulabilmektedir. Nitekim somut bir uyumsuzlukta; güvenlik soruşturması menfi sonuçlanan sözleşmeli personelin hem mevcut sözleşmesi feshedilmiş hem de statü değişikliği talebi reddedilmiştir. Aynı maddi vakiya dayanan bu iki işleme karşı açılan davalarda, yargı mercileri birbirleriyle çelişen kararlar tesis etmiştir. Sözleşme fesih işleminin iptali isteğiyle açılan davada Erzurum 3. İdare Mahkemesi, 04.07.2025 tarihli ve E:2025/275, K:2025/995 sayılı kararında; adli bir soruşturmanın varlığının, so-

⁹⁸ Işıklar (n 95) 476.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2022/104 K 2023/28, 16.02.2023, karşıoy.

¹⁰⁰ Mehmet Altundış, 'Hukuki Güvenlik İlkesi' (2008) 1(10) Yasama Dergisi 60, 61.

mut delillerle desteklenmediği sürece tek başına “olumsuzluk” karinesi oluşturmayacağını vurgulayarak şu hükmü tesis etmiştir:

“... Bu durumda; “hırsızlık” suçundan soruşturma bilgisinin bulunması güvenlik soruşturması bakımından davacı hakkında şüphe oluşturmakla beraber; davacının ifadesinde olayı reddettiği, olayda davacı hakkında soruşturma açılmış olmasının tek başına güvenlik soruşturmasını olumsuz kılmayacağı, adli soruşturmanın bulunduğu aşama itibarıyla başkaca somut bir tespitin mevcut olmadığı, Dörtüol Cumhuriyet Başsavcılığının 2024/7503 sayılı soruşturma dosyası haricinde davacı hakkında herhangi soruşturma, kovuşturma ve ceza yargılamasının dava konusu işleme sebep unsuru olarak alınmadığı anlaşılmakla; “hırsızlık” suçundan dolayı soruşturma bulunduğundan bahisle davacının sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmıştır...”

Mahkeme bu kararıyla, masumiyet karinesini ve idari işlemin sebep unsurunun somut gerçekliğini ön planda tutarak davacının kamu görevine iadesine karar vermiştir. Buna mukabil, aynı güvenlik soruşturması verilerine dayalı olarak tesis edilen statü değişikliği talebinin reddi işlemine karşı açılan davada; Erzurum 1. İdare Mahkemesi, 10.09.2025 tarihli ve E:2025/343, K:2025/1495 sayılı kararında, suçun niteliğini ve idarenin kamu hizmetini yürütmedeki takdir yetkisini esas alarak şu sonuca varmıştır:

“Davacı hakkında yürütülen adlî soruşturmanın konusunu teşkil eden hırsızlık suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki karşılığıyla birlikte, Türk toplumunda yüz kızartıcı suçlar arasında bulunduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda davacı hakkında yürütülen adlî soruşturmanın sonucu henüz belli olmamakla birlikte, davacı hakkında var olan şüpheyeye bağlı biçimde işlediği isnat edilen suçun Türk toplumu içindeki karşılığı ve Türk Ceza Kanunu’ndaki niteliği nazara alındığında, davalı idarece ifa edilecek kamu hizmetinde başka bir göreve atanması önünde güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının olumsuz değerlendirilmesine neden olabilecek durum olduğu değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeye göre de davacı hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunun olumsuz değerlendirme yapılması noktasında kullanılan takdir yetkisinin hukuka uygunluk sınırları içerisinde objektif esaslara bağlı olmadığından söz edilemez. Bu yönüyle de davacının 3269 sayılı Kanun uyarınca uzman erbaş olabilmek için aranan şartları taşımamasına bağlı olarak adaylığı sonlandırılabilir. Bu durumda, ... Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesindeki

uzman erbaş alımı kapsamında yapılan sınavlardan başarılı olan davacının, hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda gerekli şartları taşımadığından bahisle adaylık işlemleri sonlandırılarak atamasının yapılmamasına dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.”

Yine sağlık kriterlerine dayalı fesih işlemlerinin hukuki denetiminde, mahkemelerin “uzun süreli tedavi gerektiren haller” istisnasına yönelik yaklaşımları farklılık arz etmektedir. Bu husustaki uyuşmazlıklarda Erzurum 3’üncü İdare Mahkemesi, 31.10.2025 tarihli ve E:2025/54, K:2025/1463 sayılı kararında, mevzuat hükümlerini lafzi ve şekli bir yoruma tabi tutarak şu tespitte bulunmuştur:

“.... Davacının en son alınan istirahat veya hava değişiminin başladığı tarihten geriye doğru son bir yıl içinde üç aydan fazla rapor aldığı dosya kapsamında sabit olduğu, ... davacıya “orta depresif nöbet” tanısıyla 30 günlük sağlık raporu verilmiş ise de, bu hastalığın uzun süreli tedaviyi gerektirdiği yönünde düzenlenmiş sağlık kurulu raporu bulunmadığı, yine davacı ete doğru büyüyen tırnak tanısıyla 40 günlük istirahat raporu almış ve operasyon geçirmiş ise de, söz konusu hastalığın görevinden kaynaklandığı ya da meslek hastalığı niteliğinde olduğuna dair bir sağlık kurulu raporu veya somut bir delilin dava dosyasında bulunmadığı, ... raporların hiçbirinde uzun süreli tedaviye ihtiyaç duyulduğuna dair bir ibarenin bulunmadığı, ... dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

Mahkeme bu gerekçesiyle, fesih işleminin hukuka uygunluk denetiminde, sağlık raporları üzerinde sarıh bir biçimde “uzun süreli tedavi gerektirmesi” kaydının bulunmasını bir ön şart olarak kabul etmiştir. Buna karşın, benzer mahiyetteki bir uyuşmazlığı inceleyen İstanbul 13’üncü İdare Mahkemesi, 11.11.2024 tarihli ve E:2024/329, K:2024/2006 sayılı kararında, amaçsal bir yorum benimseyerek maddi gerçekliğin tespitine odaklanmıştır. Mahkeme ilgili kararında:

“Yukarıda yer verilen istirahat raporlarının toplam süresinin 90 günü aştığı açık olmak ile birlikte, bu raporların toplam 28 günlük kısmının davacının “Varikosel” rahatsızlığı sebebiyle 05/10/2023 tarihinde geçirmiş olduğu ameliyat neticesinde verildiği, bahsi geçen hastalığın uzun bir tedavi sürecine sebep olabileceği, ayrıca tedavi edilmediği takdirde daha ciddi sağlık sorunlarına yol açabileceği, bu doğrultuda davacıya anılan rahatsızlığı sebebiyle isimli hastanede 05/10/2023 tarihinde gerçekleştirilen ameliyat

neticesinde 07/10/2023 tarihinden itibaren verilen 28 günlük istirahat raporunun tedavi maksadıyla düzenlendiğinin kabulü, davacının 07/10/2023 tarihinden başlamak üzere varikozel rahatsızlığı sebebiyle almış olduğu toplam 28 günlük raporun, tedavi sürecinden sayılması gerektiği ve üç aylık süreye dahil edilemeyeceği sonucuna ulaşıldığından, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.”

Mahkeme bu hükmüyle, sağlık raporunda şekli bir “şerh” aranmasından ziyade, hastalığın niteliği ve tıbbi operasyonun mahiyeti gereği sürecin kendiliğinden “tedavi süreci” sayılması gerektiğini vurgulamıştır.

İdari yargıyı yapısal bir açmaza sürükleyen bu içtihat farklılıkları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesinin 20 Nisan 2026 tarihli ve 889 sayılı kararıyla büyük ölçüde çözülmüştür. İYUK m.20/C kapsamında askerî hizmetten doğan uyuşmazlıklar için; Ankara, İstanbul, Erzurum gibi bölgelerde belirli idare mahkemeleri “ihtisas mahkemesi” olarak tefrik edilmiştir. 01 Haziran 2026 tarihinden itibaren uygulanacak olan bu iş bölümü, aynı yargı çevresinde birbiriyle çelişkili kararların önüne geçilmesi açısından son derece isabetli olmuştur. İhtisaslaşma ile askerî hizmetin gereklerine hâkim mahkemelerin yetkilendirilmesi, idarenin takdir yetkisi ile personelin anayasal güvenceleri arasındaki dengeyi çok daha objektif bir zemine taşıyacaktır.

Sonuç

Bu çalışma, uzman erbaşların sözleşme feshi ve sözleşmenin yenilenmemesi rejimini, askerî hizmetin zorunlu kıldığı katı disiplin ile kamu görevinde kalma hakkının anayasal güvenceleri arasındaki ince çizgide ele almıştır.

Mutlak itaat, hiyerarşi, operasyonel hız ve harbe hazırlık gibi unsurlar askerî hizmetin temelidir. Bu gerekliliklerin askerî idareye sivil bürokrasiye kıyasla çok daha geniş bir takdir marjı tanınması meşru ve zaruridir. İdarenin, güvenlik zafiyetine yol açabilecek personeli sistem dışına çıkarma refleksi de makul karşılanmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesinin son dönem içtihatları bu esnekliğe kesin bir sınır çizmiştir. Zira idarenin geniş takdir yetkisi, hukuk devleti sınırlarını aşamaz ve personelin anayasal güvencelerini bütünüyle askıya alamaz.

Çalışmanın temel hukuki tespitlerinden biri de idarenin sözleşme feshi ile sözleşmenin yenilenmemesi işlemleri arasında kurduğu ayrımın anayasal açıdan sürdürülemez olduğudur. Her iki işlem de nihayetinde kamu görevine son

veren ve bireyin statüsüne ağır müdahale teşkil eden tasarruflardır. Mahkemenin yerleşik içtihatları, işlemlerin ismine değil doğurduğu hukuki sonuca odaklanmayı emretmektedir. Bu nedenle yenilememe işlemlerinin usuli güvencelerden bağışık tutulması kabul edilemez niteliktedir. Keza idarenin bu usuli güvenceleri zaman kaybı sayarak doğrudan fesih yoluna gitmesi, disiplin hukukunun kademeli yaptırım sistemini dolanmak anlamına gelmektedir. İdarenin bu uygulaması ölçülülük ilkesinin açık bir ihlalidir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları sonrası 3269 sayılı Kanun'da değişikliğe gidilerek şekli anlamda kanunilik sağlanmıştır. Fakat yapılan düzenleme maddi anayasal yeterlilikten uzaktır. Fesih nedenlerinin alt bentler hâlinde sayılması olumlu bir adımdır. Buna rağmen kanun metninde muğlak ibareler halen mevcuttur. "İsteksizlik gösterme", "manevi şahsiyete gölge düşürme" veya "itibarı sarsacak fiillerde bulunma" gibi fesih nedenleri bu durumun en bariz örnekleridir. Bu soyut kavramlar, idarenin keyfiliğe varabilecek esnek yorum alanını muhafaza etmiştir. Hukuk devleti ilkesi, idari işlemlerin sebep unsurunu oluşturan bu kriterlerin sübjektif değerlendirmelere kapalı, somut ve ölçülebilir olmasını zorunlu kılmaktadır.

Yargısal denetim alanındaki mahkemeler arası içtihat farklılığı, yakın tarihli yargısal reformla karşılık bulmuştur. İdari yargıda ihtisas mahkemelerinin kurulması, HSK Birinci Dairesinin 20 Nisan 2026 tarihli ve 889 sayılı kararıyla hayata geçirilmiştir. Belirli idare mahkemelerinin İYUK m.20/C uyarınca askerî uyuşmazlıklar için tefrik edilmesi, hukuki öngörülebilirlik ve içtihat birliği açısından önemli bir adımdır. Ancak bu pratik kazanım, beraberinde yeni bir hukuki paradoks doğurmuştur. İYUK m.20/C'nin lafzı yalnızca MSB personelini kapsamaktadır. Aynı meslek kanununa tabi olan Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli ihdas edilen ihtisas mahkemelerinin dışında bırakılmıştır. MSB personeli için ihtisas mahkemeleri eliyle hukuki güvenlik tesis edilirken, İçişleri Bakanlığı personeli genel hükümlere tabi tutulmuştur. Benzer nitelikte görev ifa eden ve aynı meslek Kanununa tabi personelin ülke sathındaki mahkemelerin tesadüfi içtihatlarına terk edilmesi, anayasal eşitlik ilkesini temelden sarsmaktadır.

Mevcut hukuki tablo karşısında kanun koyucunun atması gereken üç temel normatif adım bulunmaktadır. İlk olarak, İYUK m.20/C'nin kapsamı genişletilmelidir. Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli de bu yetki birliğine dâhil edilerek yargısal denetimdeki ağır statü eşitsizliği giderilmelidir. İkinci olarak, 3269 sayılı Kanun'daki soyut nitelikli fesih nedenleri yeniden düzenlen-

melidir. Bu kriterler, objektif hukuk kuralları çerçevesinde şüpheye yer bırakmayacak şekilde tanımlanmalıdır. Üçüncü olarak, fesih işlemlerinde savunma hakkı yasal bir ön şart hâline getirilmelidir. Somut bir yargı kararına veya kesinleşmiş bir belgeye dayanmayan, idarenin sübjektif değerlendirmesini içeren fesih ve yenilememe işlemlerinden önce mutlaka disiplin soruşturması yürütülmelidir. Bu süreçte ilgilinin savunmasının alınması kanuni bir zorunluluk hâline getirilmelidir. Askerî hizmetin özgün yapısını zedelenmeden idarenin takdir yetkisi dengelemek ancak bu adımlarla mümkündür. Uzman erbaşların istihdam rejimine arzulanan hukuki güvenlik de tam anlamıyla bu sayede tesis edilmiş olacaktır.

Kaynakça**Kitap ve Makaleler**

- Akıymaz B, 'Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar' (2002) 6(2) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 228-246
- Akıymaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2025)
- Altundış M, 'Hukuki Güvenlik İlkesi' (2008) 1(10) *Yasama Dergisi* 60-94
- Arslan S, 'Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetleri Döneminde Sivil-Asker İlişkilerinin Dönüşümü' (2023) 14(1) *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 400-430
- Aslan P B, 'Hakkaniyete Uygun Yargılanma İçin İdari Yargıda Uygulanması Gereken İlkeler Bireysel Başvuruya İlişkin Kararlar Işığında' (2024) 1(157) *Danıştay Dergisi* 294-348
- Bucaktepe A, 'Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler' (2014) 18(3-4) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 459-489
- Çağlayan R, 'Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi' (2003) 7(3-4) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 171-178
- Çal S, 'İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi' (2010) 14(2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 223-274
- Çelik S, *Milli Güvenlik Algısı Kısacasında Türkiye* (Sarmal Kitabevi 2023)
- Demirağ F, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2025)
- Duran A Y, 'İdari Hizmet Sözleşmesi' (2017) 12(1) *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 115-154
- Erdem J, 'Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri' (2013) 62(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 971-1006
- Erman S, 'Askeri Yargı' (1994) 22(90) *Askeri Adalet Dergisi* 6-15
- Gilisen J, 'Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri I' (1982) 8(1-2) *Yargıtay Dergisi* 7-22
- Giritli İ, Bilgen P ve Akgüner T, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Der Yayınları 2008)
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I* (3. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2019)
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukukuna Giriş* (24. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2018)
- *İdare Hukuku Dersleri* (26. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2024)
- Gözübüyük Ş, *Yönetmelik Yargı* (37. Baskı, Turhan Kitabevi 2020)
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj Yayıncılık 2011)
- Gürbüz R, *Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Turhan Kitabevi 2020)
- Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (18. Baskı, Siyasal Kitabevi 2017)

- Hafizoğulları Z, 'Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı' (1994) 1994(1) *Ankara Barosu Dergisi* 20-40
- Hakyemez Y Ş, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kanunilik Güvencesi' (2026) 42(2) *Anayasa Yargısı Dergisi* 687-771
- Işıklar C, 'İdari Yargılama Usulünde Yeni ve Özel Bir Yetki Kuralı: Askeri Hizmete İlişkin Uyuşmazlıkların Bölge İdare Mahkemesinin Bulunduğu Yerdeki İdare Mahkemesinde Görülmesi' (2023) 72(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 447-501
- Işıқтаç Y ve Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (9. Baskı, Filiz Kitabevi 2023)
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Karakurumer A, 'Askeri Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri' (2021) 9(2) *Çankırı Karatekin Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi* 220-237
- Karavelioğlu C, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Cilt I* (5. Baskı, Kendi Yayını 2001)
- Karslı R M, 'Sözleşmeli Personel İstihdamı Üzerine Hukuki Bir İnceleme: Kit Sözleşmeli Personeli Örneği' (2015) 73(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71-86
- Kayar N, *Sözleşmeli Personel Hukuku* (Ekin Basın Yayın Dağıtım 2014)
- Keskin B, *Sözleşmeli Personel* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Kuluçlu E, 'Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri' (2008) 1(71) *Sayıştay Dergisi*, 3-22
- Mavili T, 'Kamu Personel Sözleşmeleri' (2019) 5(15) *Gümrük ve Ticaret Dergisi* 10-31
- Özcan E P, 'Türk Silahlı Kuvvetleri'nde Askeri Disiplinin Temelleri ve Unsurlarının Analizi' (2025) 9(2) *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1-10
- Özgen C, 'Türk Silahlı Kuvvetleri'nde Profesyonelleşme Çalışmaları' (2011) 13(1) *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 192-208
- Özgür E, *Devlet ve Jandarma - Güvenlik ve Kolluk Perspektifinde Jandarma Personel Sistemi* (Gazi Kitabevi 2019)
- Pınar İ ve Çalışkan Ö, *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Polat H, *Teori ve Pratikte Hukuk Nosyonu Cilt I* (Adalet Yayınevi 2025)
- Sancakdar O, Önüt L B, Doğan E U, Turhan M K ve Seyhan S, *İdare Hukuku El Kitabı* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2024)
- Sayan İ Ö, 'Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askerî, Akademik, Adli Personel Ayrımı' (2009) 64(1) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi* 201-245
- Serim B, 'Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü' (1988) 21(1) *Amme İdare Dergisi* 135-154

- Tan T, 'İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler' (1995) 50(3-4) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi* 291-309
- Ulusoy A D, *Türk İdare Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2022)
- Yayla Y, 'İdarenin Takdir Yetkisi' (1964) 30(1-2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 201-211
- Yıldırım R ve Çınarlı S, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri* (Astana Yayınları 2018)
- Yıldırım T, 'Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış' (2019) 77(1) *Ankara Barosu Dergisi* 47-88

Kararlar

- Engel and Others v The Netherlands App no 5100/71 (ECHR, 8 June 1976).
- Özpınar v Turkey App no 20999/04 (ECHR, 19 October 2010).
- Konstantin Markin v Russia App no 30078/06 (ECHR [GC], 22 March 2012).
- Anayasa Mahkemesi, E 2011/149, K 2012/187, 22.11.2012.
- Anayasa Mahkemesi, Tahir Canan, Başvuru No: 2012/969, 18.09.2013.
- Anayasa Mahkemesi, E 2013/88, K 2014/101, 04.06.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Hüseyin Sezen, Başvuru No: 2013/1793, 18.09.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Bülent Polat, Başvuru No: 2013/7666, 10.12.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Ata Türkeri, Başvuru No: 2013/6057, 16.12.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Z.S. Başvuru No: 2014/19968, 15.02.2017.
- Anayasa Mahkemesi, E 2015/41 K 2017/98, 04.05.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Ekrem Kayan, Başvuru No: 2016/12031, 11.09.2019.
- Anayasa Mahkemesi, M.D.[1.B], Başvuru No: 2018/33546, 28.01.2021.
- Anayasa Mahkemesi, E 2022/4 K 2022/64, 01.06.2022.
- Anayasa Mahkemesi, E 2022/10 K 2022/72, 01.06.2022.
- Anayasa Mahkemesi, E.Y. [GK] Başvuru No: 2018/10482, 14.12.2022.
- Anayasa Mahkemesi, E 2022/104 K 2023/28, 16.02.2023.
- Anayasa Mahkemesi, E 2022/152 K 2023/66, 05.04.2023.
- Anayasa Mahkemesi, E 2024/26 K 2024/83, 14.03.2024.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu, E 2010/1 K 2010/1, 24.12.2010.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 Dairesi, E 2001/558 K 2001/1225, 13.11.2001.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2 Dairesi, E 2003/162 K 2003/298, 09.04.2003.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, E 2004/44 K 2004/277, 17.12.2004.
- Danıştay 12 Dairesi E 2006/3643 K 2009/4943, 29.09.2009.

Danıştay 8 Dairesi E 2011/1214 K 2011/3344, 24.06.2011.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2021/2192 K 2022/182, 26.01.2022.

Danıştay 12 Dairesi, E 2023/5913 K 2025/4395, 15.10.2025.

Mevzuat

Askerî Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG 15.06.1930/1520.

Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, Kanun Numarası: 2692, Kabul Tarihi: 09.07.1982, RG 13.07.1982/17753.

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, Kanun Numarası: 2803, Kabul Tarihi: 10.03.1983, RG 12.03.1983/17985.

Uzman Erbaş Kanunu, Kanun Numarası: 3269, Kabul Tarihi: 18.03.1986, RG 25.03.1986/19058.

Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Kanun Numarası: 6413, Kabul Tarihi: 31.01.2013, RG 16.02.2013/28561.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017, RG 11.02.2017/29976.

Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 7068, Kabul Tarihi: 31.01.2018, RG 08.03.2018/30354(Mükerrer).

Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7415, Kabul Tarihi: 30.06.2022, RG 13.07.2022/31892.

Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7517, Kabul Tarihi: 12.06.2024 RG 28.06.2024/32586.

Elektronik Kaynaklar

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” <<https://sozluk.gov.tr/?ara=intibak>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2026.

TBMM Milli Savunma Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, 22.06.2022, <<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/TutanakGoster/3000>> Erişim Tarihi 23 Mart 2026.

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 17, 3. Yasama Yılı, Cilt 26, Birleşim 80, 18.03.1986, 250 <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c026/tbmm17026080.pdf>> Erişim Tarihi 18 Mart 2026.

İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler Arasındaki Denge: Korunan Hukuki Değerin Yeniden Değerlendirilmesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAPLAN ARIK^(**)

Öz

Çalışma, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki sınırın belirlenmesinde yaşanan güçlüğü temelinde, korunması gereken hukuki değer açık ve tutarlı biçimde tespit edilememesinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Mevcut tartışmalar çoğunlukla dinî değerlere yönelik ifadelerin hangi koşullarda sınırlandırılabilirliğine odaklanmakta ve münferit uyumsuzluklar üzerinden yürütülmektedir. Ancak bu tartışmalar, sorunun dayandığı normatif temelin yeterince açıklığa kavuşturulmasını sağlamamaktadır. Çalışma, dinî değerlere yönelik ifadelerin sınırlandırılmasında koruma odağının, dinlerin veya kutsalların kendisinden çok bu değerlere sahip bireylerin insan onuru ve eşit vatandaşlık statüsüne yönelmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu çerçevede, dinî inançlara yönelik eleştiri, reddiye ve rahatsız edici ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği; buna karşılık belirli bir inanan grubunu hedef alan, aşağılayan ve dışlayan söylemlerin ise sınırlandırılabilirliği ileri sürülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ve uluslararası insan hakları belgeleri ışığında yapılan inceleme, ifade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın belirlenmesinde esas ölçütün; ifadenin yöneldiği hedef, ortaya çıktığı bağlam ve doğurduğu etkiler olduğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler

İfade Özgürlüğü, Dinî Hassasiyetler, Din Temelli Nefret Söylemi, Eşit Vatandaşlık Statüsü, Birey Odaklı Koruma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 25.05.2026.

Atıf Şekli: Aslıhan Kaplan Arık, 'İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler Arasındaki Denge: Korunan Hukuki Değerin Yeniden Değerlendirilmesi' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39,81.

DOI: 10.52273/sduhfd..1929537.

^(**) Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep-Türkiye.

E-posta: kplnasli@gmail.com.

Orcid: 0000-0003-1234-3804.

Freedom of Expression and Religious Sensibilities: Reassessing the Protected Legal Value

Abstract

This study argues that the difficulty in determining the boundary between freedom of expression and religious sensitivities stems from the failure to clearly and consistently identify the legal interest that deserves protection. Existing debates predominantly focus on the conditions under which expressions concerning religious values may be restricted and are largely conducted on a case-by-case basis; however, this approach fails to clarify the normative foundation of the issue. The study contends that the legal interest to be protected in limiting expressions directed at religious values is not religions or the sacred as such, but rather the human dignity and equal citizenship status of individuals who hold such beliefs. Within this framework, it is argued that criticism, rejection, and even offensive expressions concerning religious beliefs should be protected under freedom of expression, whereas expressions that target, degrade, or exclude a particular group of believers may legitimately be subject to restriction.

An analysis based on the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) and relevant international human rights instruments demonstrates that the key criteria for drawing the line between freedom of expression and religion-based hate speech lie in the target of the expression, the context in which it occurs, and its effects.

Keywords

Freedom of Expression, Religious Sensitivities, Religion-Based Hate Speech, Equal Citizenship Status, Individual-Centered Protection.

Extended Summary

The boundary between freedom of expression and religious sensibilities remains difficult to determine in a consistent and foreseeable manner. Judicial decisions and contemporary debates reveal that similar forms of expression directed at religious values may lead to different legal outcomes. This inconsistency indicates that the problem does not merely arise from the diversity of concrete cases, but from a more fundamental uncertainty concerning the legal interest that justifies restrictions on expression.

At the core of this uncertainty lies the ambiguous conceptualization of the protected legal interest. Prevailing approaches often shift the focus toward the protection of religion, sacred values, or collective sensitivities. However, treating such abstract entities as objects of legal protection raises serious concerns in terms of legal certainty, state neutrality, and the limits of permissible restrictions on expression. Religions or sacred values, as such, cannot be regarded as independent objects of protection within a constitutional framework based on individual rights.

A more coherent understanding emerges when the protected legal interest is defined with reference to individuals rather than abstract values. Restrictions on expression can only be justified on the basis of protecting the dignity and equal social status of individuals who hold particular beliefs. From this perspective, the issue is no longer the protection of the sacred, but the protection of individuals against exclusionary or degrading effects that undermine their standing as equal members of society.

This approach provides a clearer basis for distinguishing between protected expression and legitimately restricted speech. Expressions that criticize, reject, satirize, or even offend religious beliefs remain within the scope of freedom of expression. By contrast, expressions that target individuals as members of a religious group, portray them as inferior, or exclude them from equal participation in social life may justify restriction. The decisive factor is not whether an expression offends religious values, but whether it produces harmful effects on the dignity and equal standing of individuals.

Within this framework, freedom of expression must also be understood in its structural dimension. It constitutes a foundational condition of democratic society by enabling pluralism, open debate, and the contestation of dominant ideas. For this reason, the protection of expression extends to statements that may be disturbing, offensive, or shocking. Limiting expression solely on the basis of offence would undermine the very function of this freedom. Restrictions therefore require a justification grounded in concrete harm rather than abstract notions of the sacred.

The relationship between freedom of expression and freedom of religion should not be understood as inherently conflictual. While freedom of religion protects individuals' autonomy in matters of belief, freedom of expression ensures that such beliefs can be discussed and criticized. The tension between the two rights arises not at the level of abstract values, but in situations where expression produces harmful effects on individuals or groups.

International human rights law reflects a similar shift toward an individual-centered understanding of protection. Within the United Nations system, the move away from the concept of “defamation of religions” toward the protection of individuals against intolerance and discrimination demonstrates a transformation in the understanding of the protected interest. Likewise, the Human Rights Committee has emphasized that a lack of respect for a religion does not in itself justify restrictions unless it amounts to incitement to discrimination, hostility, or violence.

The case law of the European Court of Human Rights also supports this approach, although not always consistently. The Court affirms that religions are not immune from criticism and that expressions concerning religious doctrines fall within the scope of freedom of expression. At the same time, it allows states a margin of appreciation where expression constitutes abusive attacks targeting believers or risks undermining social coexistence. These decisions can be more convincingly understood not as protecting religion itself, but as addressing the effects of certain forms of expression on individuals and conditions of social coexistence.

In this context, the distinction between protected expression and religiously motivated hate speech can be articulated through three interrelated criteria: the target of the expression, the context in which it occurs, and its effects. Hate speech differs from merely offensive expression in that it targets individuals as members of a group, portrays them as inferior or threatening, and undermines their equal standing in society. The harm involved is not limited to subjective offence but extends to the structural conditions of equal citizenship.

This framework allows for a more consistent and predictable assessment of controversial expressions. Acts such as the desecration of sacred symbols or satirical depictions of religious figures may fall within the protection of freedom of expression when they remain within the boundaries of critique. However, where such expressions operate in a context that targets a specific group and produces exclusionary or degrading effects, restrictions may be justified.

In conclusion, the protected legal interest in this field should be understood not as religion or sacred values themselves, but as the dignity and equal social status of individuals. Reframing the issue in this way enables a more coherent, predictable, and constitutionally grounded approach to the limits of freedom of expression.

Giriş

Son dönemde dinî hassasiyetler bağlamında yaşanan tartışmalar, ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınırın belirlenmesindeki güçlüğü yeniden görünür hâle getirmiştir. Özellikle 2026 yılında İspanya ile Mısır milli futbol takımları arasında oynanan karşılaşma sırasında ortaya çıkan ve din temelli ifadeler üzerinden yürüyen tartışmalar¹, benzer nitelikteki olayların hâlâ ortak ve öngörülebilir bir ölçüt çerçevesinde değerlendirilemediğini göstermektedir. Daha önce Charlie Hebdo karikatürleri² veya kutsal kitap yakma eylemleri gibi örneklerde de benzer tartışmalar yaşanmış³; ancak her olayın kendi bağlamı içinde yeniden ele alınması, genel ve teorik bir sınır çerçevesinin eksikliğini ortaya koymuştur.

Güncel tartışmalar ve yargı kararları, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki sınırın uygulamada tutarlı ve öngörülebilir biçimde belirlenemediğini ortaya koymaktadır. Dinî değerlere yönelik benzer ifadelerin farklı hukukî sonuçlara yol açması, bu alanda genel ve istikrarlı bir ölçütün henüz oluşmadığını göstermektedir. Bu durum, sorunun yalnızca somut olayların çeşitliliğinden değil, daha temelde değerlendirme çerçevesinin dayandığı esasın belirsizliğinden kaynaklandığını ortaya koymaktadır.

Çalışma, söz konusu belirsizliğin temelinde, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda korunması gereken hukuki değerın yanlış veya belirsiz biçimde kavramsallaştırılmasının yattığını ileri sürmektedir. Dinî değerlerin veya kutsalın anayasal düzeyde bağımsız bir koruma nesnesi olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar ancak bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşitliğinin korunmasıyla meşrulaştırılabilir. Bu nedenle, dinî inançlara yönelik eleştiri, reddiye ve rahatsız edici ifadeler kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık, belirli bir ina-

¹ İspanya-Mısır maçındaki İslamofobik tezahürlara ilişkin başlatılan soruşturma hakkında bkz. <<https://www.dw.com/tr/i/%CC%87spanya-m%C4%B1s%C4%B1r-ma%C3%A7%C4%B1ndaki-i/%CC%87slamofobik-tezah%C3%BCratlara-soru%C5%9Fturma/a-76623359>> Erişim Tarihi: 22.05.2026.

² Charlie Hebdo karikatürleri sonrasında ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki gerilimin ele alındığı çalışma için bkz. Serdar Kaya, *İfade Özgürlüğü ve Dini Hassasiyetler: Charlie Hebdo ve Hz. Muhammed Karikatürleri*, (İstanbul Liber Plus Yayınları, 2017).

³ Kutsal kitap yakma eylemlerinin ifade özgürlüğü bağlamında ele alındığı çalışma için bkz. Çakmak, Ufuk Ramazan ve Aydın Furkan Kaynak, 'Kutsal Kitapları Yakma Eylemlerinin İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2025) 33 (4), 2219-2251.

nan grubunu hedef alan aşağılayıcı ve dışlayıcı söylemler bakımından sınırlama gündeme gelebilir.

Bu çalışma, literatürde çoğunlukla somut olaylar üzerinden yürütülen tartışmaların ötesine geçerek, korunan hukuki değerın yeniden tanımlanmasına dayalı genel ve öngörülebilir bir ölçüt önermektedir. Çalışmaya göre ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, dinî değerlerin veya kutsalın korunmasından çok, bu değerlere sahip bireylerin insan onuru ve eşit vatandaşlık statüsünün korunması temelinde değerlendirilmelidir.

I. İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler: Kavramsal Çerçeve ve Korunan Hukuki Değer Sorunu

İfade özgürlüğü, demokratik toplum düzeninin temel taşlarından biri olup bireylerin düşünce, kanaat ve inançlarını serbestçe oluşturabilmelerinin yanı sıra bu düşünceleri açıklayabilmelerini, yayabilmelerini ve başkalarıyla paylaşabilmelerini güvence altına almaktadır.⁴ Bu yönüyle ifade özgürlüğü, bireysel bir hak olmanın ötesinde, çoğulcu ve açık bir kamusal tartışma ortamının ön koşulunu oluşturmaktadır.⁵ Demokratik bir toplumda farklı görüşlerin serbestçe ifade edilebilmesi, gerçeğin ortaya çıkması ve siyasal iktidarın denetlenmesi bakımından vazgeçilmezdir.

İfade özgürlüğü yalnızca yazılı ve sözlü anlatımlarla sınırlı olmayıp sanatsal faaliyetleri, sembolik davranışları ve kamusal protesto biçimlerini de kapsamaktadır.⁶ Bu nedenle karikatürler, kültürel ifade biçimleri ve belirli nesneler aracılığıyla gerçekleştirilen sembolik eylemler de bu özgürlüğün koruma alanı içinde yer almaktadır.⁷ Dolayısıyla ifade özgürlüğü, klasik anlamda söz ve yazının ötesine geçen geniş ve çok boyutlu bir anlatım alanını kapsamaktadır.⁸ Bu özgürlük, toplum tarafından benimsenen veya zararsız görülen düşüncelerle sınırlı olmayıp, rahatsız edici, incitici ve hatta şok edici ifadeleri de korumakta-

⁴ Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası* (Öncü Kitabevi 1969) 27; Mustafa Erdoğan 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif' (2001) 24 *Liberal Düşünce* 8.

⁵ *Bekir Coşkun Başvurusu*, Başvuru No: 2014/12151, (AYM 4.6.2015).

⁶ Hüseyin Göktepe, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret' (2016) 7 (25) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 169, 171-172.

⁷ Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press 2005) 13-15; *Müller and Others v Switzerland App no 10737/84 (ECHR, 24 May 1988) para 27*.

⁸ *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR, 7 December 1976) para 49*.

dır.⁹ Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleri de bu anlayışın temelini oluşturmaktadır. Aksi takdirde, yalnızca toplum tarafından benimsenen veya zararsız görülen ifadelerin korunması, ifade özgürlüğünün işlevini büyük ölçüde anlamsız hale getirecektir.

İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp, demokratik toplum düzeninde belirli şartlar altında sınırlandırılabilir. ¹⁰ Sınırlamaların meşruiyeti ise kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütlerinin birlikte sağlanmasına bağlıdır. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması, kamu düzeninin korunması ve nefret söylemiyle mücadele, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında temel gerekçeler arasında yer almaktadır. ¹¹ Bununla birlikte, sınırlama değerlendirmesinde belirleyici olan, ifadenin salt rahatsız edici olup olmamasından çok ¹² ortaya çıktığı bağlam ve doğurduğu etkilerdir. ¹³ Bu nedenle, şok edici veya incitici nitelikteki ifadeler tek başına sınırlama gerekçesi oluşturmazken, belirli bir grubu sistematik biçimde aşağılayan veya dışlayan ifadeler bakımından koruma alanının sınırları daha dar yorumlanmaktadır. ¹⁴

⁹ Barendt (n 7) 15; Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press 1982) 15-20.

¹⁰ Jan Stajniko, Daniel Siter and Luka Martin Tomažič, 'Discrimination, Freedom of Expression and Two Concepts of Liberty: Assessing European Legislation Criminalizing Hate Speech' (2024) 64 *Hungarian Journal of Legal Studies* 288, 298; Bahar Öngüç, 'Şiddet İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması: AİHM Kararları Işığında Kısa Bir Değerlendirme' (2020) 11(2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 587, 590; Özcan Özbey, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları' (2013) 62(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 93, 98.

¹¹ Göktepe (n 6) 182; Dominika Bychawska-Siniarska, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması (Uygulamacılar İçin El Kitabı)* (Tuğçe Duygu Köksal tr, Avrupa Konseyi 2018) 36-50.

¹² John Stuart Mill, *On Liberty* (Batoche Books Kitchener 2001) 19-20; Thomas Scanlon, 'A Theory of Freedom of Expression' (1972) 1(2) *Philosophy and Public Affairs* 204, 205; Ronald Dworkin, 'Foreword' in Ivan Hare and James Weinstein (eds) *Extreme Speech and Democracy* (Oxford University Press 2009) vii.

¹³ Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech* (Harvard University Press 2012) 5-6.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi kararında belirli bir grubu sistematik biçimde aşağılayan veya dışlayan ifadeler bakımından koruma alanının sınırlarını daha dar yorumlanmaktadır. İlgili kararlar için bkz. *Emin Aydın (2) Başvurusu*, Başvuru No: 2013/3178, (AYM 25.6.2015), para 35; *Mehmet Aytaç Başvurusu*, Başvuru No: 2017/26514, (AYM 11.2.2021) para 51; *Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu*, Başvuru No: 2016/79283, (AYM 17.4.2019), para 32; AİHM'in kırıcı, şok edici veya rahatsız edici ifadelerin korunduğu ancak nefret söyleminin dar yorumlanması yaklaşımına ilişkin bkz. *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR, 7 December 1976)*.

İfade özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki ilişki çoğu zaman bir çatışma ilişkisi olarak ele alınsa da, gerçekte bu iki hak arasında daha karmaşık bir ilişki söz konusudur. Din ve vicdan özgürlüğü bireylerin herhangi bir dine inanma, inanmama veya inancını değiştirme özgürlüğünü güvence altına alır-ken; ifade özgürlüğü de bu inançların eleştirilebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenle söz konusu iki hak, birbirini dışlamamakta, demokratik toplum düzeninde birlikte işleyen ve karşılıklı olarak birbirini anlamlandıran hak kategorileri olarak görülmektedir.¹⁵

Dinî değerlere yöneltilen bir ifadenin değerlendirilmesinde belirleyici olan husus, ifadenin bir inancı eleştirmekle sınırlı kalıp kalmadığı ya da belirli bir inanan grubunu hedef alan aşağılayıcı bir söyleme dönüşüp dönüşmediğidir. BM İnsan Hakları Mekanizmalarında da koruma ve sınırlama arasındaki ayırım büyük ölçüde bu ölçüt üzerinden kurulmaktadır. İnsan Hakları Konseyi'nin 2011 yılında benimsediği yaklaşım, "dinlerin aşağılanması önlenmesi" anlayışından uzaklaşarak, dinî inançlara sahip bireylerin hoşgörüsüzlük, ayrımcılık ve şiddete karşı korunmasını esas almıştır. Bu değişim, uluslararası insan hakları hukukunda korumanın dinlerin kendisinden ziyade bu inançlara sahip bireylere yöneldiğini göstermektedir.¹⁶ Aksi yöndeki bir yaklaşım, ifade özgürlüğü üzerinde belirsiz ve genişletici sınırlama alanları yaratmakta; ayrıca hangi dinin veya dinî öğretinin ne ölçüde korunacağı sorusunu gündeme getirerek laiklik ilkesi bakımından da ciddi sorunlara yol açmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, dinî değerlerin yalnızca bireysel inanç alanına ait olmadığı, aynı zamanda toplumsal barış ve kamusal düzen açısından da korunması gereken bir değer taşıdığı görüşünü ileri sürmektedir.¹⁷ Bu anlayışa göre din, kolektif kimliklerin ve ortak değerler sistemlerinin kurucu unsurlarından biri olup, kutsal olarak kabul edilen değerler de bu ortaklığın sembolik taşıyıcı-

¹⁵ *Kokkinakis v Greece App no. 14307/88* (ECHR, 25 May 1993); *Handyside v United Kingdom App no 5493/72* (ECHR, 7 December 1976).

¹⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 16/18 sayılı Karar, UN Doc A/HRC/RES/16/18 (24 Mart 2011); Kari Telle, *UN Resolution 16/18 and the Istanbul Process: What Has Been Achieved? A Charting of Blasphemy Trends in Pakistan and Indonesia* (Chr Michelsen Institute 2022) 4; Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea and Michael Wiener, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary* (Oxford University Press 2016) 518-525.

¹⁷ Bhikhu Parekh, 'Is There a Case for Banning Hate Speech?' in Michael Herz and Peter Molnar (eds), *The Content and Context of Hate Speech* (Cambridge University Press 2012) 37, 38; Joseph Raz, 'Free Expression and Personal Identification' (1991) 11 *Oxford Journal of Legal Studies* 303, 305.

larıdır. Bu nedenle kutsala yönelik ağır ve aşağılayıcı nitelikteki ifadelerin, yalnızca bireylerin incinmesiyle sınırlı kalmayıp toplumsal gerilimleri tetikleyebileceği ve birlikte yaşama koşullarını zedeleyebileceği savunulmaktadır.¹⁸ Bununla birlikte, toplumsal barışın korunması açısından belirli bir meşruiyet zemini taşısa da, anayasal düzlemde ciddi sorunlar doğurmaktadır.

Dinî değerlerin veya kutsalın hukuki koruma nesnesi olarak kabul edilmesi, hangi inançların ne ölçüde ve hangi tür ifadeler karşısında korunacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu durum, hukuk düzenini içerik temelli ve seçici müdahalelere açık hâle getirerek devletin tarafsızlığı ilkesini zedeleme riski doğurmaktadır.¹⁹ Ayrıca, ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemede işlevsel ve öngörülebilir bir ölçüt de sunmamaktadır. Zira “kutsalın incinmesi” veya “dinî hassasiyetlerin zedelenmesi” gibi ölçütler, doğaları gereği öznel ve değişkendir. Hangi ifadelerin sınırlandırılabilmesinin nesnel biçimde belirlenmesi güçleşmekte, bu da hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bakımından sorun yaratmaktadır. Ortaya çıkan belirsizlik, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin genişlemesine ve keyfî uygulamalara açık hâle gelmesine yol açmaktadır. Dinî değerleri bağımsız bir koruma nesnesi olarak kabul eden yaklaşım, ifade özgürlüğüyle uyumlu bir sınırlandırma rejimi bakımından yeterli bir teorik zemin sunmamaktadır. Koruma odağının bireylerden soyut değerlere kaydırılması, ifade özgürlüğünün sınırlarının belirsizleşmesine ve müdahale alanının genişlemesine yol açabilmektedir.

Bir dinin veya inanç sisteminin eleştirilmesi ya da bu değerlere yönelik saygısızlık içeren ifadelerin, tek başına ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı kabul edilmelidir; sınırlama ancak ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik eden durumlarda gündeme gelebilir.²⁰ Bu anlayış, yalnızca teorik bir öneri niteliği taşımamakta; aynı zamanda uluslararası insan hakları hukukunda da açık bir karşılık bulmaktadır. BM İnsan Hakları Komitesi de 34 No.lu Genel Yorum’unda, bir dine veya inanca yönelik saygı eksikliğinin tek başına sınırlama gerekçesi oluşturamayacağını açıkça vurgulamakta;

¹⁸ Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Harvard University Press 1989) 27-30; Jürgen Habermas, ‘Religion in the Public Sphere’ (2006) 14 *European Journal of Philosophy* 1, 8-10.

¹⁹ Parekh (n 17) 40-45; Raz (n 17) 305-312.

²⁰ Robert Evans, ‘Islamic Bloc Drops 12-Year UN Drive to Ban Defamation of Religion’ (Reuters, 24 March 2011) <<http://blogs.reuters.com/faithworld/2011/03/24/islamic-bloc-drops-12-year-u-n-drive-to-ban-defamation-of-religion>> Erişim Tarihi 01.04.2026.

bu tür ifadelerin ancak Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesi kapsamında, yani nefrete, ayrımcılığa veya şiddete teşvik niteliği taşıması hâlinde sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir.²¹ Bu durum, ifade özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki ilişkinin, dinî değerlerin korunmasından ziyade bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ekseninde yeniden kurulduğuna göstermektedir.²²

Söz konusu teorik çerçeve, AİHM içtihadında da somut biçimde görülmektedir. AİHM, din ve vicdan özgürlüğünün koruma alanını inançların kendisinden çok bu inançlara sahip bireyler üzerinden kurmakta ve dinlerin eleştiriden muaf tutulamayacağını kabul etmektedir. AİHM, dinî ifadelerle ilişkin değerlendirmelerinde, ifadenin bir inancı eleştirmekle sınırlı kalıp kalmadığına veya belirli bir inanan grubunu hedef alan aşağılayıcı bir söyleme dönüşüp dönüşmediğine odaklanmaktadır.

AİHM'e göre din eleştirisi kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında korunur. Ancak eleştirinin belirli bir grubu hedef alan uygunsuz (*improper*) veya aşağılayıcı (*abusive*) bir saldırıya dönüşmesi durumunda devlet müdahalesi meşru kabul edilebilmektedir. Örneğin *Otto-Preminger-Institut v Avusturya* kararında, Katolik inancına yönelik ağır hakaret içeren bir filmin gösteriminin yasaklanması, dinî hoşgörüsüzlüğü körükleme potansiyeli nedeniyle meşru görülmüştür.²³ Benzer şekilde *İ.A. v Türkiye* kararında, Hz. Muhammed'e yönelik aşağılayıcı nitelikteki ifadelerin Müslüman inananları doğrudan hedef aldığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.²⁴ Anılan kararlar, görünüşte dinî hassasiyetleri korur gibi görünse de, esasen bireylerin hedef alınması ve ifadenin toplumsal etkileri üzerinden gerekçelendirilmektedir. Başka bir ifadeyle AİHM, dinî eleştiriden ziyade, belirli bir inanan grubunu hedef alan ve aşağılayıcı nitelik taşıyan ifadelerin sınırlandırılmasına daha yakın

²¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 34, CCPR/C/GC/34 (2011) para 48.

²² Malcolm D Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe* (Cambridge University Press 1997) 280-285.

²³ *Otto-Preminger-Institut v Avusturya App no 13470/87 (ECHR, 20 September 1994) paras 47-56.*

²⁴ *İ.A. v Turkey* kararının, dinî hassasiyetlerin korunması ile bireylerin korunması arasında açık bir ayrım ortaya koymadığı ve bu yönüyle AİHM içtihadında tartışmalı örneklerden biri olduğu yönünde bkz. ilgili değerlendirmeler. Bu karar, AİHM'in bazı durumlarda koruma odağını dinî değerlerin kendisine yaklaştırdığı şeklinde de yorumlanmaktadır. *İ.A. v Türkiye, App no. 42571/98 (ECHR, 13 September 2005) paras 24-29.*

durmaktadır. Bununla birlikte AİHM içtihadı her zaman yeknesak bir görünüm sergilememektedir. Bazı kararlarında AİHM'in, koruma odağını bireylerden uzaklaştırarak dinî hassasiyetlerin korunmasına yaklaşan bir tutum benimsediği görülmektedir.

AİHM'in değerlendirmesi çoğu zaman ifadenin yöneldiği hedefe, ortaya çıktığı bağlama ve doğurduğu etkilere göre şekillenmektedir. Özellikle inananların eşitliğini zedeleyebilecek ve hoşgörüsüzlüğü artırabilecek söylemler karşısında devletlere daha geniş bir takdir marjı (*margin of appreciation*) tanındığı görülmektedir.²⁵ Buna karşılık, bir inancı veya dinî öğretiyi eleştirmekle sınırlı kalan ve belirli bir grubu hedef almayan ifadeler bakımından ifade özgürlüğü daha güçlü korunmaktadır. Ancak AİHM'in özellikle *Otto-Preminger-Institut v Austria* ve *İ.A. v Turkey* kararlarında benimsediği yaklaşım, yalnızca bireylerin korunmasına indirgenememektedir.

AİHM, bu kararlarında dinî hassasiyetlere yönelik ağır ve aşağılayıcı ifadelerin toplumsal barışı ve dinî hoşgörüyü zedeleyebileceği gerekçesiyle devlet müdahalesine belirli ölçüde alan tanımaktadır. Söz konusu içtihatlar, dinî değerlerin doğrudan korunmasından çok, dinî barışın ve birlikte yaşama koşullarının korunmasına dayanan bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bununla birlikte, böyle bir yaklaşım koruma odağını bireylerden dinî hassasiyetlere kaydırma riski taşımaktadır. “Dinî barışın korunması” gerekçesi, hangi ifadelerin sınırlandırılabilirliğinin belirlenmesinde soyut ve yoruma açık bir alan yaratabilmektedir. Bu durum, ifade özgürlüğü bakımından geniş ve öngörülemez müdahalelere zemin hazırlayabilmektedir. Öte yandan, devletin belirli dinî hassasiyetleri koruma rolü üstlenmesi, laiklik ve tarafsızlık ilkeleri bakımından da tartışmalı bir zemin oluşturmaktadır.

İfade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın belirlenmesinde esas alınması gereken ölçüt, ifadenin yöneldiği nesneden ziyade hedef aldığı kişiler ve doğurduğu etkilerdir. Koruma odağının dinî değerlerden bireylerin onuru ve eşitliğine kaydırılması, hangi ifadelerin sınırlandırılabilirliğinin daha somut ve öngörülebilir bir zeminde değerlendirilmesini mümkün kılmaktadır. Bu yaklaşım, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki gerilimin, soyut ve belirsiz “kutsalın korunması” anlayışı yerine somut hak ihlalleri ve ölçülebilir toplumsal etkiler dikkate alınarak değerlendirilmesini mümkün kıl-

²⁵ Takdir marjı için detaylı açıklamalar için bkz. Tolga Şirin, ‘Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı’ (2013) 2(4) Anayasa Hukuku Dergisi 359, 361 vd.

maktadır. Ayrıca ifade özgürlüğünün rahatsız edici ve sarsıcı ifadeleri de kapsayan geniş koruma alanının muhafaza edilmesine imkân tanımaktadır. Aynı zamanda belirli grupları dışlayan ve onların eşit vatandaşlık statüsünü zedeleyen söylemler bakımından sınırlamanın meşru sınırlarının daha açık ve öngörülebilir ölçütlerle belirlenmesine imkân tanımaktadır.

Dinî barışın korunmasına yönelik kaygılar bütünüyle göz ardı edilemez. Ancak anayasal düzlemde meşru kabul edilebilecek koruma, dinî değerlerin kendisine değil, bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşitliğine yönelmelidir. Bu nedenle dinlerin ve inanç sistemlerinin eleştirilebilirliği ifade özgürlüğünün koruma alanı içinde kalırken, belirli bir inanan grubunu hedef alan aşağılayıcı ve dışlayıcı söylemler bakımından sınırlama meşru görülebilmektedir. AİHM'in yaklaşımı, dinî inançların kendisinden çok, bu inançlara sahip bireylerin onuru ve eşitliğinin korunmasına dayanmaktadır. AİHM, dinî değerlere yönelik her türlü saygısızlığın sınırlandırılmayacağını; buna karşılık belirli bir inanan grubunu hedef alan aşağılayıcı ve dışlayıcı ifadelerin müdahaleye daha açık olduğunu kabul etmektedir. Bu anlayış, özellikle nefret söylemine ilişkin içtihatla daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır.

Nefret söylemi, ifade türleri arasında en tartışmalı alanlardan birini oluşturmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunda kavrama ilişkin yeknesak bir tanım bulunmamakla birlikte²⁶, çeşitli uluslararası belgelerde nefret söyleminin yasaklandığı görülmektedir.²⁷ BM tarafından hazırlanan Nefret Söylemi Stratejisi ve Eylem Planı'nda nefret söylemi, yalnızca incitici bir ifade olmanın ötesine geçen; toplumsal ilişkiler üzerinde dışlayıcı ve ayrıştırıcı etkiler doğuran bir olgu olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda, bir kişi ya da gruba din, ırk, etnik köken, milliyet veya benzeri kimlik özellikleri temelinde yöneltilen her türlü aşağılayıcı, ayrımcı veya düşmanca ifade biçimi nefret söylemi kapsamında değerlendirilmektedir.²⁸ Bu tanımın davranışsal iletişim biçimlerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması önem arz etmektedir.

²⁶ Alexander Brown, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination* (Routledge 2015) 36-40.

²⁷ Cengiz Gül ve Seher Çakan 'AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması' (2018) 13(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 374.

²⁸ Birleşmiş Milletler, Nefret Söylemi Stratejisi ve Eylem Planı (2019) <<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech%2018%20June%20SYNOPSIS.pdf>> Erişim Tarihi 01.04.2026.

Nefret söyleminin sınırlarının belirlenmesindeki güçlük, onun ifade özgürlüğü ile olan ilişkisinde temel bir belirsizlik yaratmaktadır.²⁹ AİHM, nefret söylemine ilişkin açık bir tanım yapmamakla birlikte, kararlarında bu tür ifadeleri belirli bir kişi veya grubun din, etnisite ya da benzeri kimlik özellikleri temelinde aşağılanması, dışlanması veya hedef hâline getirilmesi sonucunu doğuran söylemler olarak yorumlamaktadır.³⁰ Bu çerçevede nefret söyleminin en ayırt edici özelliği, bireyleri aidiyet gösterdikleri kolektif kimlikler üzerinden hedef almasıdır.

Ayrıca nefret söyleminin, bireysel incinmenin ötesinde daha geniş yapısal etkiler doğuran bir olgu olarak değerlendirilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır. Waldron'un da ifade ettiği üzere, nefret söylemi hedef alınan grubun "eşit vatandaşlık statüsü" (*dignity of equal citizenship*) ve "kamusal güvence" (*assurance*) algısını zedeleyebilmektedir.³¹ Nefret söylemini diğer ifade biçimlerinden ayırmada üç temel ölçütün belirleyici olduğu söylenebilir. Bu ölçütler, ifadenin belirli bir grubu kimlik özellikleri temelinde hedef alıp almadığı, aşağılayıcı veya dışlayıcı bir içerik taşıyıp taşımadığı ve toplumsal bağlamda gerçek bir zarar veya tehdit yaratma potansiyeline sahip olup olmadığıdır.

Somut olayın koşulları dikkate alınarak yapılan değerlendirme, ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınırın daha açık biçimde ortaya konulmasını sağlamaktadır. Kutsal kitapların yakılması gibi sembolik eylemler, bağlamına göre bir dinin eleştirisi olarak değerlendirilebileceği gibi, belirli bir din mensuplarını hedef alan dışlayıcı ve aşağılayıcı bir mesaj taşıdığı ölçüde nefret söylemi kapsamında da değerlendirilebilmektedir. Benzer şekilde, dinî figürlere yönelik hiciv içeren karikatürler, eleştiri sınırları içinde kaldığında ifade özgürlüğü kapsamında korunurken; bu ifadelerin belirli bir inanan grubunu genelleştirici ve damgalayıcı bir söyleme dönüşmesi hâlinde farklı bir hukuki değerlendirme gündeme gelebilmektedir.

Nefret söylemi ile sert veya rahatsız edici ifadeler arasındaki ayrım, bağlam, içerik ve etki unsurlarının birlikte değerlendirilmesi suretiyle ortaya konulmaktadır. AİHM'de ifade özgürlüğüne ilişkin incelemelerinde bu üç unsur

²⁹ Serra Karadeniz, 'Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 8.

³⁰ *Vejdeland v Sweden App no 1813/07 (ECHR, 9 February 2012) para 55*; Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No R (97) 20 on Hate Speech (1997) <<https://rm.coe.int/1680505d5b>> Erişim Tarihi 01.04.2026.

³¹ Waldron (n 13) 16-17.

birlikte dikkate alan bir yaklaşım benimsemektedir.³² Bununla birlikte, AİHM içtihadının her zaman yeknesak bir çizgi izlediğini söylemek güçtür. Bu farklılaşma, yalnızca hukuki ölçütlerin uygulanışıyla açıklanamaz. Dinî hassasiyetlerin farklı hukuk düzenlerindeki toplumsal ve tarihsel ağırlığı da bu sonuç üzerinde etkili olmaktadır. Bu ayırım, özellikle ifade özgürlüğünün kapsamı bakımından Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa insan hakları sistemi arasındaki yaklaşım farkında belirgin hâle gelmektedir.

ABD yaklaşımında ifade özgürlüğü daha geniş yorumlanırken, Avrupa sisteminde başkalarının haklarının ve toplumsal barışın korunması gerekçesiyle daha sınırlayıcı bir yaklaşım benimsenmektedir.³³ Özellikle Batı Avrupa ülkeleri ile Müslüman çoğunluklu toplumlar arasında dinin kamusal alandaki konumuna ilişkin anlayış farklılıkları, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki denge kurulmasında farklı sonuçlara yol açabilmektedir. Bu durum, dinî hassasiyetlerin değerlendirilmesinde tek tip ve evrensel bir standardın benimsenmesini güçleştirmektedir.

Bu ayırım, dinî değerlere yönelik ifadeler bakımından daha görünür hâle gelmektedir. AİHM bazı kararlarında ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma sağlarken, bazı durumlarda dinî hassasiyetlerin korunmasına daha fazla önem atfedebilmektedir. Bu farklılaşma, ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınırın uygulamada her zaman açık ve öngörülebilir biçimde kurulamadığını ortaya koymaktadır. AİHM'in takdir marjı yaklaşımı, içtihatlardaki bu farklılaşmayı güçlendiren unsurlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır.³⁴

Benzer bir bağlamsal yaklaşım, BM Rabat Eylem Planı'nda da benimsenmiştir.³⁵ Rabat Eylem Planı, ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınırın,

³² *Perinçek v Switzerland App no 27510/08 (ECHR, 15 October 2015), paras 196-208; Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006) para 56; Vejdeland v Sweden App no 1813/07 (ECHR, 9 February 2012), paras 54-55.*

³³ James Weinstein, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine* (Westview Press 1999) 87-95.

³⁴ Literatürde de, AİHM içtihadı bütüncül olarak değerlendirildiğinde, din özgürlüğünün bireyle-re inançlarının incitilmemesini talep etme yönünde doğrudan bir hak tanımadığı; ancak ulusal makamların bu yönde müdahalede bulunmaları hâlinde, bunun “başkalarının haklarının korunması” kapsamında meşru bir sınırlama gerekçesi olarak kabul edilebildiği ve bu bağlamda devletlere geniş, ancak giderek daralan bir takdir marjı tanındığı ifade edilmektedir. Hasan Saim Vural, *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 313.

³⁵ Susan Benesch, ‘Defining and Diminishing Hate Speech’ (2014) 37 World Policy Journal 18, 19 ff.

kategorik yasaklardan çok; ifadenin ortaya çıktığı bağlam, konuşmacının konumu, hedef alınan grubun niteliği, ifadenin içeriği, biçimi ve doğurabileceği etkiler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu yönüyle Rabat Eylem Planı, önceden belirlenmiş soyut sınırlama kategorilerinden ziyade, olayın özelliklerine dayalı esnek bir değerlendirme anlayışını yansıtmaktadır.³⁶

İfade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın belirlenmesinde esas alınan unsur, ifadenin yalnızca içeriği değil, yöneldiği grup ve doğurduğu etkilerdir. Bu nedenle dinlerin ve inanç sistemlerinin eleştirilmesi kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında korunurken, belirli bir grubu hedef alan genelleyici ve aşağılayıcı söylemler bakımından farklı bir hukuki değerlendirme yapılabilmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları, soyut ve kategorik ayrımlar yerine olayın koşulları ve etkileri dikkate alınarak belirlenmelidir.

İfade özgürlüğünün sınırlarının somut hukuk düzenlerinde nasıl belirlendiğinin incelenmesi önem taşımaktadır. Bu doğrultuda, AİHM içtihadı ve uluslararası insan hakları hukuku ile Türk hukuku birlikte ele alınacaktır. Çalışma, dinî değerlere yönelik ifadelerin değerlendirilmesinde bağlamsal ve etki temelli yaklaşımın ne ölçüde benimsendiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

II. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Korunan Hukuki Değerin Rolü

A. AİHM İçtihadı ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Korunan Hukuki Değerin Yorumu

İfade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde en etkili ve yönlendirici içtihat kaynağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesi çerçevesinde gelişen AİHM kararlarıdır. AİHM, ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temel unsurlarından biri olarak nitelendirmekte ve bu özgürlüğe yönelik müdahaleleri sıkı bir incelemeye tabi tutmaktadır.³⁷ Bununla birlikte, ifade özgürlüğüne sağlanan korumanın kapsamı, ifadenin niteliğine ve bağlamına göre farklılaşabilmektedir. Özellikle politik söylemler ve kamu yararını ilgilendiren konular söz konusu olduğunda AİHM daha güçlü bir koruma sağlarken; dinî değerler ve nefret söylemi bağlamında ortaya çıkan ifadeler bakımından daha bağlamsal ve

³⁶ UN Human Rights Council, *Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred* (2012) paras 29-36.

³⁷ *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976)* para 49.

çok katmanlı bir değerlendirme benimsemektedir.³⁸ Bu farklılık, özellikle takdir marjı doktrininin uygulanmasında belirgindir. Politik ifadelerde takdir marjı dar tutulurken,³⁹ dinî hassasiyetler veya nefret söylemi içeren ifadelerde ulusal makamlara daha geniş bir takdir alanı tanınmaktadır.⁴⁰

Bu genel çerçeve, AİHM'in ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleleri değerlendirirken uyguladığı üç aşamalı test üzerinden somutlaşmaktadır. AİHM içti-hadında yerleşik hâle gelen bu teste göre, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için üç temel şartın birlikte sağlanması gerekir. Bunlar müdahalenin kanunla öngörülmesi olması, meşru bir amaca dayanması ve demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır.⁴¹ Anılan üç unsur birlikte değerlendirilmekle birlikte, AİHM içti-hadında özellikle "demokratik bir toplumda gereklilik" kriterinin belirleyici bir rol oynadığı görülmektedir.⁴² Bu kriter, müdahalenin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca" (*pressing social need*) karşılık gelip gelmediği, amaç ile araç arasında orantılılık bulunup bulunmadığı ve ulusal makamların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olup olmadığı açısından incelenmektedir.⁴³

AİHM'in yaklaşımı, klasik anlamda soyut ve kategorik sınır çizme yöntemlerinden çok, somut olayın koşullarına göre şekillenen esnek ve bağlamsal bir değerlendirme modeline dayanmaktadır. Özellikle dinî ifadelerle ilişkin kararlarında AİHM, ifadenin içeriğinin yanı sıra ortaya çıktığı toplumsal bağlamı, hedef kitlesini ve doğurabileceği etkileri de dikkate almaktadır. Böylece ifade özgürlüğünün sınırları, katı ve statik kurallardan çok, bağlama duyarlı bir değeren-

³⁸ Tom Lewis, 'At the Deep End of the Pool: Religious Offence, Debate Speech and the Margin of Appreciation before the European Court of Human Rights' in Jeroen Temperman and András Koltay (eds) *Blasphemy and Freedom of Expression: Comparative, Theoretical and Historical Reflections after the Charlie Hebdo Massacre* (Cambridge University Press 2017) 260.

³⁹ *Lingens v Austria App no 9815/82 (ECHR, 8 July 1986), para 42; Sürek v Turkey (No 4) App no 24762/94 (ECHR [GC], 8 July 1999), para 57; Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976).*

⁴⁰ *Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006) para 56; siyasi nefret söylemi için bkz. Féret v Belgium App no 15615/07 (ECHR, 16 July 2009); cinsel yönelim temelli nefret söylemi için bkz. Vejdeland v Sweden App no 1813/07 (ECHR, 9 February 2012); dinî değerlere yönelik ifadeler için bkz. İ.A. v Turkey App no 42571/98 (ECHR, 13 September 2005).*

⁴¹ Bychawka-Siniarska (n 11) 36 ff.

⁴² *Lingens v Austria App no 9815/82 (ECHR, 8 July 1986), para 42.*

⁴³ *The Sunday Times v United Kingdom (No 1) App no 6538/74 (ECHR, 26 April 1979), para 62; Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin Korunmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri* (Beta Yayınları, 2004) 201-205.

dırma anlayışıyla belirlenmektedir.⁴⁴ Bu anlayış, ifade özgürlüğü alanında önceden belirlenmiş genel yasak kategorilerinin oluşturulmasının hem teorik hem de uygulama bakımından önemli sorunlar doğurduğunu göstermektedir.

Söz konusu genel test tüm müdahaleler bakımından uygulanmakla birlikte, AİHM bazı ifade türlerinde değerlendirmeyi daha bağlamsal ve somut ölçütler temelinde derinleştirmektedir. Dinî değerlere yönelik ifadeler, bu yaklaşımın en belirgin biçimde ortaya çıktığı alanlardan biridir. Bu alanda AİHM, ifadenin salt içeriğinden ziyade ortaya çıktığı toplumsal bağlamı, hedef kitlesini ve muhtemel etkilerini birlikte değerlendirerek çok katmanlı bir inceleme yürütmekte ve ulusal makamlara daha geniş bir takdir marjı tanımaktadır.⁴⁵

AİHM'in dinî ifadelere ilişkin içtihadı, bağlama duyarlı yaklaşımın en görünür örneklerinden birini oluşturmaktadır. AİHM, dinî duyguların ağır biçimde incitilmesinin toplumsal barış üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceği durumlarda taraf devletlere belirli bir takdir alanı tanımakta ve bu doğrultuda getirilen sınırlamaları meşru görebilmektedir.⁴⁶ Buna karşılık, dinlerin ve inanç sistemlerinin genel eleştirisinin kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında olduğu da açıkça vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bir ifadenin yalnızca dinî değerleri hedef alması, tek başına sınırlandırma için yeterli görülmemekte; belirleyici olan, ifadenin belirli bir din mensuplarını hedef alıp almadığı ve bu kişiler üzerinde aşağılayıcı veya dışlayıcı bir etki yaratıp yaratmadığıdır.

Dinî ifadelere ilişkin bu anlayış, AİHM'in nefret söylemine dair içtihadı ile birlikte değerlendirildiğinde daha sistematik bir görünüm kazanmaktadır. Nefret söylemi, ifade özgürlüğünün genel koruma alanı içinde yer almakla birlikte, bu alanı daraltan istisnai bir kategori olarak ele alınmaktadır.⁴⁷ AİHM de nefret

⁴⁴ *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976) para 49*; ayrıca dinî bağlamda *Otto-Preminger-Institut v Avusturya App no 13470/87 (ECHR 20 September 1994) para 47*.

⁴⁵ Dinî hassasiyetlerde geniş takdir marjı ve bağlamsal değerlendirme için bkz. *Wingrove v United Kingdom App no 17419/90 (ECHR, 25 November 1996), paras 58-59*; *E.S. v Austria App no 38450/12 (ECHR, 25 October 2018), para 43*.

⁴⁶ *Otto-Preminger-Institut v Avusturya App no 13470/87 (ECHR 20 September 1994) para 47-49*; *İ.A. v Turkey, App. No. 42571/98 (ECHR, 13 Eylül 2005) para 24*; *E.S. v Austria App no 38450/12 (ECHR, 25 October 2018), para 43*.

⁴⁷ Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2* (Avrupa Konseyi Yayınları, 2018) 7; Erik Bleich, "Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the European Legal Context", in Kavita R. Khory (ed.) *Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century* (Palgrave Macmillan 2012) 122.

söylemi niteliğindeki ifadeleri iki farklı hukuki çerçeve içinde incelemektedir. Sözleşme'nin temel değerlerini ortadan kaldırmayı amaçlayan aşırı nitelikteki ifadeler bakımından 17. madde uygulanarak koruma tamamen dışlanırken, diğer durumlarda müdahale 10. madde kapsamında olağan sınırlama ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁴⁸ Bu nedenle, söz konusu türdeki ifadelerde AİHM müdahaleleri daha düşük bir eşik üzerinden meşru kabul etme eğilimindedir.⁴⁹

AİHM'in yerleşik içtihadı, nefret içerikli ifadelerin değerlendirilmesinde bağlamın, ifade sahibinin amacının, ifadenin yayılma biçiminin, olası etkilerinin ve konuşmacının konumunun birlikte değerlendirilmesini gerekli görmektedir.⁵⁰ Bu çok boyutlu değerlendirme modeli içinde AİHM'in iki kademeli bir hukuki yaklaşım geliştirdiği görülmektedir.

İlk olarak, belirli bir gruba yönelik düşmanlık, şiddet veya hakların ortadan kaldırılmasını teşvik eden aşırı nitelikteki ifadeler, AİHS 17. maddesi kapsamında değerlendirilerek doğrudan koruma dışında bırakılmaktadır.⁵¹ *Norwood v Birleşik Krallık* kararında da başvuranın tüm Müslüman toplumu terörizmle özdeşleştiren ve bu gruba yönelik açık bir saldırı niteliği taşıyan ifadeleri, çoğulculuk, eşit vatandaşlık ve ayrımcılık yasağı ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle hakların kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmiş ve başvuru kabul edilemez bulunmuştur.⁵² Bu karar, AİHM'in belirli bir grubu bütüncül ve dışlayıcı bir şekilde hedef alan ifadeleri doğrudan koruma dışında bırakma eğilimini açıkça ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, nefret ve hoşgörüsüzlük unsurları içermekle birlikte doğrudan şiddet çağrısı veya hakların ortadan kaldırılmasını teşvik etmeyen ifadeler bakımından AİHM, başvuruları Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında incelemekte ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değer-

⁴⁸ AİHM'nin nefret söylemine ilişkin genel yaklaşımı için Avrupa Konseyi, *Factsheet-Hate Speech* <https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf> Erişim Tarihi 02.04.2026; *Garaudy v France App no 65831/01 (ECHR, 24 June 2003)*; *Norwood v United Kingdom App no 23131/03 (ECHR, 16 November 2004)*.

⁴⁹ *Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006) para 56*.

⁵⁰ *Perinçek v Switzerland App no 27510/08 (ECHR, 15 October 2015) paras 204-208*; *Féret v Belgium App no. 15615/07 (ECHR, 16 July 2009)*.

⁵¹ David Keane, 'Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights' (2007) 25 (4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 641, 661.

⁵² *Norwood v United Kingdom App no 23131/03 (ECHR, 16 November 2004)*.

lendirmektedir.⁵³ Bu değerlendirme biçimi, Erbakan v Türkiye kararında açık biçimde görülmektedir.

AİHM, başvuranın ifadelerinin toplumsal kutuplaşmayı artırabilecek nitelikte olduğunu kabul etmekle birlikte, bunları doğrudan koruma dışı bırakmamış; aksine ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek devlet müdahalesini denetime tabi tutmuştur.⁵⁴ Bu durum, nefret söylemi içeren ifadelerin tamamen koruma dışı bırakılmadığını, ancak bu tür ifadeler bakımından koruma alanının önemli ölçüde daraldığını göstermektedir. Ayrıca karar, AİHM'in özellikle siyasi tartışma bağlamında ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma tanıdığını; buna karşılık belirli bir grubu hedef alan ve dışlayıcı sonuçlar doğuran söylemler söz konusu olduğunda bu korumanın daralabildiğini ortaya koymaktadır.

AİHM'in geliştirdiği bu bağlamsal ve çok katmanlı denetim modeli, özellikle din temelli ifadelerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde belirleyici bir işlev görmektedir. Bu model, ifade özgürlüğü ile başkalarının haklarının korunması arasında kurulacak dengenin ancak somut olayın koşulları ışığında değerlendirilebileceğini göstermektedir. Din temelli nefret söylemi, antisemitizm ve İslamofobi gibi olgular bakımından, bireylerin onurunun yanı sıra hedef grubun eşit vatandaşlık statüsünü de tehdit eden yapısal sonuçlar doğurmaktadır.⁵⁵ Bu nedenle AİHM, değerlendirmelerinde ifade özgürlüğü yanında ayrımcılık yasağı (AİHS md. 14) ve insan onuru ilkelerini de gözetmektedir.⁵⁶ Bu bağlamda AİHM içtihadı, korunan hukuki değer dinî inançların kendisinden ziyade bu inançlara sahip bireylerin onuru, güvenliği ve eşitliğini koruduğunu ortaya koymaktadır.⁵⁷ Buna paralel olarak AİHM, ifade özgürlüğünün geniş bir koruma alanına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, özellikle nefret söylemi ve din temelli düşmanlık söz konusu olduğunda bu özgürlüğün sınırlandırılabilirliğini göstermektedir. Bu durum, klasik üç aşamalı testin bu alanda daha yoğun ve bağlamsal bir denetime dönüştüğüne işaret etmektedir.

⁵³ *Vejdeland v Sweden App no 1813/07 (ECHR, 9 February 2012) para 55*; ayrıca bkz. Council of Europe, *Factsheet - Hate Speech* <https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf> Erişim Tarihi 02.04.2026.

⁵⁴ *Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006) para 56*.

⁵⁵ Waldron (n 13) 105-110.

⁵⁶ *Vejdeland v Sweden, App. No. 1813/07 (ECHR 9 February 2012) para 55*.

⁵⁷ *Otto-Preminger-Institut v Avusturya App no 13470/87 (ECHR 20 September 1994) para 47*; *İ.A. v Turkey, App. No. 42571/98 (ECHR, 13 Eylül 2005) para 24*; *E.S. v Austria, App. No. 38450/12 (ECHR 25 October 2018, para 43*.

AİHM içtihadında ortaya çıkan bu bağlamsal yaklaşım, uluslararası insan hakları hukukunun diğer kaynaklarında da karşılık bulmaktadır. BM İnsan Hakları Mekanizmaları, nefret söylemini belirli gruplara yönelik ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik eden ifade biçimleri olarak ele almakta ve bu tür ifadelerin sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir.⁵⁸ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesi, ulusal, ırksal veya dinî nefreti teşvik eden ve ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete yönelen ifadelerin yasaklanmasını öngörmektedir. Böylece nefret söylemine ilişkin sınırlamanın dayandığı normatif çerçeve uluslararası hukuk düzeyinde de açık biçimde ortaya konulmaktadır.⁵⁹

Bununla birlikte BM sistemi, ifade özgürlüğünün korunmasını temel ilke olarak benimsemekte; bu özgürlüğe getirilecek sınırlamaların ancak kanunla öngörülmüş, meşru bir amaca dayanan ve demokratik toplumda gerekli ve orantılı müdahalelerle sınırlı olması gerektiğini vurgulamaktadır. Özellikle Rabat Eylem Planı'nda geliştirilen yaklaşım, nefret söyleminin değerlendirilmesinde bağlam, konuşmacı, niyet, içerik, yayılma derecesi ve olası zarar unsurlarını dikkate alan çok boyutlu bir analiz modeli benimsemektedir.⁶⁰ Bu yönüyle BM yaklaşımı, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasında mutlak bir üstünlük ilişkisi kurmaktan kaçınmakta; bunun yerine bu değerler arasında bağlamsal ve dengeleyici bir ilişki tesis etmektedir. Böylece ifade özgürlüğünün sınırları, önceden belirlenmiş soyut yasak kategorilerinden çok, somut olayın koşulları, ifadenin bağlamı ve doğurduğu etkiler dikkate alınarak belirlenmektedir.

Uluslararası çerçeve, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bağlamsal ve çok boyutlu değerlendirme yaklaşımının kurumsallaşmış bir uygulama hâline geldiğini göstermektedir. Bununla birlikte, söz konusu yaklaşımın somut hukuk düzenlerine nasıl yansıdığı ve hangi hukuki araçlarla uygulandığı, ülkelerin anayasal ve yasal yapısına göre değişiklik göstermektedir. Bu durum, ifade özgürlüğü ile dinî değerlerin korunması ve nefret söylemiyle mücadele arasındaki dengenin Türk hukuku bakımından nasıl kurulduğunun ayrıca incelenmesini gerekli kılmaktadır.

⁵⁸ UN Human Rights Council, *Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred* (2012); United Nations, *Strategy and Plan of Action on Hate Speech* (2019).

⁵⁹ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (Kabul Tarihi: 16.12.1966, Yürürlüğe Giriş: 23.03.1976), md. 20, UN Human Rights Committee, *General Comment No 34: Article 19 - Freedoms of Opinion and Expression* (2011) paras. 50-52.

⁶⁰ UN Human Rights Council, *Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred* (2012).

B. Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve Korunan Hukuki Değerin Yorumu

Türk hukukunda ifade özgürlüğünün sınırları normatif olarak belirlenmiş olmakla birlikte, özellikle dinî değerler ve nefret söylemi bağlamında bu sınırların uygulamada bağlamsal ve yer yer belirsiz bir denge arayışı içinde şekillendiği görülmektedir. Bu durum, normatif çerçevenin genişliğinin yanı sıra yargısal takdir alanının kapsamı ve ilgili kavramların soyut yapısıyla da ilişkilidir.

Türkiye’de ifade özgürlüğü, 1982 Anayasası’nın 26. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu hüküm, bireylerin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka araçlarla açıklama ve yayma hakkını kapsamakta; klasik ifade biçimlerinin ötesine geçerek sembolik anlatım biçimlerini de korumaktadır.⁶¹ Anayasa Mahkemesi (AYM), ifade özgürlüğünün toplum tarafından kabul gören düşüncelerle sınırlı olmadığını; rahatsız edici, sarsıcı ve hatta şok edici ifadeleri de koruduğunu istikrarlı biçimde belirtmektedir.⁶²

Anayasa, ifade özgürlüğünün mutlak olmadığını açıkça kabul etmekte ve 26. maddenin ikinci fıkrasında bu özgürlüğün millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet’in temel nitelikleri ile başkalarının şöhret ve haklarının korunması gerekçeleriyle sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Ancak bu sınırlama rejimi, müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olması şartına bağlıdır.⁶³ Bu yönüyle Türk anayasal çerçevesi, AİHM’nin 10. maddesinde geliştirildiği üç aşamalı test ile yapısal bir uyum içindedir.⁶⁴

Özellikle “başkalarının haklarının korunması” gerekçesi, dinî inançlara mensup bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsünün korunmasında belirleyici rol oynamaktadır. Anayasa’nın 24. maddesi ise bu dengeyi tamamlayıcı niteliktedir. Bu hüküm, dinî inanç ve kanaatlerden dolayı kimsenin kınanamayacağını veya suçlanamayacağını düzenleyerek, dinî hassasiyetlerin bireyleri dışlama aracı olarak kullanılmasını engellemektedir.⁶⁵ Böylece anayasal sistem, çatışan haklar

⁶¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG 9.11.1982/17863, md.26.

⁶² AYM, ifade özgürlüğünün lehte karşılanan veya zararsız görülen düşüncelerle sınırlı olmadığını; rahatsız edici, sarsıcı ve şok edici ifadeleri de kapsadığını belirtmektedir. *Bekir Coşkun Başvurusu*, Başvuru No: 2014/12151, (AYM 4.6.2015) para 51.

⁶³ Eren (n 43) 201-205.

⁶⁴ *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976) para 49.*

⁶⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG 9.11.1982/17863, md.24

arasında mutlak üstünlük yerine, somut olaya dayalı bağlamsal bir denge modeli benimsemektedir.⁶⁶ Bu anlayış, Türk hukukunda korunan hukuki değerlerin dinî inançların kendisinden ziyade, bu inançlara sahip bireylerin onuru ve eşitliği olduğu yönündeki tezi normatif düzlemde de güçlendirmektedir.⁶⁷

Anayasal çerçeve, ceza hukuku alanında Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 125 ve m. 216 hükümleriyle somutlaştırılmaktadır. TCK m. 125, bireysel onur, şeref ve saygınlığı korumaya yönelik olup, belirli bir kişiye yönelen aşağılayıcı ifadeleri cezalandırmaktadır.⁶⁸ TCK m. 216 ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu düzenleyerek, din, mezhep veya benzeri kimlik temellerinde belirli bir grubu hedef alan ve onların toplumsal statüsünü zedeleyebilecek nitelikteki ifadelerin sınırlandırılmasında temel araç hâline gelmiştir.⁶⁹ Bu düzenleme, görünüşte toplumsal barışı korumayı amaçlasa da, esasen bireylerin onurunu ve eşit konumunu güvence altına almaya yöneliktir.

TCK m. 216, ifade özgürlüğüne doğrudan müdahale niteliği taşıdığı için dar yorumlanması gereken bir hüküm niteliğindedir. AIHM içtihadı da, bu tür müdahalelerin ancak açık ve yakın bir tehlike varlığında meşru kabul edilebileceğini ortaya koymaktadır.⁷⁰ AYM de aynı doğrultuda, TCK m. 216'nın uygulanmasında "açık ve yakın tehlike" unsurunun somut olgularla ortaya konulmasını aramakta; sosyal medya paylaşımlarının veya ifadelerin tek başına kin ve düşmanlığa tahrik suçu oluşturmayacağını vurgulamaktadır. AYM, ifadenin içeriğinden ziyade bağlamını, hedef kitlesini ve muhtemel etkisini birlikte değerlendirerek bir denge kurulması gerektiğini kabul etmiştir.⁷¹ Bu doğrultuda, TCK m.

⁶⁶ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2002) 66 ff; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 198 ff; Yüksel Metin, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?', (2017) 7(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 15.

⁶⁷ Bu yaklaşım için bkz. Alexy (n 66) 66 ff.

⁶⁸ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611, md. 125.

⁶⁹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611, md. 216; Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, 'Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK madde 216/3)' (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 989, 993.

⁷⁰ *Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006) para 56.*

⁷¹ Anayasa Mahkemesi TCK m. 216/1 kapsamında "kamu barışını bozma tehlikesi"nin soyut olarak kabul edilemeyeceğini, somut delillerle desteklenmesi gerektiğini ve ifadenin bağlam ile muhtemel etkisinin mutlaka incelenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. *Hakan Aygün Başvurusu*, Başvuru No: 2020/13412, (AYM 12.01.2021), para 60-67.

216'nın dinî değerlerin kendisini korumaktan ziyade, belirli bir grubu hedef alan ve onların onurunu ile eşitliğini zedeleyen somut etkiler doğuran ifadeler bakımından uygulanması gerektiğini göstermektedir.⁷² Yargıtay da benzer şekilde, "kamu barışını bozma tehlikesi"nin somut olgularla ispatlanmasını aramakta ve hükmün geniş yorumlanarak uygulanmasının önüne geçmeye çalışmaktadır.⁷³

Uygulamada ise "aşağılama" ve "kamu barışını bozma tehlikesi" gibi kavramların soyut niteliği, hükmün zaman zaman geniş yorumlanmasına ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle TCK m. 216'nın yorumunda belirleyici ölçüt, hedef alınan grubun onurunu ve eşitliğini zedeleyen somut bir etki yaratıp yaratmadığıdır.⁷⁴

AYM'in bireysel başvuru kararları da bu alanda belirleyici bir işlev görmektedir.⁷⁵ AYM, ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleleri değerlendirirken büyük ölçüde AİHM standartlarını benimsemekte ve incelemesini demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde yürütmektedir.⁷⁶ Bununla birlikte AYM, ifadenin belirli bir grubu hedef alması ve toplumsal gerilim yaratma potansiyeli taşıması hâlinde, ifade özgürlüğü ile başkalarının hakları arasında bir denge kurulması gerektiğini kabul etmekte; bu tür durumlarda getirilen sınırlamaları meşru görebilmektedir.⁷⁷

Türk hukukunda ifade özgürlüğünün sınırları, anayasal güvenceler, ceza hukuku normları ve yargısal içtihatlar aracılığıyla çok katmanlı ve dinamik bir yapı arz etmektedir. Ancak uygulamada yargısal takdir alanının genişliği nedeniyle bu yapı tam anlamıyla öngörülebilir ve yeknesak bir görünüm sergilememektedir. Bu durum, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki ilişkinin statik kurallardan ziyade, olayın koşullarına bağlı olarak yeniden kurulan bir denge üzerinden şekillendiğini ortaya koymaktadır.

⁷² *Hakan Aygün Başvurusu*, Başvuru No: 2020/13412, (AYM 12.01.2021), para 60-67; ayrıca bkz. *Bekir Coşkun Başvurusu*, Başvuru No. 2014/12151, (AYM 04.06.2015) para 51.

⁷³ Yargıtay 8 CD, 6697/8986, 22.11.2023; Benzer yönde karar için Yargıtay 8 CD, 6293/21247, 15.10.2012.

⁷⁴ Artuk ve Alşahin (n 69) 996.

⁷⁵ AYM toplumun bazı kesimlerini ötekileştiren ifadelerin tek başına TCK 216/1'i oluşturmaya-çağını, şiddet veya açık yakın tehlike aranması gerektiğini vurgulamaktadır. *Hakan Aygün Başvurusu*, Başvuru No. 2020/13412, (AYM 12.01.2021).

⁷⁶ *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Başvurusu*, Başvuru No. 2013/568, (AYM 24.06.2015) para 34.

⁷⁷ *İ.A. v Turkey App no 42571/98 (ECHR, 13 September 2005); E.S. v Austria App no 38450/12 (ECHR, 25 October 2018).*

III. Din Temelli İfadelerde Eleştiri, Hakaret ve Nefret Söylemi: Korunan Hukuki Değer Temelinde Bir Ayrım

A. Dinî Değerlerin Korunması Yaklaşımı ve Eleştirileri

Din temelli ifadelerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde en temel sorun, eleştiri, hakaret ve nefret söylemi arasındaki sınırın hangi ölçütlere göre çizileceği meselesidir. Bu ayrım, ifade özgürlüğünün kapsamını ve hangi hukuki değerlerin korunması gerektiğini doğrudan belirlemektedir. Dinî değerlere yönelik ifadeler söz konusu olduğunda tartışma çoğu zaman somut olaylar üzerinden yürütülmekte; kutsal kitapların yakılması, dinî figürlere yönelik hicivler veya kamusal alanda ortaya çıkan farklı ifade biçimleri bu tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Ancak meselenin yalnızca münferit olaylar üzerinden ele alınması, sorunun temelindeki hukuki ve teorik çerçevenin açıklanması bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira farklı görünüm arz eden bu olayların tamamında ortak olan husus, dinî değerlerin kendisinin mi yoksa bu değerlere sahip bireylerin onur ve eşitlik statüsünün mü korunması gerektiği sorusudur.

Eleştiri, hakaret ve nefret söylemi arasındaki ayrımın, soyut kategorilerden çok ifadenin yöneldiği hedef, ortaya çıktığı bağlam ve doğurduğu etkiler esas alınarak yapılması gerekmektedir. Bu bakış açısı benimsendiğinde, dinlerin ve inanç sistemlerinin eleştirisinin kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı; buna karşılık belirli bir grubu hedef alan, dışlayıcı ve damgalayıcı etkiler doğuran söylemlerin farklı bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Tartışmanın odağında ise bu ayrımın hangi normatif temele dayandırılacağı sorusu bulunmaktadır. Dinî değerlere yönelik ifadelerin sınırlandırılması meselesi, esasen bu değerlerin özel bir hukuki korumayı hak edip etmediği etrafında şekillenmektedir.

Dinî değerlere yönelik ifadelerin sınırlandırılmasını savunan yaklaşımlardan biri, “kutsalın korunması” gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre dinler, kutsal figürler, semboller ve metinler sıradan düşüncelerle aynı düzlemde değerlendirilemez. Bu unsurlara yöneltilecek ağır, aşağılayıcı veya provoke edici ifadelerin, yalnızca bireysel incinmeye yol açmakla kalmayıp toplumsal barışı ve birlikte yaşama kültürünü de zedeleyebileceği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım, dinin bireysel kimliğin kurucu unsurlarından biri olduğu düşüncesinden hareket etmekte ve demokratik toplumun karşılıklı saygı temelinde sürdürülebileceğini kabul etmektedir. *Otto-Preminger-Institut v Avusturya* (1994) ve *İ.A. v Türkiye* (2005) kararlarında AİHM, dinî duyguların ağır biçimde

incitilmesinin toplumsal huzursuzluk yaratabileceğini kabul ederek devletlere belirli bir takdir marjı tanımıştır. Bu kararlar birlikte değerlendirildiğinde, AİHM'in dinî değerlere yönelik ifadeleri doğrudan koruma dışı bırakmadığı; ancak belirli bir inanan grubunu hedef alan ve aşağılayıcı etki doğuran söylemler bakımından devlet müdahalesine daha geniş bir alan tanıdığı görülmektedir. AİHM, dinlere yönelik eleştiriyi kategorik olarak yasaklayan katı bir yaklaşım benimsememekte, eleştiri ile hedef gösterme arasındaki ayrımı somut bağlam üzerinden kurmaktadır. Bu çerçevede AİHM, ifade özgürlüğünün korunması ile toplumsal barışın sağlanması arasında bağlama duyarlı bir denge kurmaktadır.

“Kutsalın korunması” yaklaşımı önemli eleştirilere açıktır. Kutsal kavramının öznel, yoruma açık ve kültürler arasında değişken nitelikte olması, hukuki korumanın kapsamı ile sınırlarının belirlenmesini güçleştirmektedir. Devletin dinî değerleri veya kutsalları doğrudan koruma altına alması ise hangi dinin, hangi yorumunun ve hangi hassasiyetin korunacağı sorusunu gündeme getirmekte; bu durum laiklik ve devletin tarafsızlığı ilkeleri bakımından ciddi sorunlar doğurmaktadır. Ayrıca böyle bir yaklaşım, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratma ve meşru eleştiri alanını daraltma riski taşımaktadır. Bu nedenle koruma odağının dinî değerlerden çok, bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşitliğine yönelmesi daha tutarlı görünmektedir.

Tartışma esasen korumanın dinî değerlere mi yoksa bu değerlere inanan bireylere mi yönelmesi gerektiği sorusunda düğümlenmektedir. Bu ayrım, ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde teknik bir tercihin ötesinde, anayasal koruma rejiminin yönünü belirleyen temel bir meseledir.

Hukuki korumanın odağının soyut “değerlerden” somut hak sahiplerine kaydırılması gerektiği yönündeki yaklaşım, ifade özgürlüğü teorisinde güçlü bir karşılık bulmaktadır. Ronald Dworkin de ifade özgürlüğünün toplum tarafından kabul gören düşüncelerle sınırlı olmadığını; rahatsız edici, incitici ve hatta çoğunluk tarafından yanlış bulunan fikirleri de kapsadığını vurgulamaktadır. Bu nedenle Dworkin, dinlerin ve kutsalların eleştiriye açık olması gerektiğini savunmaktadır.⁷⁸ Dworkin'in yaklaşımı korumanın dinî değerlerden bu değerlere sahip bireylerin hak ve statüsüne yönelmesini esas alan anlayışla uyumlu bir teorik çerçeve sunmaktadır.

Bu tartışma, koruma odağının soyut dinî değerlerden bireylerin hak ve özgürlüklerine kaydırılmasını savunan yaklaşımların güç kazanmasına yol açmıştır.

⁷⁸ Dworkin (n 12) vii-xiii.

B. Birey Odaklı Koruma Yaklaşımı ve Nefret Söyleminin Belirlenmesi

Dinî değerlerin doğrudan korunmasını esas alan yaklaşımın yarattığı sorunlar, koruma odağının bireylere yöneltilmesini savunan teorilerin daha fazla önem kazanmasına yol açmıştır. Belirli alanların eleştiriden muaf tutulması, kamusal tartışma alanını daraltarak demokratik meşruiyetin zayıflamasına yol açabilmektedir. Kamusal tartışmanın serbestliğini demokratik meşruiyetin temel koşullarından biri olarak gören Robert Post'un yaklaşımı da bu perspektifi desteklemektedir. Post, ifade özgürlüğünü demokratik öz-yönetimin işleyişini mümkün kılan kamusal iletişim alanının temel güvencelerinden biri olarak değerlendirmektedir.⁷⁹ Bu nedenle dinî değerlerin eleştiriden muaf tutulması, yalnızca ifade özgürlüğünü daraltmakla kalmamakta; aynı zamanda demokratik tartışmanın kurucu zeminini de zedeleme potansiyeli taşımaktadır.

Jeremy Waldron ise ifade özgürlüğünün sınırsız yorumlanmasının belirli grupların toplum içindeki eşit konumunu zayıflatabileceğine dikkat çekmektedir. Waldron'a göre sorun, bir dinin eleştirilmesinden çok, bu eleştirinin o dine mensup bireyleri aşağılayan, değersizleştiren ve onları eşit vatandaşlık statüsünün dışına iten bir söyleme dönüşmesidir. Bu nedenle korunması gereken, dinî değerlerin kendisinden ziyade bireylerin eşit vatandaşlık statüsü ve kamusal alandaki güvencesidir. Nefret söylemi de bu yönüyle, bireysel incinmenin ötesine geçen ve kamusal eşitliği zedeleyen yapısal bir olgu olarak değerlendirilmelidir.⁸⁰ Bu tespit, aşağılayıcı ve dışlayıcı söylemlerin bireyler üzerinde kamusal alandan dışlayıcı ve susturucu etkiler doğurabileceğini ortaya koyan Rae Langton'un analizleriyle de örtüşmektedir.⁸¹ Dolayısıyla nefret söyleminin değerlendirilmesinde ifadenin yalnızca içeriği değil, ortaya çıktığı toplumsal bağlam ile doğurduğu etkiler de dikkate alınmaktadır.

İfade özgürlüğünün geniş yorumlanmasını savunan yaklaşım ile bireylerin korunmasına odaklanan yaklaşım arasında keskin bir ayrım bulunduğunu söylemek güçtür. İfade özgürlüğünün geniş koruma alanı, dinlerin ve kutsalların eleştirilebilirliğini güvence altına almaktadır. Ancak bu eleştirilerin belirli bireyleri hedef alan aşağılayıcı ve dışlayıcı bir söyleme dönüşmesi hâlinde farklı bir

⁷⁹ Robert Post, 'Racist Speech, Democracy, and the First Amendment' (1991) 32(2) William and Mary Law Review 267, 278.

⁸⁰ Waldron (n 13) 5-6, 59-61.

⁸¹ Rae Langton, 'Speech Acts and Unspeakable Acts' (1993) 22(4) Philosophy and Public Affairs 293, 311-318.

hukuki değerlendirme yapılabilmektedir. Bu değerlendirmede belirleyici olan, ifadenin yöneldiği hedef ile ortaya çıkardığı toplumsal etkidir. İfade, bir inanç sistemine yönelik eleştiriyle sınırlı kaldığı sürece korunmalıdır. Ancak belirli bir din mensuplarını hedef alan aşağılayıcı ve dışlayıcı bir söyleme dönüşmesi hâlinde farklı bir hukuki değerlendirme gündeme gelebilir.

Çağdaş anayasal demokrasilerde baskın hâle gelen anlayış, dinî değerlerin kendisinden ziyade, bu değerlere sahip bireylerin onuru, eşitliği ve özgürlüğünün korunmasını esas almaktadır. Bu anlayış, ifade özgürlüğünü rahatsız edici ve incitici ifadeleri de koruyacak biçimde geniş yorumlamaktadır. Ancak belirli grupları dışlayan ve onların kamusal alandaki eşit konumunu zedeleyen söylemler bakımından sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir.

Nefret söylemi, incitici bir ifade olmanın ötesinde, bireylerin eşitliğini zedeleyen ve dışlayıcı etkiler doğuran yapısal bir olgu niteliği taşımaktadır. Avrupa Konseyi ve BM belgelerinde nefret söylemi, belirli gruplara yönelik ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik eden ve bu grupların eşit statüsünü zedeleyen ifadeler olarak ele alınmaktadır. Nefret söyleminin sınırlandırılması, belirli değerlerin korunmasından çok bireylerin onuru ve eşit statüsünün güvence altına alınmasına yönelmektedir. Dolayısıyla sorun, demokratik toplumun temelini oluşturan birlikte yaşama ilkesinin korunmasıyla da ilişkilidir.⁸²

Dinlerin eleştirilebilirliğini koruyan bu yaklaşım, din temelli nefret söylemiyle mücadele açısından da daha tutarlı bir çerçeve sunmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde “değerlerin korunması” ile “bireylerin korunması” arasında yapılacak tercih, anayasal koruma anlayışının yönünü belirlemektedir.

Çalışma bakımından belirleyici olan, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında referans alınacak koruma nesnesinin doğru tespit edilmesidir. Dinî değerlerin kendisinin doğrudan hukuki koruma konusu hâline getirilmesi, ifade özgürlüğü üzerinde aşırı sınırlayıcı sonuçlar doğurabilmekte ve devletin tarafsızlık yükümlülüğüyle gerilim yaratabilmektedir. Buna karşılık bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsünü merkeze alan yaklaşım, hem ifade özgürlüğünün daha geniş yorumlanmasına imkân tanımakta hem de din temelli nefret söylemiyle mücadele için daha tutarlı ve öngörülebilir bir çerçeve sağlamaktadır.

⁸² Bielefeldt, Ghanea and Wiener (n 16) 518-520.

IV. Somut Olaylar Işığında İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler: Korunan Hukuki Değer Temelli Değerlendirme

A. Charlie Hebdo Örneği: Korunan Hukuki Değer Perspektifinden İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler Arasındaki Sınır

2015 yılında Fransa’da mizah dergisi Charlie Hebdo’ya yönelik saldırı, ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki gerilimin en çarpıcı ve tartışmalı örneklerinden birini oluşturmaktadır. Olay sonrasında, mizahın ve hicvin sınırları ile kutsal sayılan değerlere yönelen eleştirilerin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunamayacağı sorusu uluslararası hukuk ve literatürde yoğun biçimde tartışılmıştır. Bu tartışmalarda baskın yaklaşım, hiciv ve mizah yoluyla ortaya konulan sert, rahatsız edici ve provokatif ifadelerin kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.⁸³ AİHM de ifade özgürlüğünün yalnızca zararsız veya genel kabul gören düşünceleri değil, “incitici”, “şoke edici” ve “rahatsız edici” ifadeleri de koruduğunu istikrarlı biçimde vurgulamaktadır.⁸⁴

Dinî inançlar, kutsallar ve semboller, kendi başına korunan soyut değerler olmaktan çok, bu değerlere sahip bireylerin onuru, eşitliği ve haklarıyla bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Öğretide, dinlerin ve kutsalların eleştiriden muaf tutulmasının kamusal tartışma alanını daraltacağı ve demokratik toplum düzeyiyle bağdaşmayacağı yönünde güçlü bir yaklaşım hâkimdir.⁸⁵ Buna karşılık, dinî değerlere yönelik aşağılayıcı ve provoke edici ifadelerin, belirli bir inanan grubu üzerinde dışlayıcı ve damgalayıcı etkiler doğurabileceğine dikkat çeken yaklaşım da giderek güç kazanmaktadır.⁸⁶ Bu yaklaşıma göre sorun, bir dinin veya sembolün eleştirilmesinden ziyade, bu eleştirinin belirli bir din mensuplarını hedef alan, onları değersizleştiren ve toplumsal olarak dışlayan bir söyleme dönüşmesidir. Bu doğrultuda bazı yazarlar, ifade özgürlüğünün toplumsal bütünlüğe ciddi zarar verme potansiyeli taşıyan söylemler bakımından daha sınırlı yorumlanabileceğini ileri sürmektedir.⁸⁷

⁸³ Dworkin (n 12) vii-xiii; *Lingens v Austria App no 9815/82 (ECHR, 8 July 1986)* para 42.

⁸⁴ *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976)* para 49.

⁸⁵ Barendt (n 7) 152-155.

⁸⁶ Waldron (n 13) 16-17.

⁸⁷ Kwanghyuk Yoo, ‘When Does Cultural Satire Cross the Line in the Global Human Rights Regime?: The Charlie Hebdo Controversy’ (2017) 42(2) *Brooklyn Journal of International Law* 761, 763-764.

Charlie Hebdo olayı, ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin bir tartışmanın ötesinde, farklı kültürel ve ideolojik sistemler arasındaki gerilimi de yansıtmaktadır. Olay, Batı toplumlarında ifade özgürlüğüne tanınan geniş koruma ile bazı dinî ve kültürel bağlamlarda kutsallara yönelik saygının daha güçlü bir normatif değer olarak kabul edilmesi arasındaki farkı açık biçimde ortaya koymaktadır. Bu tartışma, din temelli ifadelerin değerlendirilmesinde kültürel bağlamın belirleyici unsurlardan biri olduğunu da göstermektedir.⁸⁸

Benzer bir yaklaşım Avrupa insan hakları hukukunda da görülmektedir. Nefret söylemine ilişkin değerlendirmelerde, ifadenin soyut içeriğinden çok hedef aldığı grup, ortaya çıktığı bağlam ve doğurabileceği etkiler dikkate alınmaktadır.⁸⁹ Bu iki yaklaşım birlikte değerlendirildiğinde, Charlie Hebdo örneği belirleyici ölçütün ne olduğunu daha açık biçimde ortaya koymaktadır. Eleştiri, bir dinî inanç veya sembol ile sınırlı mı kalmakta, yoksa belirli bir inanan grubunu hedef alarak onları değersizleştiren ve dışlayan bir söyleme mi dönüşmektedir? İlk durumda ifade özgürlüğü korunmalı; ikinci durumda ise ifade, nefret söylemi olarak nitelendirilerek daha kısıtlayıcı bir hukuki rejime tabi tutulmalıdır.

Charlie Hebdo örneği, dinî değerlere yönelik ifadelerin değerlendirilmesinde belirleyici olanın, ifadenin yöneldiği nesneden çok hedef aldığı grup ve doğurduğu toplumsal etkiler olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Charlie Hebdo'ya yönelik saldırının şiddet içeren bir eylem niteliği taşıdığı ve bu yönüyle ifade özgürlüğü tartışmasından tamamen ayrı bir düzlemde değerlendirilmesi gerektiği de açıktır; hiçbir koşulda şiddet, ifade özgürlüğü tartışması içinde meşrulaştırılamaz.⁹⁰

Charlie Hebdo olayı, yalnızca ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınırın belirlenmesine ilişkin teorik bir tartışma sunmamakta; farklı hukuk düzenlerinin din temelli ifadelere yaklaşımındaki ayrışmayı da görünür hâle getirmektedir. Karşılaştırmalı hukuk perspektifi, Fransa'nın benimsediği yaklaşım ile uluslararası insan hakları hukukunda geliştirilen standartlar arasında belirli bir gerilim bulunduğunu göstermektedir. Bu gerilimi anlayabilmek için, Fransız hukukunda ifade özgürlüğünün dayandığı normatif temellerin incelenmesi gerekir.

⁸⁸ ibid 764.

⁸⁹ Council of Europe, *Factsheet - Hate Speech* (ECHR, 2023).

⁹⁰ Yoo (n 87) 768-769.

İfade özgürlüğü, Fransa’da laiklik (laïcité) ilkesiyle sıkı biçimde bağlantılıdır. Bu anlayış, dinî inançların kamusal alanda eleştirilebilmesini demokratik tartışmanın doğal bir parçası olarak görmek; dinî semboller, kutsallar ve peygamber figürlerini de hukuki dokunulmazlıktan ziyade kamusal eleştirinin konusu olarak değerlendirmektedir. Fransız hukukunda “dine hakaret” bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmemekte; hukuki müdahale, belirli bir kişiye veya gruba yönelen hakaret ya da nefret söylemi hâlleriyle sınırlı tutulmaktadır.⁹¹ Charlie Hebdo tarafından yayımlanan karikatürlerin büyük ölçüde ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi, dinî değerlerin doğrudan hukuki koruma nesnesi olarak kabul edilmemesi anlayışıyla bağlantılıdır.

Fransız hukukundaki bu tutum, somut yargı kararlarında da açıkça görülmektedir. Charlie Hebdo dergisinin 8 Şubat 2006’da Hz. Muhammed’e ilişkin karikatürleri yayımlamasının ardından açılan davada, Paris Ceza Mahkemesi (17. Daire), 22 Mart 2007 tarihli kararıyla dergi editörü Philippe Val’i beraat ettirmiştir. Paris Ceza Mahkemesi, söz konusu karikatürlerin İslam dinine yönelik genel bir eleştiri niteliği taşıdığını ve Müslümanların tamamını doğrudan hedef almadığını; aksine dinî fundamentalizmi ve aşırı akımları hicvettiğini belirterek ifadelerin ifade özgürlüğü sınırları içinde kaldığına hükmetmiştir. Ayrıca karikatürlerin incitici veya rahatsız edici olmasının tek başına sınırlama gerekçesi oluşturmayacağı da vurgulanmıştır.⁹²

Kararda yer verilen “laik ve çoğulcu bir toplumda dinî inançlara saygı, bu inançların eleştirilebilmesi özgürlüğü ile birlikte var olur” yönündeki ifade, Fransız hukukundaki yaklaşımın temelini ortaya koymaktadır. Bu yaklaşımda koruma, dinî değerlerin kendisine değil, bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsüne yönelmektedir. Buna karşılık, belirli bir din mensuplarını hedef alan, aşağılayıcı veya nefret içeren ifadeler Fransız hukukunda farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmakta; Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan nefret söylemi ve ayrımcılık hükümleri uyarınca yaptırıma bağlanmaktadır. Bu yönüyle Fransız hukukunun daha katı ifade özgürlüğü yaklaşımı, AİHM’in bağlam ve toplumsal etkiyi merkeze alan daha esnek denetim modeliyle belirli ölçüde ayrışmaktadır.

⁹¹ Fransız hukukunda dine hakaretin bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmemesi ve müdahalenin daha çok bireylere yönelen nefret söylemi veya hakaret hâlleriyle sınırlı olması hakkında bkz. Patrick Weil, ‘Why the French Laïcité is Liberal’ (2009) 30(6) Cardozo Law Review 2699, 2705-2708.

⁹² Tribunal de grande instance de Paris (17e chambre), *Ligue Islamique Mondiale et autres v Philippe Val*, (22 March 2007).

Uluslararası insan hakları hukuku ise ifade özgürlüğünü geniş bir koruma alanı içinde değerlendirmekle birlikte, bu özgürlüğün mutlak olmadığını ve özellikle nefret söylemi söz konusu olduğunda sınırlanabileceğini kabul etmektedir. AİHM içtihadı da bu doğrultuda, dinlerin eleştirisinin kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu vurgulamakta; buna karşılık belirli bir din mensuplarını hedef alan, aşağılayıcı ve dışlayıcı nitelikteki ifadeler bakımından devletlere belirli bir takdir marjı tanımaktadır.⁹³ Bu durum, Fransa'daki daha katı ifade özgürlüğü yorumundan farklı olarak, bağlam, hedef alınan grup ve ifadenin toplumsal etkilerini dikkate alan daha esnek ve çok boyutlu bir değerlendirme modeline dayanmaktadır. Nefret söylemine ilişkin uluslararası belgeler ve AİHM içtihadı, değerlendirmeyi ifadenin içeriğiyle sınırlamamakta; toplumsal sonuçları ve hedef alınan grubun konumunu da belirleyici unsurlar arasında görmektedir.

Charlie Hebdo örneği, ifade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın neden yeknesak biçimde belirlenemediğini açık biçimde göstermektedir. Aynı ifade, Fransız hukukunda ifade özgürlüğü kapsamında korunurken, uluslararası insan hakları hukuku perspektifinden daha bağlamsal ve sınırlayıcı bir değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir. Bu durum, din temelli ifadelerin değerlendirilmesinde tek tip ve evrensel bir eşik bulunmadığını göstermektedir. Farklı hukuk düzenleri, tarihsel, kültürel ve normatif tercihleri doğrultusunda aynı ifadeyi farklı biçimlerde değerlendirebilmektedir.

Aynı kriterler, dinî değerlere yönelik diğer güncel ifade biçimlerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde de yol gösterici nitelik taşımaktadır. Son yıllarda özellikle kutsal kitapların yakılması şeklinde ortaya çıkan eylemler, ifade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın belirlenmesi bakımından benzer, ancak daha tartışmalı bir değerlendirme alanı yaratmaktadır. Çalışmada ortaya konulan bağlamsal ölçütler, bu yönüyle yalnızca teorik bir çerçeve sunmamakta; güncel tartışmalar bakımından uygulanabilir bir değerlendirme aracı da sağlamaktadır.

B. Kutsal Kitap Yakma Eylemleri: Korunan Hukuki Değer Perspektifinden İfade Özgürlüğü ve Dinî Hassasiyetler Arasındaki Sınır

Kutsal kitapların yakılması şeklinde ortaya çıkan eylemler, ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınırın en tartışmalı olduğu alanlardan birini oluş-

⁹³ Erdoğan Keskin, 'AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı' (2000) 69(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1379, 1395.

turmaktadır. Bu tür eylemler provokatif bir ifade biçimi olarak değerlendirilebilse de, hukuki nitelendirme bakımından belirleyici olan, eylemin yöneldiği hedef, amacı ve ortaya çıkardığı etkidir.

Yerleşik insan hakları yaklaşımına göre ifade özgürlüğü, zararsız veya genel kabul gören düşüncelerle sınırlı olmayıp, rahatsız edici, şok edici ve incitici ifadeleri de kapsamaktadır.⁹⁴ Bu anlayış, *Handyside v United Kingdom* kararında açık biçimde ortaya konulmuştur.⁹⁵ Bununla birlikte bu koruma alanı sınırsız değildir. Özellikle belirli bir din mensuplarını hedef alan, onları aşağılayan ve toplumsal dışlanmaya maruz bırakabilecek nitelikteki ifadeler, nefret söylemi kapsamında değerlendirilme potansiyeli taşımaktadır. Öğretide de, kutsal kitapların hedef alındığı protesto eylemlerinin, belirli bir grubu hedef alma ve dini nefreti körükleme potansiyeli nedeniyle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinin tartışmalı olduğu ifade edilmektedir.⁹⁶ AİHM de *İ.A. v Turkey* ve *E.S. v Austria* kararlarında, ifade özgürlüğü ile dinî inançlara sahip bireylerin korunması arasında bir denge kurulması gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁷

Son yıllarda Avrupa'da kamuoyuna yansıyan kutsal kitap yakma eylemleri üzerinden somut biçimde gözlemlenebilmektedir. Özellikle Rasmus Paludan tarafından gerçekleştirilen Kur'an yakma eylemleri, çoğu durumda belirli bir dinî grubu provoke etmeye ve hedef almaya yönelik olduğu gerekçesiyle ciddi hukuki ve siyasal tartışmalara yol açmıştır.⁹⁸ Bu tür eylemler, soyut bir inanç sistemine yönelen eleştirilerin ötesine geçerek, belirli bir topluluğu aşağılayan ve dışlayan bir mesaj taşıdıkları durumlarda nefret söylemi kapsamında değerlendirilebilmektedir.⁹⁹ Bu bağlamda İsveç mahkeme pratiği, dinî sembollere yönelik radikal ifade biçimleri ile bu ifadelerin belirli bir dinî topluluğu hedef alan dışlayıcı söyleme dönüşmesi arasındaki ayrımı teorik olarak kabul etmekle birlikte, bu ayrımın uygulamada her zaman açık ve öngörülebilir biçimde çizi-

⁹⁴ Barendt (n 7) 13-15.

⁹⁵ *Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976) para 49.*

⁹⁶ Selcen Erdal, 'Diplomatik Dokunulmazlıklar ve İfade Özgürlüğü İkileminde Kutsal Kitapların Kullanıldığı Protesto Eylemleri' (2025) 45(1) Public and Private International Law Bulletin 1, 2-3.

⁹⁷ *İ.A. v Turkey App no 42571/98 (ECHR, 13 September 2005); E.S. v Austria App no 38450/12 (ECHR, 25 October 2018).*

⁹⁸ Jacob Mchangama, *Free Speech: A History from Socrates to Social Media* (Basic Books 2022) 393 ff.

⁹⁹ Maya Khater, 'Insulting Religions from the Perspective of International Law: Descriptive and Analytical Study' (2024) 25 International Journal of Islamic Thought 73, 73-74.

lemediğini göstermektedir.¹⁰⁰ Bu durum, korunan hukuki değerın açık biçimde tanımlanmamasının uygulamada yarattığı belirsizliği somut olarak ortaya koymaktadır.

Benzer nitelikteki eylemler, ortaya çıktıkları bağlama, hedef kitlenin niteliğine ve doğurdukları etkilere bağlı olarak farklı hukuki değerlendirmelere tabi tutulabilmektedir. Burada belirleyici olan, ifadenin yöneldiği nesneden çok hedef aldığı topluluk üzerinde yarattığı aşağılayıcı ve dışlayıcı etkidir.¹⁰¹ Aynı eylem biçimi, bir inanç sistemine yönelik eleştiri veya sembolik protesto niteliği taşıdığı sürece ifade özgürlüğü kapsamında korunabilir. Ancak belirli bir din mensuplarını hedef alan, onları damgalayan ve eşit vatandaşlık statülerini zedeleyen bir söyleme dönüşmesi hâlinde nefret söylemi niteliği kazanabilmektedir. Bu ayrım, AİHM'in bağlamsal inceleme yöntemi ve uluslararası insan hakları hukukunda benimsenen çok boyutlu değerlendirme anlayışıyla da uyumludur. AİHM içtihadında ifade özgürlüğü ile diğer temel haklar arasındaki sınır, olayın koşulları ve bağlamı esas alınarak belirlenmektedir. Kutsal kitap yakma eylemlerine ilişkin tek tip bir hukuki nitelendirme yapmak güçtür. Bu eylemler, somut bağlam, eylemin amacı ve ortaya çıkardığı toplumsal etki dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Soyut bir inanç sistemine yönelik eleştiri veya sembolik protesto niteliği taşıyan eylemler ifade özgürlüğü kapsamında korunmalıdır. Ancak belirli bir grubu hedef alan, onları damgalayan ve toplumsal konumlarını zedeleyen ifadeler bakımından farklı bir hukuki değerlendirme gündeme gelebilir.

Literatürde bu tür ifadelerin çoğu zaman “hoşgörü”, “toplumsal barış” veya “birlikte yaşama” gibi değerler üzerinden sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰² Buna karşılık, belirleyici ölçütün ifadelerin belirli bir grubu dışlayıcı bir etki yaratıp yaratmadığı olduğu yönündeki yaklaşım giderek daha fazla ağırlık kazanmaktadır.

¹⁰⁰ AİHM, Kur'an yakma eylemlerine ilişkin değerlendirmesinde, bu tür eylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunamayacağının belirlenmesinde eylemin bağlamı, hedef kitlesi ve doğurduğu etkilerin birlikte dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte, söz konusu eylemlerin her somut olayda dinî bir inancın eleştirisi ile belirli bir inanan grubunu hedef alan aşağılayıcı söylem arasındaki sınırı açık biçimde ortaya koymadığı görülmektedir. Svea Court of Appeal, B 9179-23 (11 October 2023).

¹⁰¹ Post (n 79) 275; Parekh (n 17) 40-45.

¹⁰² Erdal (n 96) 2-3.

Ayrımın normatif temeli, nefret söyleminin bazı durumlarda bireylerin kamusal söyleme eşit katılımını engelleyebileceğini ve onların sözlerinin tanınmasını (*uptake*) ortadan kaldırabileceğini vurgulayan yaklaşımlarda açık biçimde görülmektedir.¹⁰³ Belirli grupları hedef alan ve onların toplum içindeki eşit konumunu zedeleyen ifadeler, yalnızca bireysel incinmeye yol açmamakta; demokratik toplumun çoğulculuk ve eşitlik temellerini de zayıflatmaktadır.¹⁰⁴

Modern insan hakları yaklaşımı da dinî değerlerin kendisinden ziyade, bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsünü esas almaktadır. Dolayısıyla değerlendirmede belirleyici olan unsur, ifadenin hedef aldığı topluluk üzerinde dışlayıcı ve eşitliği zedeleyici etkiler yaratıp yaratmadığıdır.

C. 2026 İspanya-Mısır Milli Futbol Takımları Karşılaşması: Din Temelli İfadelerin Nefret Söylemi Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme

2026 yılında İspanya ile Mısır arasında oynanan bir hazırlık karşılaşmasında, İspanyol taraftarlar tarafından “Zıplamayan Müslümandır” şeklinde din temelli sloganlar atıldığı ve bu olayın kamuoyunda geniş yankı uyandırdığı görülmektedir.¹⁰⁵ Söz konusu sloganlar üzerine yetkili makamlar tarafından soruşturma başlatıldığı¹⁰⁶ ve ilgili ifadelerin spor kurumları ile kamu otoriteleri tarafından açık biçimde kınandığı anlaşılmaktadır.¹⁰⁷ Olayın ardından kamu otoriteleri ve siyasal aktörler tarafından yapılan açıklamalarda, bu ifadelerin yalnızca spor bağlamında değerlendirilemeyeceği, aynı zamanda ırkçılık ve nefret söylemiyle bağlantılı olduğu vurgulanmıştır.¹⁰⁸ Bu durum, din temelli ifadelerin

¹⁰³ Langton (n 81) 315 ff.

¹⁰⁴ Waldron (n 13) 105-106.

¹⁰⁵ Dünya Kupası’na hazırlık niteliğindeki karşılaşmanın başlamasıyla birlikte yine bazı taraftarlar ‘Zıplamayan Müslümandır’ sloganı atmaya başladığına ilişkin bkz. <<https://www.dw.com/tr/i%CC%87spanya-m%C4%B1s%C4%B1r-ma%C3%A7%C4%B1ndaki-i%CC%87slamofobik-tezah%C3%BCratlara-soru%C5%9Fturma/a-76623359>> Erişim Tarihi: 08.04.2026.

¹⁰⁶ FIFA, İspanya-Mısır maçındaki İslam karşıtı tezahüratlar hakkında soruşturma başlattığına ilişkin bkz. <<https://tr.euronews.com/2026/04/08/fifa-ıspanya-mısır-macındaki-ıslam-karsiti-tezahuratlar-hakkinda-sorusturma-baslatti>> Erişim tarihi: 08.04.2026.

¹⁰⁷ BBC News, ‘Spain vs Egypt friendly marred by anti-Muslim chants’ (April 2026); *El País*, ‘Investigation opened after anti-Muslim chants at Spain-Egypt match’ (April 2026); <https://www.aa.com.tr/tr/dunyadan-spor/ispanya-mısır-macında-ıslamofobik-tezahurat/3887712?utm_source> Erişim Tarihi: 08.04.2026.

¹⁰⁸ Olay sonrasında İspanya Adalet Bakanı Félix Bolaños, din temelli sloganları “ırkçı ve utanç verici” olarak nitelendirerek kınamış; ilgili bakanlar ve kamu otoriteleri de benzer yönde açıklamalarda bulunmuştur. Ayrıca karşılaşma sırasında stadyumda, sporda şiddetin önlenmesi-

değerlendirilmesinde bağlamın ve ortaya çıkan etkilerin ne kadar belirleyici olduğunu göstermektedir.

Spor alanında ortaya çıkan bazı ifade biçimleri de ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki sınır bakımından değerlendirilmelidir. Taraftar kültürüne özgü bir slogan gibi görünen bazı söylemler, içerikleri ve yöneldikleri hedef itibarıyla belirli bir dinî kimliği aşağılayıcı ve dışlayıcı bir anlam kazanabilmektedir. Burada önemli olan, ifadenin biçiminden çok, hedef aldığı grup ve ortaya çıkardığı etkidir.¹⁰⁹ AİHM içtihadında da ifade özgürlüğünün sınırları belirlenirken, ifadenin içeriği kadar ortaya çıktığı bağlam, hedef kitlesi ve doğurabileceği etkiler de önem taşımaktadır.¹¹⁰

Söz konusu slogan, yüzeysel olarak mizah veya taraftar kültürü kapsamında değerlendirilebilse dahi, belirli bir din mensuplarını hedef alarak onları aşağılayıcı ve dışlayıcı bir konuma yerleştirmesi nedeniyle nefret söylemi olarak değerlendirilebilecek bir nitelik taşımaktadır.¹¹¹ Ampirik bulgular, spor karşılaşmaları bağlamında nefret söyleminin çoğunlukla hakaret, hedef gösterme ve aşağılayıcı dil biçiminde ortaya çıktığını göstermektedir.¹¹² Burada dikkat edilmesi gereken husus, ifadenin yalnızca incitici veya rahatsız edici olmasından ibaret olmayıp, kolektif bir kimliği hedef alarak bu kimliğe sahip bireyleri toplumsal olarak dışlayıcı bir konuma yerleştirme potansiyeli taşımasıdır. Bu yönüyle ifade, bireysel düzeyde bir rahatsızlık yaratmanın ötesine geçerek, hedef alınan grubun toplum içindeki eşit ve güvenli konumunu zedeleyebilecek bir etki doğurmaktadır. Waldron'un da vurguladığı üzere, nefret söylemi bu tür etkileriyle hedef alınan grubun "eşit vatandaşlık statüsünü" ve kamusal alandaki "güvence" duygusunu zedeleyebilmektedir.¹¹³

ne ilişkin mevzuat kapsamında bu tür eylemlerin yasak olduğuna dair uyarılar yapılmıştır. İspanya Millî Takımı Teknik Direktörü Luis de la Fuente de söz konusu davranışları kabul edilemez olarak değerlendirmiştir. <<https://www.dw.com/tr/i%CC%87spanya-m%C4%B1s%C4%B1r-ma%C3%A7%C4%B1ndaki-i%CC%87slamofobik-tezah%C3%BCratlara-soru%C5%9Fturma/a-76623359>> Erişim Tarihi 08.04.2026.

¹⁰⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, *Recommendation No R (97) 20 on Hate Speech* (1997); BM İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 34: Görüş ve İfade Özgürlüğü (md. 19)* (2011) para 48.

¹¹⁰ *Perinçek v Switzerland App no 27510/08 (ECHR, 15 October 2015)*; *Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006)* para 56.

¹¹¹ Okan Kılıçkaya ve Aydın Pekel 'Fine Margin Between Free Speech and Hate Speech at New Media: A Case-Study on Twitter' (2022) *Mediterranean Journal of Sport Science* 980, 981 vd.

¹¹² Kılıçkaya ve Pekel (n 111) 984.

¹¹³ Waldron (n 13) 106.

Olay sonrasında yetkili makamlar tarafından derhâl soruşturma başlatılması ve ifadelerin kınanması, devletin ifade özgürlüğüne müdahaleden kaçınma yükümlülüğünün yanında, bireyleri nefret söylemine karşı koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünü de yansıtmaktadır.¹¹⁴ AİHM, devletlerin yalnızca pasif bir konumda kalamayacağını; aynı zamanda bireyleri ayrımcı ve dışlayıcı söylemlere karşı koruyacak etkili tedbirleri alma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir.¹¹⁵ Bu örnek, din temelli nefret söyleminin değerlendirilmesinde belirleyici olanın, ifadenin kolektif bir kimliği hedef alma ve dışlayıcı etkiler üretme kapasitesi olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle din temelli ifadelerin hukuki niteliğinin, münferit olayların özelliklerinden ziyade, daha genel ve ilkesel bir değerlendirme çerçevesi içinde ele alınması gerekmektedir. Kutsal kitapların yakılması, dinî figürlere yönelik hicivler veya spor müsabakalarında ortaya çıkan tezahüratlar farklı bağlamlarda ortaya çıkabilmektedir. Ancak bütün bu olayların merkezinde aynı sorun bulunmaktadır. Korumanın odağı, dinî değerlerin kendisinden çok bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsü olmalıdır.

Bu örnekler, ifade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın somut bağlam dikkate alınarak belirlendiğini göstermektedir. Dinî inançlara veya sembollere yönelen eleştiriler kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında korunmaya devam ederken, belirli bir grubu hedef alan ve onları dışlayıcı bir konuma yerleştiren söylemler farklı bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, bağlama dayalı yaklaşımın uygulamada her zaman tutarlı sonuçlar üretmediği görülmektedir. Benzer nitelikteki ifade biçimleri, ortaya çıktıkları toplumsal bağlam, tarihsel deneyimler ve hedef alınan grubun kırılganlık düzeyi gibi unsurlara bağlı olarak farklı hukuki değerlendirmelere konu olabilmektedir.

Avrupa insan hakları hukukunda devletlere tanınan takdir marjı da bu farklılaşmayı pekiştirmektedir. Bu farklılaşmada, özellikle antisemitizm bağlamında daha düşük bir tolerans eşiğinin benimsendiği görülmektedir.¹¹⁶ Avrupa'nın tarihsel deneyimi ve antisemitizmin yol açtığı ağır sonuçlar dikkate alınarak, bu

¹¹⁴ Şirin (n 25) 372.

¹¹⁵ *Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006) para 56; Vejdeland v Sweden App no 1813/07 (ECHR, 9 February 2012) para 55.*

¹¹⁶ Antisemitizm bağlamında nefret söylemine karşı daha düşük bir tolerans eşiğinin benimsendiğine ilişkin olarak bkz Waldron (n 13) 16-17; ECRI, General Policy Recommendation No 15 on Combating Hate Speech (2016); International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA), *Working Definition of Antisemitism* (2016) <<https://www.holocaustremembrance.com>> Erişim Tarihi: 03.04.2026.

alandaki daha sıkı bir koruma yaklaşımı geliştirilmiştir. Ancak benzer bir duyarlılığın, son yıllarda artış gösteren İslamofobi bağlamında da dikkate alınması gerektiği yönünde literatürde güçlü bir eğilim bulunmaktadır.¹¹⁷ Bu çerçevede, İslam karşıtı nefret söylemi bakımından daha düşük bir tolerans eşiğinin benimsenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu bağlamda değerlendirme yapılırken, ilgili toplumda Müslümanlara yönelik yapısal dışlanma, ayrımcılık ve kırılganlık düzeyinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Olayların türü ve ortaya çıktıkları bağlam değişse dahi, hukuki değerlendirmede belirleyici olan unsurun değişmediği görülmektedir. Spor alanında, sanatta, medyada veya kamusal tartışma ortamlarında ortaya çıkan farklı ifade biçimlerinde ortak olan husus, korumanın soyut kutsallardan çok bu kutsallara inanan bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsüne yönelmesidir. Çalışma bakımından dinî değerlerin kendisinin doğrudan hukuki koruma nesnesi olarak kabul edilmesi, ifade özgürlüğü ile bağdaşmayan ve ilkesel olarak sorunlu bir yaklaşım teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu sınırın ancak birey merkezli ve bağlama duyarlı bir değerlendirme çerçevesi içinde kurulabileceği açıktır.

Sonuç

İfade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki sınırın belirlenmesinde karşılaşılan belirsizlik, esas itibarıyla somut olaylara indirgenmiş bir değerlendirme yaklaşımının hâkim olmasından ve bu sınırlandırmalarda korunması gereken hukuki değerlerin açık biçimde tanımlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Somut olay temelli yaklaşım, her bir uyuşmazlığın kendi bağlamı içinde yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmakta; bu durum ise genel, soyut ve öngörülebilir ölçütlerin oluşmasını sistematik biçimde engellemektedir. Bu nedenle, söz konusu ilişkinin tutarlı bir şekilde kavranabilmesi, öncelikle hangi hukuki değerlerin korunmakta olduğunun açık ve teorik olarak temellendirilmiş bir biçimde ortaya konulmasını gerektirmektedir.

¹¹⁷ Avrupa’da Müslümanlara yönelik ayrımcılık ve nefret söylemindeki artışa ilişkin olarak bkz European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Muslims - Selected Findings (2017); Pew Research Center, 10 Years After 9/11: Muslims in the U.S. See a Country Divided (2011); Ahmed Shaheed, Countering Islamophobia/Anti-Muslim Hatred to Eliminate Discrimination and Intolerance Based on Religion or Belief, UN Doc A/HRC/46/30 (2021); Literatürdeki benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz Tariq Modood, ‘Islamophobia and Normative Sociology’ (2020) 8 Journal of the British Academy 29; Nasar Meer and Tariq Modood, ‘Refutations of Racism in the “Muslim Question”’ (2009) 47 Patterns of Prejudice 335, 336.

Çalışma, dinî değerlere yönelik ifadelerin sınırlandırılmasında koruma odağının, dinlerin veya kutsalların kendisinden çok bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsüne yönelmesi gerektiğini savunmaktadır. Dinî değerlerin doğrudan hukuki koruma nesnesi olarak kabul edilmesi, sınırları belirsiz ve genişletilebilir bir müdahale alanı yaratarak ifade özgürlüğünü yapısal olarak zayıflatma riski taşımaktadır. Buna karşılık, koruma odağının bireyle-re yöneltilmesi, ifade özgürlüğü ile sınırlama arasındaki ilişkinin daha belirli, ölçülebilir ve öngörülebilir ölçütler üzerinden kurulmasına imkân tanımaktadır.

Dinî inançlara yönelen eleştiri, reddiye veya rahatsız edici ifadeler tek başına sınırlama gerekçesi olarak kabul edilemez. Buna karşılık, belirli bir inanan grubunu hedef alan, onları aşağılayan, dışlayan veya eşitliğini zedeleyen söylemler bakımından sınırlama meşru ve gerekli hâle gelmektedir. Bu anlayış, ifade özgürlüğü ile din temelli nefret söylemi arasındaki sınırın münferit olaylara bağlı değişken değerlendirmeler yerine, sistematik ve anayasal olarak gerekçelendirilebilir ölçütler temelinde kurulmasına imkân tanımaktadır.

AIHM içtihadı ve uluslararası insan hakları belgeleri de, dinî değerlerin doğrudan korunmasından ziyade bu değerlere sahip bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsünü esas alan bir yönelime işaret etmektedir. İctihatların her zaman yeknesak bir çizgi izlememesi, koruma anlayışının açık biçimde belirlenmemesinin uygulamada önemli belirsizlikler yarattığını göstermektedir. Bu nedenle tartışmanın, içtihat analizinin ötesine geçilerek daha temel bir normatif çerçeve içinde yeniden ele alınması gerekmektedir.

İfade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki sınırın belirlenmesinde korumanın bireylerin onuru ve eşit vatandaşlık statüsüne yöneltilmesi, hem teorik açıdan daha tutarlı bir yaklaşım sunmakta hem de anayasal ölçütlerin belirlenmesi bakımından daha sağlam bir çerçeve oluşturmaktadır. Böyle bir yaklaşım, ifade özgürlüğünün rahatsız edici ve sarsıcı ifadeleri de kapsayan geniş koruma alanını korurken, din temelli nefret söylemi karşısında sınırlamanın meşru sınırlarının daha açık ve öngörülebilir biçimde belirlenmesine de imkân tanımaktadır.

Çalışma, tartışmayı somut olay düzeyinin ötesine taşıyarak, korunan hukuki değerın yeniden tanımlanması üzerinden ifade özgürlüğü ile dinî hassasiyetler arasındaki sınırın anayasal değerlendirmeler bakımından daha tutarlı bir referans çerçevesi içinde kavranmasına katkı sunmaktadır.

Kaynakça

- Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2002)
- Artuk M E ve Alşahin M E, 'Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK madde 216/3)' (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 989-1012
- Barendt E, *Freedom of Speech* (Oxford University Press 2005)
- Benesch S, 'Defining and Diminishing Hate Speech' (2014) 37 World Policy Journal 18-25
- Bielefeldt H, Ghanea N and Wiener M, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary* (Oxford University Press 2016)
- Bleich E, 'Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the European Legal Context', in Kavita R. Khory (ed.) *Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century* (Palgrave Macmillan 2012)
- Brown A, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination* (Routledge 2015)
- Bychawska-Siniarska D, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğü'nün Korunması (Uygulamacılar için El Kitabı)* (Tuğçe Duygu Köksal tr, Avrupa Konseyi 2018) 36-50
- Çakmak U R ve Kaynak A F, 'Kutsal Kitapları Yakma Eylemlerinin İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2025) 33 (4), 2219-2251
- Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977)
- - 'Foreword' in Ivan Hare and James Weinstein (eds) *Extreme Speech and Democracy* (Oxford University Press 2009)
- Erdoğan M, 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif' (2001) 24 Liberal Düşünce 8-13
- Erdal S, 'Diplomatik Dokunulmazlıklar ve İfade Özgürlüğü İkileminde Kutsal Kitapların Kullanıldığı Protesto Eylemleri' (2025) 45(1) *Public and Private International Law Bulletin* 1-19
- Eren A, *Özgürlüklerin Korunmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri* (Beta Yayınları 2004)
- Evans M D, *Religious Liberty and International Law in Europe* (Cambridge University Press 1997)
- Evans R, 'Islamic Bloc Drops 12-Year UN Drive to Ban Defamation of Religion' (Reuters, 24 March 2011) <<http://blogs.reuters.com/faithworld/2011/03/24/islamic-bloc-drops-12-year-u-n-drive-to-ban-defamation-of-religion>> Erişim Tarihi 01.04.2026
- Göktepe H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret' (2016) 7 (25) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 169-211

- Gül C ve Çakan S 'AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması' (2018) 13(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365-410
- Greer S, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge University Press 2006)
- Habermas J, 'Religion in the Public Sphere' (2006) 14 European Journal of Philosophy 1-25.
- Karadeniz S, 'Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012)
- Karan U, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2* (Avrupa Konseyi Yayınları 2018)
- Kaya S, *İfade Özgürlüğü ve Dini Hassasiyetler: Charlie Hebdo ve Hz. Muhammed Karikatürleri*, (İstanbul Liber Plus Yayınları, 2017).
- Keane D, 'Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights' (2007) 25 (4) Netherlands Quarterly of Human Rights 641-663
- Keskin E, 'AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı' (2000) 69(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1379-1414
- Khater M, 'Insulting Religions from the Perspective of International Law: Descriptive and Analytical Study' (2024) 25 International Journal of Islamic Thought, 70-77
- Kılıçkaya O ve Pekel A, 'Fine Margin Between Free Speech and Hate Speech at New Media: A Case-Study on Twitter' (2022) Mediterranean Journal of Sport Science 980-994
- Langton R, 'Speech Acts and Unspeakable Acts' (1993) 22(4) Philosophy and Public Affairs 293-330
- Lewis T, 'At the Deep End of the Pool: Religious Offence, Debate Speech and the Margin of Appreciation before the European Court of Human Rights' in Jeroen Temperman and András Koltay (eds) *Blasphemy and Freedom of Expression: Comparative, Theoretical and Historical Reflections after the Charlie Hebdo Massacre* (Cambridge University Press 2017) 259-293
- Mchangama J, *Free Speech: A History from Socrates to Social Media* (Basic Books 2022)
- Meer N and Modood T, 'Refutations of Racism in the "Muslim Question"' (2009) 47 Patterns of Prejudice 335-354
- Metin Y, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?', (2017) 7(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-74
- Mill J S, *On Liberty* (Batoche Books Kitchener 2001)
- Modood T, 'Islamophobia and Normative Sociology' (2020) 8 Journal of the British Academy 29-49

- Öngüç Ö, 'Şiddet İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması: AİHM Kararları Işığında Kısa Bir Değerlendirme' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 587-599
- Özbey Ö, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları' (2013) 62(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-146
- Parekh B, 'Is There a Case for Banning Hate Speech?' in Michael Herz and Peter Molnar (eds), *The Content and Context of Hate Speech* (Cambridge University Press 2012) 37-56
- Post R, 'Racist Speech, Democracy, and the First Amendment' (1991) 32(2) *William and Mary Law Review* 267-327
- Raz J, 'Free Expression and Personal Identification' (1991) 11 *Oxford Journal of Legal Studies* 303-324
- Scanlon T, 'A Theory of Freedom of Expression' (1972) 1(2) *Philosophy and Public Affairs* 204-226
- Schauer F, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press 1982)
- Shaheed A, Countering Islamophobia/Anti-Muslim Hatred to Eliminate Discrimination and Intolerance Based on Religion or Belief, UN Doc A/HRC/46/30 (2021)
- Stajniko J, Siter D and Tomažič L M, 'Discrimination, Freedom of Expression and Two Concepts of Liberty: Assessing European Legislation Criminalizing Hate Speech' (2024) 64 *Hungarian Journal of Legal Studies* 288-307
- Şirin T, 'Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı' (2013) 2(4) *Anayasa Hukuku Dergisi* 359-401
- Tanör B, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası* (Öncü Kitabevi 1969)
- Taylor C, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Harvard University Press 1989)
- Telle K, UN Resolution 16/18 and the Istanbul Process: What Has Been Achieved? A Charting of Blasphemy Trends in Pakistan and Indonesia (Chr Michelsen Institute 2022)
- Vural H S, *Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence* (Seçkin Yayıncılık 2013).
- Yoo K, 'When Does Cultural Satire Cross the Line in the Global Human Rights Regime?: The Charlie Hebdo Controversy' (2017) 42(2) *Brooklyn Journal of International Law* 761-806
- Waldron J, *The Harm in Hate Speech* (Harvard University Press 2012)
- Weil P, 'Why the French Laïcité is Liberal' (2009) 30(6) *Cardozo Law Review* 2699-2714
- Weinstein J, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine* (Westview Press 1999)

Anayasa Mahkemesi Kararları

Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Başvurusu, Başvuru No: 2013/568, (AYM 24.06.2015)

Bekir Coşkun Başvurusu, Başvuru No: 2014/12151, (AYM 04.6.2015)

Emin Aydın (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/3178, (AYM 25.6.2015)

Hakan Aygün Başvurusu, Başvuru No: 2020/13412, (AYM 12.01.2021)

Mehmet Aytaç Başvurusu, Başvuru No: 2017/26514, (AYM 11.2.2021)

Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2016/79283, (AYM 17.4.2019)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Erbakan v Turkey App no 59405/00 (ECHR, 6 July 2006)

E.S. v Austria App no 38450/12 (ECHR, 25 October 2018)

Féret v Belgium App no 15615/07 (ECHR, 16 July 2009)

Handyside v United Kingdom App no 5493/72 (ECHR 7 December 1976)

İ.A. v Turkey App no 42571/98 (ECHR, 13 September 2005)

Kokkinakis v Greece App no 14307/88 (ECHR, 25 May 1993)

Lingens v Austria App no 9815/82 (ECHR, 8 July 1986)

Norwood v United Kingdom App no 23131/03 (ECHR, 16 November 2004).

Müller and Others v Switzerland App no 10737/84 (ECHR, 24 May 1988)

Otto-Preminger-Institut v Avusturya App no 13470/87 (ECHR 20 September 1994)

Perinçek v Switzerland App no 27510/08 (ECHR, 15 October 2015)

Sürek v Turkey (No 4) App no 24762/94 (ECHR [GC], 8 July 1999)

The Sunday Times v United Kingdom (No 1) App no 6538/74 (ECHR, 26 April 1979)

Vejdeland v Sweden App no 1813/07 (ECHR, 9 February 2012)

Wingrove v United Kingdom App no 17419/90 (ECHR, 25 November 1999)

Mahkeme (Yargıtay) Kararları

Yargıtay 8 CD, 6697/8986, 22.11.2023.

Yargıtay 8 CD, 6293/21247, 15.10.2012.

Uluslararası Belgeler ve Raporlar

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No R (97) 20 on Hate Speech (1997)

Council of Europe, *Factsheet - Hate Speech* (European Court of Human Rights 2023)

ECRI, *General Policy Recommendation No 15 on Combating Hate Speech* (2016)

International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA), *Working Definition of Antisemitism* (2016)

United Nations, *Strategy and Plan of Action on Hate Speech* (2019)

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (Kabul Tarihi: 16.12.1966, Yürürlüğe Giriş: 23.03.1976)

UN Human Rights Committee, *General Comment No 34: Article 19 - Freedoms of Opinion and Expression* (2011)

UN Human Rights Council, *Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred* (2012)

Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat Hükümleri Işığında Akademik Personelin Kurumlar Arası Atamalarında Sürekli Görev Yoluğu (Harcırah) Sorununun İncelenmesi^(*)

Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN^(**)

Öz

Kamu görevlileri bir yerden başka bir yere atanmaları hâlinde birtakım masraflar yapmaktadır. Bu masrafların tam karşılığı olmasa da kamu görevlilerine kurumları tarafından 6245 sayılı Kanun uyarınca yolluk ödenmektedir. Üniversiteler, ihtiyaç duydukları akademik personeli 2547 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerde belirtilen usul ve esaslara göre atamaktadır. Söz konusu personel açıktan ilk atama yoluyla atanabildiği gibi, önceki kurumlarından alınan muvafakitle de atanabilmektedir. Çalışmanın konusunu, üniversitelere muvafakitle atanan akademik personele bu atamaları nedeniyle sürekli görev yoluğu ödenip ödenmeyeceği hususu oluşturmaktadır. Üniversitelerdeki akademik kadrolara muvafakitle atanan akademik personele sürekli görev yoluğu ödenmeyeceğine ilişkin Maliye Bakanlığı yazısı ve Sayıştay yorumu nedeniyle bu ödemenin yapılmasından vazgeçilmiştir. Çalışmada öncelikle naklen atama, ilk atama ve muvafakitle atama kavramları üzerinde durulmuştur. Sonrasında konuya ilişkin mevzuat hükümleri ile idari başvuru yolu olan Kamu Denetçiliği Kurumu, Sayıştay ve idari yargı mercilerine yapılan başvurularda verilen kararlar incelenmiştir. Nihayetinde “Değerlendirme ve Sonuç” başlığında konu hakkında ulaşılan neticeye yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Naklen Atama, Muvafakitle Atama, İlk Atama, Akademik Personel, Sürekli Görev Yoluğu.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 05.04.2026.

Atıf Şekli: Hüseyin Bilgin, ‘Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat Hükümleri Işığında Akademik Personelin Kurumlar Arası Atamalarında Sürekli Görev Yoluğu (Harcırah) Sorununun İncelenmesi’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83,126.

DOI: 10.52273/sduhfd..1911397.

(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Afyonkarahisar-Türkiye.

E-posta: huseyimbilgin22@hotmail.com.

Orcid: 0000-0003-1887-792X.

An Examination of the Issue of Permanent Duty Travel Allowance (Per Diem) in Inter-Institutional Appointments of Academic Personnel in the Light of Judicial Decisions and Relevant Legislative Provisions

Abstract

Public officials incur certain expenses when they are transferred from one place to another. Although these expenses are not fully compensated, travel allowances are paid to public officials by their institutions pursuant to Law No. 6245. Universities appoint the academic staff they require in accordance with the procedures and principles specified in Law No. 2547 and the relevant regulations. The personnel in question may be appointed through initial appointment from outside the institution, as well as through appointment with the consent obtained from their previous institutions. The subject of this study concerns whether a permanent duty travel allowance should be paid to academic personnel appointed to universities with the consent of their previous institutions due to such appointments. Due to a letter issued by the Ministry of Finance and the interpretation of the Court of Accounts stating that a permanent duty travel allowance should not be paid to academic personnel appointed to academic positions in universities with such consent, the payment of this allowance has been discontinued. In the study, first, the concepts of transfer appointment, initial appointment, and appointment with consent are examined. Subsequently, the relevant legislative provisions and the decisions rendered in applications made to the Ombudsman Institution, the Court of Accounts, and the administrative judiciary, which constitute administrative remedies, are analyzed. Finally, the conclusion reached on the subject is presented under the heading "Evaluation and Conclusion"

Keywords

Transfer Appointment, Appointment with Consent, Initial Appointment, Academic Personnel, Permanent Duty Travel Allowance.

Extended Summary

Under the Civil Servants Law No. 657, it is stipulated that travel expenses and daily allowances shall be paid to civil servants who leave their place of duty to perform a task, in accordance with the provisions of special laws. Travel Expenses Law No. 6245 regulates the circumstances, beneficiaries, and procedures for the payment of travel allowances. Articles 9 and 10 of the Law provide that civil servants transferred from one institution to another shall be paid a permanent duty travel allowance consisting of travel expenses, daily allowances, family expenses, and relocation expenses.

From the perspective of our review, the core issue is whether the appointment procedures for teaching members and teaching staff were carried out as initial appointments or whether they should be considered as transfers.

Article 23 of Law No. 2547 regulates the appointment of assistant professors, Article 24 regulates the appointment of associate professors, and Article 26 regulates the appointment of professors. In addition, the Regulation on the Procedures and Principles Regarding Central Examinations and Entrance Examinations for Appointments to Academic Staff Other than Faculty Members sets out the principles and procedures applicable to appointments to non-faculty academic staff positions.

Certain requirements must be satisfied for appointments under the above legislation. These include the submission of an application file by the candidate, a favorable evaluation by the jury members, and the rector's approval of the appointment. These are procedural conditions specific to academic appointments. Once these conditions are met, the appointment may be completed. Where the person concerned is not employed in any public institution, the appointment is made as an initial appointment. However, a person already employed by another public institution may be appointed to a university position without resigning from their existing post, provided that the employing institution grants consent. In such cases, the individual's public service is not terminated; rather, the continuity of public service is preserved, with only the employing institution and the applicable personnel regime changing.

Although neither Law No. 2547 nor Law No. 2914 expressly regulates transfers from civil service positions to academic posts, Article 20 of Law No. 2914 permits the application of relevant provisions of Law No. 657 in matters not specifically governed by Law No. 2914. Article 74 of Law No. 657 regulates appointment by mutual consent. That provision does not contain any restriction preventing its application within other personnel regimes. In other words, when Laws No. 657 and No. 2547 are read together, there is neither a provision expressly authorizing such inter-regime transfers nor one expressly prohibiting them. Accordingly, appointments made by mutual consent should not be characterized as initial appointments.

Similarly, when the provisions of Law No. 6245 are examined, there is no prohibitive provision stating that permanent travel allowances shall not be paid in cases of appointments made through inter-institutional transfers and/or when personnel subject to different personnel laws are appointed to institutions subject to other personnel laws.

There is no explicit provision stating that travel expenses shall not be paid when personnel subject to separate personnel laws transfer to a personnel law other than their own. As the remuneration to be received as permanent duty travel expenses will result in an increase in the direct assets of the relevant public official, it is an item that concerns my property rights. The restriction of the right to property, which is among the fundamental rights and freedoms, can only be done by law. In cases where there is no explicit provision in the law, the implementers must make a broad interpretation and not make a restrictive interpretation. It is self-evident that accepting the contrary would also violate my right to property. Since there is no legal regulation on this matter, persons who will be paid permanent assignment travel expenses should be interpreted broadly. Therefore, since there is no explicit legal regulation stating that travel allowances shall not be paid to persons appointed in accordance with Law No. 2914, while being subject to another Personnel Law, by fulfilling the appointment conditions specified in the relevant article of Law No. 2547, the interpretation on this matter should also be broad, and it should be interpreted that these persons shall receive a permanent duty travel allowance.

Based on these explanations, it is also impossible to claim that transfer appointments to academic positions are not possible. The fact that a special appointment procedure is envisaged for academic staff is the procedure for appointments to that position and does not give the appointment in question the nature of an initial appointment. The aforementioned regulations do not explicitly state that appointments to these positions cannot be made with consent. Indeed, with a transfer appointment made with consent, there is no gap in the Social Security Institution (SGK) records, and there is no interruption in SGK days. Continuity is ensured with the person's transition from their previous institution to the new one.

There is no clear legal basis for decisions of the Court of Accounts of Türkiye treating the payment of permanent duty travel allowances in transfers between universities made by mutual consent as public loss. These decisions were not grounded in any legislative amendment. There is therefore no compelling reason to depart from the existing practice. Neither Law No. 6245, Law No. 2547, nor Law No. 2914 contains a provision excluding permanent duty travel allowances for transfers to academic posts at universities. Accordingly, there is no legal justification for withholding such payments. Indeed, the Court of Accounts subsequently departed from this line of precedent in later decisions.

In conclusion, if the legislature intends to exclude travel allowances for persons appointed by transfer with mutual consent, this must be clearly and expressly provided by law, or the appointment decrees must explicitly characterize such appointments as initial appointments. In the absence of such a provision, these individuals should be paid permanent duty travel allowances.

Giriş

Harcırah kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre Arapça “harç” ile Farsça “rah” kelimelerinin birleşiminden oluşmakta olup “yolluk” anlamına gelmektedir¹. Aynı sözlükte “yolluk” kavramı ise yol masrafı karşılığında ödenen para olarak tanımlanmıştır.

6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde *“harcırah; bu Kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını”* ifade etmektedir. Öğretide de harcırah kavramı; *“devamlı veya geçici bir görevle bir yere gönderilen görevlilere, bu yere gidebilmelerine, orada yiyip içme ve konaklama gibi yapacakları diğer giderlere karşılık verilen para; yolluk”* olarak tanımlanmaktadır².

Yolluk (harcırah) ödemesi esasen, kamu hizmetinde görevlendirilen kişilerin yapacakları zorunlu masrafları karşılamak için tesis edilen parasal bir idari işlem olmakla birlikte; naklen atama ile yer değiştiren kamu personelinin, kamu hizmetinin yürütülmesi kaynaklı bu külfetinin kamu adına paylaştırılmasıdır. Öğretide³ ve yargı içtihatlarında⁴ yolluk hakkının, kamu külfetleri karşısında

¹ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27 Ocak 2026.

² Cafer Ergen, ‘Harcırah Kanununda Eskiye Dönüldü’ (2006) 67 TBBD 339, 340; Bir görevin ifası amacıyla sürekli veya geçici olarak görev yerinden ayrılan memurlara Harcırah Kanunu ve Bütçe Kanunu uyarınca ödenen para yolluk olarak tanımlanmaktadır. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2025) 738.

³ Ahmet Talha Tetik, *Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi* (Adalet 2020) 87-88; Seçkin Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (Adalet 2014) 208; Ayşe Aslı Alçın, *İdare Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi* (On İki Levha 2021) 207.

⁴ “İdarenin takdir yetkisi içerisinde re’sen kullanabileceği bir yetki durumunda olan atama işlemi, aynı zamanda kamu görevlisinin mevzuatın öngördüğü koşulların varlığı halinde talep edebileceği bir hak olarak da ifade edilebilir. Atama işlemi sonucunda görev yeri değişen bir kamu görevlisinin maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalacak olması nedeniyle, pozitif düzenlemelerde kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu adına paylaşılması amacını taşıyan düzenlemelere yer verilmiştir. Türk hukuk sisteminde “harcırah” olarak geçen kavram, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu adına paylaşımıdır.” Danıştay 2 D, 7942/4297, 23.12.2005; “Temel ve asli fonksiyonları kamu hizmetini yürütmek olan kamu görevlileri, kamu hizmetinin iyi işlemesi için ya kendi isteklerine dayalı olarak, ya da re’sen kanunlarda yer alan kurallar çerçevesinde, yetkili idari makamlarca bulundukları yerden başka bir yere atanabilmekte, bu atamaya bağlı olarak da yeni görev yerlerinde göreve başlayabilmek için bazı giderler yapmak zorunda kalmaktadırlar. Yolluk ödemesi, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda bu hizmet için görevlendirilen kişilerin katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan parasal ödemeyi içeren bir idari işlem olup, atama işlemi sonucunda görev yeri değişen kamu görevlisinin karşı karşıya kaldığı külfetin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, Kanun koyucu tarafından bu külfetin kamuca karşılanması amacıyla yasal düzenlemeler yapılmıştır. Öte yandan, eğitim ve öğretim hizmet-

eşitlik ilkesinin pozitif hukuka yansımış bir örneği olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte öğretide yolluğun kamu hizmetini yerine getirmek üzere görevlendirilen memurun gerçek giderlerini karşılamaktan uzak olduğu, görev yolluğunun yetersizliği nedeniyle memurun cebinden harcama yapmak zorunda kaldığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır⁵.

6245 sayılı Kanun'da yer alan tanım ve düzenlemelerden anlaşıldığı üzere yolluğun (harcırahın) iki türü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi geçici olarak yapılan görevlendirmelerde ödenen yol masrafı ve gündeliği kapsayan yolluk (harcırah) iken, ikincisi naklen atanmalar nedeniyle ödenen ve sürekli görev yolluğu olarak da adlandırılan ve yol masrafı ve gündeliğe ilave olarak aile masrafı ve yer değiştirme masrafını da kapsayan yolluk (harcırah) ödemesidir.

Bu çalışmada, akademik personelin görev yaptıkları yerlerden başka bir yerdeki akademik kadrolara muvafakat almak suretiyle atanmaları hâlinde sürekli görev yolluğuna hak kazanıp kazanmadıkları hususu incelenmiştir. Bu kapsamda geçici görevlendirmelere ilişkin hususlar çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Buradan hareketle, ilan edilen bir akademik kadroya atanma hakkını elde eden personelin görev yaptığı önceki kamu kurumundan muvafakat almak suretiyle ayrılması ve atanmayı kazandığı şehirdeki kadroya atanması hâlinde kendisine harcırah (sürekli görev yolluğu) ödenip ödenemeyeceği meselesi yargı kararları ışığında ele alınıp incelenmiştir.

Akademik personel atamaları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Akademik kadrolara yapılan atamaların ilan ve değerlendirme süreçlerine bağlı olması, söz konusu işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından bazı tereddütlere yol açmıştır. Bu nedenle, başka kamu kurumlarından üniversitelere akademik personel olarak geçişler ile, akademik personelin bir üniversiteden başka bir üniversiteye geçişinin naklen atama olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu uygu-

leri sunulurken bu hizmeti sunan sözleşmeli öğretmenlerin tabi olduğu sözleşmeli personel hakkında uygulanacak hükümleri içeren 29.3.2009 günlü, 27184 sayılı Resmi Gazete'te yayımlanan, Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esasların 5. maddesi ile söz konusu Esaslara Ek 3. madde ile eklenen bu düzenleme ile sözleşmeli personelin sayılan hallerde belirtilen özür gruplarına dayanan yer değiştirme taleplerinin kabul edilmesine ve böylece sözleşmeli öğretmenlerin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi kadrolu memurlara tanınan haklardan yararlandırılmalarına olanak tanındığı ve görev yeri değişikliği nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan külfetin kamuca karşılanması amacıyla sözleşmeli personele harcırah ödenmesi gerektiği de açıktır.” Danıştay 11 D, 1324/6163, 22.11.2017.

⁵ Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri*, Cilt 1 (10. Baskı, Adalet 2025) 343.

lamada tartışmalı hâle gelmiştir. Bir kamu kurumunda görev yapmaktayken akademik personel olarak atanan kamu görevlisinin atanması ya da akademik personelin görev yaptıkları üniversiteden başka bir üniversitenin akademik kadrosuna atanması, uygulamada çoğu zaman önceki kurumdaki muvafakat alınması suretiyle gerçekleşmektedir. Bu durum, söz konusu atamanın hukuki niteliğinin ne olduğu ve özellikle sürekli görev yolluğu ödenip ödenmeyeceği bakımından tartışmalara yol açmaktadır. Tartışma temelde bu tür atamaların “naklen atama” sayılıp sayılmayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Uygulamada, üniversitelerdeki akademik personel kadrolarına yapılan atamaların ilk atama olarak değerlendirildiği ve/veya farklı personel kanunlarına tabi personelin diğer bir personel kanununa tabi kuruma (muvafakatle) naklen atanamayacağı gerekçesiyle, bu şekilde atanan akademik personele yolluk ödenmemektedir. Bu noktada ilk atama, naklen atama ve muvafakatle atama kavramları önem taşımaktadır.

I. Konuyla İlgili Temel Kavramlar (İlk Atama, Naklen Atama, Muvafakatle Atama Kavramları)

Atama en genel anlamıyla bir kişinin göreve alınmasını sağlayan idari işlem olarak ifade edilebilir⁶. Atama işlemi idare tarafından gerçekleştirilen ve ilgili kamu görevlisi statüsüne sokan ya da mevcut kamu görevlisi statüsünde değişiklik yaratan tek taraflı koşul bir işlemdir⁷. Bu kapsamda idare, kamu görevine girmeyi talep eden kişinin hukuki durumunu değiştirerek onu kamu personeli statüsüne sokmakta; bu statüden kaynaklanan yükümlülüklerin bir kısmını üstlenirken aynı zamanda ilgili kişiyi de kamu görevlisi statüsünün gerektirdiği bazı yükümlülükler altına sokmaktadır⁸. Atama işlemi ayrıca, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerini gerektirdiği şekilde yerine getirebilmesi amacıyla kamu görevlileri üzerinde tesis etmeye yetkili olduğu bir idari işlem olarak da tanımlanmaktadır⁹. Kamu görevlilerinin atamaları “ilk atanma” ve “naklen atanma” olarak temelde ikiye ayrılmaktadır¹⁰.

⁶ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1* (14. Baskı, Turhan 2021) 829.

⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 2) 404.

⁸ Nusret İlker Çolak, ‘Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri’ (2005) IX (1-2) AÜEHFD 127, 134.

⁹ Cemil Kaya, ‘Devletin Aile Birliğini Koruması Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu Madde 72’ (1998) 6 (1-2 Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a ARMAGAN) SÜHFD 635, 664; Fatih Akarsu, *Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında Özel Durumlar* (Adalet 2024) 66 vd.

¹⁰ Kutgün Eliküçük, ‘Devlet Memurlarının Naklen Atanma Usulünün Yargı Kararları Işığında İncelenmesi’ (2022) 154 DD 291, 296.

İlk atama, bir kişinin ilk defa kamu görevlisi olmasına imkân sağlayan ve kamu görevliliğine aday memur olarak başlaması şeklinde gerçekleşen bir atama işlemidir. İlk atama işlemiyle idare, tesis ettiği bireysel şart işlem ile kamu hizmetine girmek isteyen kişinin statüsünü, kamu görevlisi statüsü olarak değiştirmektedir¹¹. İlk atama işlemi daha önce hiç kamu görevinde bulunmayan kişinin kamu görevine atanması şeklinde olabileceği gibi, kişinin kamu görevinden istifa ettikten sonra veya emekli olduktan sonra yeniden kamu hizmetine girme amacıyla başvuruda bulunması üzerine tekrar kamu görevine başlaması şeklinde de gerçekleşebilmektedir¹². Burada kişi kamu hizmetine girmeden önce herhangi bir kamu görevlisi statüsüne sahip olmadığı gibi, istifa etmiş olması hâlinde de kamu görevi ile ilişkisi sona ermiş durumdadır.

Nakil kelimesi, sözlüklerde *“taşıma, aktarma”, “bir yerden alıp başka bir yere iletme”* anlamlarına gelmektedir¹³. Personel hukuku anlamında nakil kelimesi ise; *“bir görevden başka bir göreve atanma”, “tayin”, “bir görevlinin bir yerden başka bir yere tayin edilmesi”* anlamlarında kullanılmaktadır¹⁴. Kamu görevlilerinin nakil işlemi anlamında naklen atanma işlemi de kamu görevlisinin mevcut görev yerinden başka bir görev yerine veya mevcut sınıfından diğer bir sınıfa ya da görev yaptığı kurumdaki başka bir kuruma atanması olarak tanımlanabilir. Naklen atama işlemi, belirli bir kamu görevi kapsamında görevine devam eden kişinin başka bir kuruma atanması ya da aynı kurum içinde başka bir birime veya yere atanması şeklinde gerçekleşmektedir¹⁵. Bu durumda kişinin kamu görevi hiçbir şekilde sona ermemekte, devam eden kamu görevinde kurumu veya görev yeri değişmektedir. Nakil kavramı uygulamada sadece 657 sayılı Kanun kapsamındaki memurlar için değil tüm kamu görevlileri için kullanılan üst bir kavramdır. 6245 sayılı Kanun kapsamındaki naklen atama işlemi de, 657 sayılı Kanun’da düzenlenen naklen atama işleminden daha geniş yorum-

¹¹ Çolak (n 8) 134.

¹² Akarsu (n 9) 60.

¹³ Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2026; Nakil kelimesi Arapça *nkl* kökünden gelen nakl sözcüğünden alıntıdır. Nişanyan Sözlük - Türkçe Etimolojik Sözlük, <<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/nakil>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2026.

¹⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (10. Baskı, Yetkin 2011) 1003; *“Nakil” kelimesi, diğer sözlük anlamları yanında, bir memurun bir yerden başka bir yerdeki göreve atanması anlamında da kullanılmaktadır*; Seçkin Yavuzdoğan, ‘Danıştay’ın Naklen Atamalarda Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi İlkesine Yaklaşımı’ (2014) 115 TBBD 181, 183.

¹⁵ Seçkin, Yavuzdoğan, ‘Naklen Atamalarda Eğitim Hakkının Gözetilmesi’ (2013) 3 (2) AkdHFD 109, 112.

lanmalıdır¹⁶. Zira 6245 sayılı Kanun kapsamında memur kavramı sadece 657 sayılı Kanun'da düzenlenen memurları kastetmemekte, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır. Bu kapsamda, 6245 sayılı Kanun kapsamındaki naklen atama işleminden tüm kamu görevlilerinin naklen atama işlemleri anlaşılmaktadır.

Kamu görevlilerinin naklen atanmasına ilişkin yetki, idarenin bu kişilerin görev yerlerini değiştirme hususunda sahip bulunduğu yetkiyi ifade etmektedir¹⁷. Nakil yetkisi, kamu hizmetinin etkin ve düzenli bir biçimde yürütülmesini sağlamak ve idarenin fonksiyonlarını rasyonel ile verimli şekilde yerine getirebilmesine imkân tanımak amacıyla başvurulmuş idari bir yetkidir¹⁸. Nakil işlemi, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde, kamu görevlisinin herhangi bir talebi bulunmaksızın re'sen gerçekleştirilebileceği gibi; mevzuatta öngörülen şartların mevcut olması durumunda, yine aynı takdir yetkisine dayanılarak kamu görevlisinin başvurusu üzerine de tesis edilebilmektedir. Bu çerçevede, nakil talebinde bulunma imkânı kamu görevlileri açısından bir hak niteliği taşımakla birlikte, söz konusu talebin karşılanması kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğundan, idarenin bu talebi her hâlükârda yerine getirmesi yönünde bir zorunluluk söz konusu değildir¹⁹. Her iki ihtimalde de, yargısal denetim yetkisi saklı kalmak üzere, işlemin tesis edilip edilmeyeceği hususunda karar verme yetkisi idareye aittir.

657 sayılı Kanun kapsamında kalan memurlar açısından naklen atama işlemi ise, memurun bir yerden başka bir yere, bir görevden diğer bir göreve veya bir kurumdan başka kuruma atanması şeklinde olmaktadır²⁰. Naklen atama konusunda 657 sayılı Kanunun üç maddesi ön plana çıkmaktadır. Bunlar,

¹⁶ Sayıştay 8 D, 126/285, 02.05.2023.

¹⁷ Çolak (n 8) 128.

¹⁸ Mustafa Avcı, 'Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE 2002) 38.

¹⁹ Bununla birlikte kanun ile idareye bırakılan takdir yetkisinin idarenin kendi çıkaracağı düzenleyici işlemler ile bağlanması söz konusu olabilmektedir. Örneğin, "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği"nin 20. maddesinin 2. fıkrasının c) bendine göre; "... Atama talebinde bulunan personelin bulunduğu yerde, eşinin görev yaptığı kurumun teşkilatının bulunmaması, kadro veya mevzuatı açısından aile birliği mazeretine dayalı atama imkânının olmaması halinde aile birliği sağlanır..." denilmek suretiyle idarenin yetkisi bağlanmaktadır. Bkz. Yasin Atalan, *Türk İdare Hukukunda Bağlı Yetki Kavramı* (Adalet 2025) 130.

²⁰ Eliküçük (n 10) 297; Yavuzdoğan, *Naklen Atamalarda Eğitim Hakkının Gözetilmesi* (n 15) 111.

“Yer değiştirme suretiyle atama” başlıklı 72. madde²¹, “Memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi” başlıklı 76. maddesi ile “Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri” başlığı altında 657 sayılı Kanunun 74. maddesidir.

657 sayılı Kanunun “Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri” başlıklı 74. maddesi²² uygulamada muvafakatle (naklen) atama olarak da nitelenmektedir. Söz konusu hükme göre, 657 sayılı Kanun’a tabi kurumlar arasında muvafakatle naklen atama yapılabilmekte olup, ayrıca 657 sayılı Kanun kapsamında olmayan kurumlardan da 657 sayılı Kanun kapsamındaki kurumlara naklen atanma imkânı bulunmaktadır²³.

Muvafakatle²⁴ atama işleminde ise kişi kamu hizmetinde görev yapmakta iken kamu hizmeti ve görevi sona ermemekte, görev yaptığı kurumdan farklı bir kuruma geçiş yapmaktadır. Bu durumda memurun ya da kamu görevlisinin geçiş yapmak istediği kurum kişiyi kadrosuna almak isterken, hâlihazırda görev yaptığı kurum da ayrılmasına muvafakat vermektedir. Böylece kamu görevlisinin kamu ile ilişkisi kesilmemekte, yalnızca görev yaptığı kurum değişmektedir. Uygulamaya bakıldığında kurumlar arası muvafakat suretiyle gerçekleştirilen atamaların; kamu görevlisinin yeni bir üst öğrenimi tamamlaması, kariyer meslek olarak nitelendirilen bir mesleğe ilişkin sınavda başarılı olması ya da sunulan mali imkânların daha elverişli olması gibi farklı nedenlere dayandığı görülmektedir²⁵.

Aşağıda da ifade edileceği üzere 6245 sayılı Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırıldığı için ilk atama işlemlerinde ataması yapılan kişiye sürekli görev yolluğu ödenmemektedir. 6245 sayılı Kanunun 9. maddesinin (a) bendini yürürlükten kaldıran 4969 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla iptali istemiyle yapılan başvuru ise Anayasa Mahkemesince reddedilmiştir²⁶. Mahkeme kararında, ilk defa devlet memurluğuna atanan

²¹ Kaya (n 9) 637 vd.

²² Akarsu (n 9) 81-85; Yunus Eraslan, ‘657 Sayılı Kanun Kapsamında Memurların Kurumlar Arası Naklen Atamaları’ (2022) 30 (1) SÜHFD 399-440; Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (n 3) 158-170.

²³ Akarsu (n 9) 84-85; Eraslan (n 22) 406.

²⁴ Muvafakatle atama hakkında geniş bilgi için bkz. Eraslan (n 22) 399-440.

²⁵ Eliküçük (n 10) 308.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E 2006/44 K 2008/81, 20.03.2008.

kişilerin, naklen atanmaların aksine, atanmadan önce kamu görevinde olmadıkları; görevlerine başladıklarıyla birlikte kamu görevlisi oldukları; atanma öncesi ilgililere aylık ödemesi yapılmadığı; ayrıca tedavi yardımlarından ve memurlara ile diğer kamu görevlilerine tanınan bazı haklardan faydalandırılmadıkları ifade edilmiştir. Bu kapsamda mahkeme, ilk defa kamu görevlisi olarak atanmalarla kamu görevlisiyken naklen atanmaların hukuki statülerinin aynı olmadığı tespiti yer vererek düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir²⁷. Mahkeme kararında kamu görevlilerinin naklen atanmalarında, yeni atandıkları görev mahalline intikal edinceye dek katlandıkları giderlerin, kamu hizmetinin yerine getirilmesinden kaynaklandığı ve bu giderlerin kamuca paylaşılmasının zorunlu olduğu belirtilerek sürekli görev yolluğunun bu amaca hizmet ettiğine işaret edilmektedir²⁸.

Çalışma konumuz açısından üniversite kadrolarına yapılan akademik personel atama işlemlerinin atama işlemlerinden hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespiti önem kazanmaktadır. Zira kamu görevlisi statüsünde iken, üniversitelerin akademik personel kadrolarına yapılan atamaların, ilk atama olarak değerlendirilmesi durumunda, 6245 sayılı Kanun'dan yararlanamayacak ve sürekli görev yolluğu ödemesi mümkün olmayacaktır. Bu kapsamdaki detaylı değerlendirme, çalışmanın değerlendirme ve sonuç bölümünde yapılacaktır. Ancak kapsamlı bir değerlendirme yapılabilmesi için öncesinde, konuya ilişkin mevzuat hükümlerini, idare ile idari denetim ve yargı yerlerinin konuya yaklaşımını görmek faydalı olacaktır.

²⁷ “... İlk defa devlet memurluğuna atanan kişi, görevine başlayıncaya kadar memur ya da kamu görevlisi sayılmamakta, görevine başladığı tarihten itibaren kamu görevlisi sıfatını kazanmaktadır. Bu süreye ilişkin olarak kendisine aylık ödenmemekte, tedavi yardımı hizmetleri ile memurlara ve diğer kamu görevlilerine sağlanan bir takım haklardan yararlandırılmamaktadır. Oysa naklen atanan kamu görevlileri, naklen atama işleminin yapıldığı tarihten önce kamu görevlisi olup, belirli bir statü hukuku içerisinde kendilerine yüklenilen kamu görevini yerine getirmektedirler. Bu durumda, ilk defa devlet memurluğuna atananlar ile halen devlet memuru olup da naklen ataması yapılanlar aynı hukuksal konumda bulunmamaktadırlar. ... ilk defa devlet memurluğuna atananlar yönünden Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı” Anayasa Mahkemesi, E 2006/44 K 2008/81, 20.03.2008.

²⁸ “..., ilk defa devlet memurluğuna atanan kişiler kamu görevlisi sıfatını, görevlerine başladıkları tarihten itibaren kazandıklarından ve görevlerine başlamadıkları sürece kamu görevlisi sayılmadıklarından, atandıkları görev yerlerine ulaşıncaya kadar üstlendikleri giderlerin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir. Böyle olunca da, atandıkları yere giderken üstlendikleri giderlerin kamuca paylaşılması zorunluluğu bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, E 2006/44 K 2008/81, 20.03.2008.

II. Konuyla İlgili Mevzuat Hükümlerinin Değerlendirilmesi

A. Harcırâh Kanun’da Yer Alan Düzenlemeler

Kamu görevlilerinin sürekli veya geçici olarak atanmaları ya da görevlendirilmeleri hâlinde uygulanacak harcırâh hükümleri 6245 sayılı Harcırâh Kanunu’nda²⁹ düzenlenmiştir. Anılan Kanun, kamu görevlilerinin geçici ve sürekli görev yolluklarına ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır. Nitekim söz konusu Kanun, “*kamu hukuku alanında, çalışanla çalıştıranlar arasındaki istihdam ilişkilerini ve buna dayanan mali hakları düzenleyen bir Kanun değil, 1’inci maddesinde belirtildiği üzere, genel, katma ve özel bütçeli idarelerde, bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlarda, özel kanunlarla kurulmuş banka ve teşekküllerde (...) yolluk ödenmesini gerektiren hizmet yapılması hallerinde uygulanacak kuralları içeren bir gider kanunu*” olarak nitelendirilmektedir³⁰.

Kanunun 1. maddesinin³¹ (a) bendinde, “*Umumi Muvazeneye (genel bütçeye) dâhil dairelerle mülhak ve hususi (katma ve özel) bütçeli idareler (köy bütçeleri hariç) ile bunlara bağlı sabit ve mütedavil (döner) sermayeli müesseseler*”in Kanun kapsamına girdiği belirtilmiştir. Tanımda geçen özel bütçe kavramının tanımı ise 5018 sayılı Kanun’da³² yer almaktadır. Buna göre özel bütçe; “*bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir*”(m. 12). (II) sayılı cetvelde ise özel bütçeli idareler başlığının (A) bendinde “**A) Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri**”

²⁹ Harcırâh Kanunu, Kanun Numarası: 6245, Kabul Tarihi: 10.02.1954, RG 18.02.1954/8637.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E 2004/54 K 2005/24, 04.05.2005.

³¹ **6245 sayılı Kanunun “Kanunun şümulü” başlıklı 1. maddesi:** a) *Umumi Muvazeneye dâhil dairelerle mülhak ve hususi bütçeli idareler (köy bütçeleri hariç) ve bunlara bağlı sabit ve mütedavil sermayeli müesseseler;*

b) *(Değişik: 25/6/1958-7145/1 md.) Hususi kanunlarla kurulmuş banka ve teşekküller; (Denizcilik Bankası Türk Anonim Ortaklığı, Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı ve Türk Havayolları Anonim Ortaklığı hariç);*

c) *Yukarıdaki (a) ve (b) fıkralarında yazılı daire, idare, banka, teşekkül ve müesseselerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları teşekkül ve müesseseler;*

Tarafından ödenecek harcırâh bu kanun hükümlerine tabidir.

³² Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu: Kanun Numarası: 5018, Kabul Tarihi: 10.12.2003, RG 24.12.2003/25326.

sayılmıştır. Dolayısıyla çalışmanın konusu kapsamında yer alan üniversiteler de özel bütçeli idareler arasında yer almaktadır³³.

6245 sayılı Kanunun 4. maddesinde harcırah verilecek kimseler düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında; kanunda öngörülen hâllerde, kapsam dahilindeki kurumlarda görev yapan memur ve hizmetlilerin harcırah ödemesinden yararlanabileceği hüküm altına alınmaktadır. Bununla birlikte madde düzenlenmesinde harcırah ödemesinden yararlanacak diğer kişi ve durumlar da düzenlenmektedir³⁴. Kanunda harcırah verilecekler arasında düzenlenen memur kavramı; 657 sayılı Kanun'da tanımlanan "memur" kavramından farklıdır. Zira 6245 sayılı Kanun anlamında memurdan anlaşılması gereken husus Kanunun 3. maddesinin (c) bendinde "*Personel kanunları hükümlerine göre aylık alan kimseler*" olarak tanımlanmakta ve 657 sayılı Kanuna nazaran daha geniş bir uygulama alanı bulmaktadır³⁵. Dolayısıyla çalışma konusu açısından "memur" kav-

³³ 100 Soruda Harcırah Rehberi, Ticaret Bakanlığı İç Denetim Birim Başkanlığı, Nisan 2020, 3 <<https://denetim.ticaret.gov.tr/haberler/100-soruda-harcirah-rehberi-yayinlandi>> Erişim Tarihi 29 Aralık 2025. Ayrıca Eraslan'a göre, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı, Üniversiteler, Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü daha önce katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleridir. Bu idarelerde görev yapan memurlar da, 5436 sayılı Kanunun Geçici 3. maddesi atfı gereği, ilgili mevzuatında gerekli düzenleme yapıncaya kadar 657 sayılı Kanunun 74. maddesi hükmünden yararlanabilecektir. Bkz. Eraslan (n 22) 405.

³⁴ **6245 sayılı Kanunun "Harcırah verilecek kimseler" başlıklı 4. maddesi: (Değişik: 11/12/1981-2562/2 md.) Bu Kanunda belirtilen hallerde:**

1. Bu Kanun kapsamına giren kurumlarda çalışan memur ve hizmetliler ile aile fertlerine ve aynı kurumlarda fahri olarak çalışanlara;
2. Memur veya hizmetli olmamakla beraber kurumlarca geçici bir vazife ile görevlendirilenlere;
3. Kadrosuzluk dolayısıyla açıkta kalan memurlara ve bunların aile fertlerine;
4. Hizmetlilerden cezaen olmamak üzere vazifelerine son verilenlere ve bunların aile fertlerine;
5. Memur veya hizmetlinin vefatında aile fertlerine, çocuklara refakat ettirecek memur ve hizmetlilere;
6. Hükümlü, tutuklu veya gözetim altında bulunduranların sevkinde ya da refakatte görevlendirilen erbaş ve erlere;
7. (Mülga: 31/7/2003-4969/1 md.)
8. Milli ve resmi spor temaları dolayısıyla seyahat edecek sporcu ve idarecilere;
9. Birlik halinde yabancı memleketlere gönderilecek Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına ve bunların Türkiye'de bırakacakları aile fertlerine;
10. Aile ile birlikte oturulması yasak edilen bölgelerdeki askeri şahısların aile fertlerine;
11. Bu Kanunda belirtilen özel hallerde askeri öğrenciler ile erbaş ve erlere;

Harcırah verilir.

(Mülga fıkra: 31/7/2003-4969/1 md.)

³⁵ Alçın (n 4) 206

ramıyla kastedilenler yalnızca üniversitelerde 657 sayılı Kanun’a göre çalışanlar olmayıp aynı zamanda 2547 sayılı Kanun ve 2914 sayılı Kanun’a göre çalışanları (akademik personeli) da kapsamaktadır³⁶. Nitekim Ticaret Bakanlığı iç denetim birimi tarafından yayınlanan “100 Soruda Harcırah Rehberi”nde, 2914 sayılı Kanun’a göre maaş alanların, *personel kanunları hükümlerine göre aylık alan kimseler* kapsamında olduğu ve Harcırah Kanunu uygulamasında memur olarak değerlendirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir³⁷.

Sürekli görev yolluğu 6245 sayılı Harcırah Kanunun 9.³⁸ ve 10.³⁹ maddelerinde düzenlenmektedir. İlgili düzenlemelere göre, sürekli görev yolluğu, kamu görevlilerinin, naklen ya da yer değiştirme suretiyle atanmalarında, eski görev yerinden, yeni görev yerine kadar kendilerine ile ailelerine taşınmaları ve diğer zorunlu giderleri için ödenmektedir. Kanunun güncel düzenlemesinde sürekli görev yolluğu naklen ve yer değiştirme suretiyle atanan kamu görevlileri açısından ödenmektedir⁴⁰. 6245 sayılı Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi⁴¹ 4969 sayılı

³⁶ Bülent Geçgel, *Açıklamalı ve İçtihatlı Harcırah Kanunu* (Türkiye Belediyeler Birliği 2021) 4.

³⁷ 100 Soruda Harcırah Rehberi (n 33) 7-8.

³⁸ **6245 sayılı Kanunun “Daimi vazife harcırahının mebdei” başlıklı 9. Maddesi; Daimi vazife harcırahı:**

a) (Mülga: 31/7/2003-4969/1 md.)

b) Naklen veya tahvilen başka bir mahalle gönderilenlere, bu tayinleri sırasında mezunen başka bir mahalde bulunsalar dahi, eski memuriyetleri mahallinden;

c) Muvakkat vazife ile veya vekâleten bir yerde bulundukları esnada asli vazife mahalli değişenlere eski memuriyetleri mahallinden;

İtibaren verilir.

³⁹ **6245 sayılı Kanunun “Yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafının birlikte verilmesini icabettiren haller” başlıklı 10. Maddesi: Yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı aşağıdaki hallerde verilir:**

1. (Değişik: 1/7/2006-5538/2 md.) Yurt içinde veya yurt dışında görev yapmakta iken yurt içinde veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanan ya da yabancı ülkelerdeki memuriyet merkezi değiştirilen memur ve hizmetlilere yeni görev yerlerine kadar;

...

5. Kadro dolayısıyla açıkta kalan veya vekâlet emrine alınan memurlara açık aylıklarını Türkiye dâhilinde tesviye ettirecekleri yere kadar;

6. Asilin vüruduna kadar muvakkaten gönderilmiş olmayıp da vekâlet namı altında asaleten gönderilen ve vekâlet müddeti belli olmıyan kumandan ve memurlara vazife mahallerine kadar.

⁴⁰ Kanunun 9. maddesinin, c) bendinde geçici görev ile veya vekâleten bir yerde bulundukları esnada asli vazife mahalli değişenlere de kapsama alınmakla birlikte bu husus geçici görev yolluğu kapsamında kalmaktadır.

⁴¹ **6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun 9/a maddesinin yürürlükten kaldırılan hükmü: “İlk defa bir memuriyete tayin olunanlara tayinleri sırasında mütemekkin oldukları mahalden”** ifadesini içermektedir.

Kanunun 1. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır⁴². Anılan değişiklikten önce söz konusu bent hükmü “İlk defa bir memuriyete tayin olunanlara, tayinleri sırasında mütemekkin oldukları mahalden” şeklinde düzenlenmişti. Bu hükmün yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte artık ilk defa memuriyete atananlara veya istifa edip ya da emekliye ayrıldıktan sonra yeniden devlet memurluğuna atananlara sürekli görev yolluğu verilmemektedir⁴³.

Harcirah Kanunu’nun 10. maddesinde, harcirah ödemesinden faydalanma kapsamını daraltacak birtakım değişiklikler yapılmıştır⁴⁴. İlk olarak 2003 yılında yapılan değişiklikle⁴⁵ kendi istekleri ile naklen görevlendirilen personelin harcirah hakkından faydalanması, cümle başına eklenen “Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere” düzenlemesiyle engellenmek istenmiştir⁴⁶. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesince, “*Kendi yazılı talepleri üzerine nakledilen kamu görevlileri ile re’sen nakledilen kamu görevlilerinin, nakil işleminin hukuksal niteliği yönünden ve yer değiştirmeye bağlı olarak ödenen harcirah bakımından aynı hukuksal konumda oldukları kuşkusuzdur. Aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesi Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.*” gerekçesiyle iptal edilmiştir⁴⁷. İptal

⁴² 6245 sayılı Harcirah Kanunu’nun 9/a maddesinin (İlk defa bir memuriyete tayin olunanlara tayinleri sırasında mütemekkin oldukları mahalden) yürürlükten kaldırma madde gerekçesinde diğer ülkeler ve özel sektör uygulamalarında da bulunmaması ve gelişen sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle ilk defa veya yeniden yapılan atamalar için harcirah verilmesine ihtiyaç kalmadığı ifade edilmiştir. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y1/T1/WebOnergeMetni/8045e5d8-f057-4e51-8fe1-7b6f13849413.pdf> Erişim Tarihi 30 Aralık 2025.

⁴³ Ergen (n 2) 351; Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (n 3) 217.

⁴⁴ Ergen (n 2) 344-348; Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (n 3) 210-216.

⁴⁵ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6949, Kabul Tarihi: 31.07.2003, RG 12.08.2003/25197.

⁴⁶ 6245 sayılı Harcirah Kanunu’nun, 4969 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilmiş 10. maddesinin (1) numaralı bendi şöyledir: “Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere: Yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar;”.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2004/54 K 2025/24, 04.05.2005. Aynı Kararda AYM Nakil işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, isteklerine dayalı olarak nakledilmiş bile olsalar, söz konusu külfetin kamuca karşılanması icap ettiğinden, iptali istenilen kural, Anayasa’nın 2. maddesiyle bağdaşmadığı da belirtilmiştir.

kararı sonrası 2005 yılında yapılan değişiklik⁴⁸, kendi istekleri ile nakledilen personele ilişkin harcırah ödenmemesine ilişkin düzenleme, “zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu” halleri hariç olmak üzere tekrar getirilmiştir⁴⁹. Bu değişiklik de yine somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ancak, madde düzenlemesinde 2006 yılında yapılan değişiklik⁵⁰, iptal istemine konu olan düzenlemeden geçmişe etkili olarak vazgeçilmiştir⁵¹.

B. Yükseköğretim Mevzuatında Yer Alan Düzenlemeler

Akademik personele ilişkin düzenlemeler 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu⁵² ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nda⁵³ hüküm altına alınmaktadır.

⁴⁸ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5335, Kabul Tarihi: 21.04.2005, RG 27.04.2005/25798

⁴⁹ 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4. maddesinin (a) bendi ile değiştirilen 10. maddesinin 1. bendi şöyledir: “Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan ve yahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar;”.

⁵⁰ Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Ekleneşi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5538, Kabul Tarihi: 01.07.2006, RG 12.07.2006/26226

⁵¹ “12.7.2006 günlü 26226 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1.7.2006 günlü, 5538 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Ekleneşi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2. maddesinin (a) bendi ile 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun 10. maddesinin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 1. bendinin değiştirilmesi ve aynı Yasa’nın 3. maddesiyle 6245 sayılı Harcırah Kanunu’na eklenen “Geçici Madde 5” ile itiraz yoluna başvuran Mahkemelerdeki dava konusu işlemlerin tesis tarihlerini de kapsayacak şekilde kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenlere de harcırah ödenmesinin öngörülmesi nedeniyle, 10.2.1954 günlü, 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun 10. maddesinin, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4. maddesi ile değişik (1) numaralı bendinde yer alan “Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; “biçimindeki ibarenin iptali isteminin konusunun kalmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, iptal istemleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.” Anayasa Mahkemesi, E 2005/142 K 2006/80, 25.07.2006.

⁵² Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 04.11.1981, RG 06.11.1981/17506. Anılan Kanun hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı, Selami Demirkol ve Mustafa Avcı, *Açıklamalı - İçtihatlı 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu Şerhi* (Adalet 2024).

Akademik personel atanmalarına ilişkin genel düzenlemeler 2547 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Akademik personel, bu Kanun kapsamında en genel sınıf olan öğretim elemanlarına karşılık gelmektedir. Öğretim elemanları ise *"öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri"*nden oluşmaktadır⁵⁴. Öğretim üyeleri, *"profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleri"*nden oluşmaktadır⁵⁵. Öğretim görevlisi ise *"yükseköğretim kurumlarında okutulan dersleri vermek, uygulama yapmak veya yaptırmakla yükümlü olan öğretim elemanı"* olarak tanımlanmaktadır⁵⁶.

2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, *"Yükseköğretim Kanununda yer alan öğretim elemanları tanımına giren personeli sınıflandırmak, aylıklarını ve ek göstergelerini düzenlemek, derece yükseltilmesi ve kademe ilerlemesinin şekil ve şartlar ile, sosyal haklardan yararlanma, ek ders ücreti, üniversite, idari görev ve geliştirme ödeneklerinin miktarını tespit etmek, emekli ve yabancı öğretim elemanlarının sözleşmeli olarak çalıştırılma usul ve esaslarını belirlemek"* amacıyla çıkarılmış bir kanundur⁵⁷. Anılan Kanuna göre öğretim elemanlarının sınıflandırılması yapılmış; öğretim üyeleri sınıfının *"profesörler, doçentler ve doktor öğretim üyelerinden"* oluştuğu, öğretim görevlileri sınıfının *"öğretim görevlilerinden"* oluştuğu ve araştırma görevlileri sınıfının da *"araştırma görevlilerinden"* oluştuğu belirtilmiştir⁵⁸.

Akademik personelin, atanma usul ve esasları ise 2547 sayılı Kanun'da her bir sınıf için ayrı ayrı düzenlenmektedir. Akademik kadrolara atanmaya ilişkin düzenlemeler, öğretim üyeleri sınıfı için Kanunun 26.⁵⁹, 24.⁶⁰ ve 23.⁶¹ maddele-

⁵³ Yükseköğretim Personel Kanunu, Kanun Numarası: 2914, Kabul Tarihi: 11.10.1983, RG 13.10.1983/18190.

⁵⁴ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 3/1-l.

⁵⁵ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 3/1-m.

⁵⁶ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 3/1-n.

⁵⁷ 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu m. 1.

⁵⁸ 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu m. 3.

⁵⁹ **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun "Profesörlüğe yükselme ve atama" başlıklı 26. Maddesi: ... b) Profesörlüğe yükseltilerek atama yapılabilmesi için:**

1) Üniversitelerde veya yüksek teknoloji enstitülerinde atama yapılacak olan profesörlük kadroları, rektörlük tarafından ilan edilir.

2) Profesörlük kadrosuna başvuran adayların durumlarını ve bilimsel niteliklerini tespit etmek için üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü yönetim kurulunca en az üçü başka üniversitelerden veya yüksek teknoloji enstitülerinden olmak üzere ilan edilen kadronun bilim alanıyla ilgili beş profesör seçilir. Bu profesörler her aday için ayrı ayrı olmak üzere birer rapor yazarlar ve kadroya atanacak birden fazla aday varsa tercihlerini bildirirler. Üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü yönetim kurulunun bu raporları göz önünde tutarak alacağı karar üzerine, rektör atamayı yapar...

rinde; öğretim görevlileri sınıfı için Kanunun 31. maddesinde⁶² ve son olarak araştırma görevlileri sınıfı için Kanunun 33. maddesinde⁶³ yer almaktadır. Anılan hükümlere bakıldığında öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinin atanma yöntemlerinin ne şekilde olacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu atama işlemlerinin ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin hükümler, öğretim üyeleri bakımından “*Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliği*”nde⁶⁴; öğretim üyeleri dışındaki öğretim elemanları bakımından ise “*Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”te⁶⁵ düzenlenmiştir.

⁶⁰ **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun “Doçentlik ve atama” başlıklı 24. Maddesi:** ... e) Doçentlik unvanına sahip olanlar yükseköğretim kurumları tarafından ilan edilen doçent kadrolarına başvurur. Doçent kadrosuna başvuran adayların durumlarını incelemek üzere rektör tarafından, varsa biri ilgili birim yöneticisi, en az biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör tespit edilir. Bu profesörler her aday için ayrı ayrı olmak üzere birer rapor yazarlar ve kadroya atanacak birden fazla aday varsa tercihlerini bildirirler. Üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü yönetim kurulunun bu raporları göz önünde tutarak alacağı karar üzerine, rektör atamayı yapar.

⁶¹ **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun “Doktor Öğretim Üyesi” başlıklı 23. Maddesi:** a) Yükseköğretim kurumlarında açık bulunan doktor öğretim üyesi kadroları rektörlükçe ilan edilir. İlan edilen bu kadrolara fakültelerde dekan; diğer birimlerde müdürler, biri o birimin yöneticisi biri de o yükseköğretim kurumunun dışından olmak üzere üç profesör veya doçent tespit ederek bunlardan adayların her biri hakkında yazılı mütalaa isterler. Dekan veya ilgili müdür yönetimin görüşünü aldıktan sonra önerilerini rektöre sunar. Atama rektör tarafından en çok dört yıl süre ile yapılır. Her atama süresinin sonunda görev kendiliğinden sona erer. Görev süresi sona erenler yeniden atanabilirler. ...

⁶² **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun “Öğretim Görevlileri” başlıklı 31. Maddesi:** ... Öğretim görevlileri, ilgili yönetim kurullarının görüşleri alınarak fakültelerde dekanların, rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile öğretim üyesi, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders saati ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler. Öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilirler; bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür. Bu takdirde ilk atama usulü uygulanır. ...

⁶³ **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun “Araştırma Görevlileri” başlıklı 33. Maddesi:** ... Bunlar ilgili anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi, Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürünün olumlu görüşü üzerine rektörün onayı ile araştırma görevlisi kadrolarına en çok üç yıl süre ile atanırlar; atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunlar aynı usulle yeniden atanabilirler....

⁶⁴ RG 12.06.2018/30449.

⁶⁵ RG 09.11.2018/30590.

Söz konusu kanun ve yönetmelik düzenlemelerine bakıldığında konumuz açısından akademik personelin atanmasına ilişkin farklılaşan durum, ilan edilen akademik kadrolara yapılacak atamalarda, her bir sınıf için ayrı ve özel akademik yeterliklerin aranması ve bu yeterliklerin değerlendirilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁶. Söz konusu farklılıklar, ilgili kadrolara atanacak olan kişinin tespiti ve yeterliğinin tespiti açısından olup atama işlemi açısından teknik anlamda bir farklılık bulunmamaktadır. Akademik personel atama işlemi, bir kişiyi akademik personel statüsüne sokarak onun hukuki statüsünü değiştiren bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Akademik personel için özel bir atama usulünün öngörülmüş olması, yalnızca ilgili kadrolara yapılacak atamalara ilişkin usulü ifade etmekte olup söz konusu atamaya ilk atama niteliği kazandırılmaktadır. Nitekim 657 sayılı Kanunun kurumlar arası nâkili düzenleyen 74. maddesi kapsamındaki naklen atama işlemlerine tabi olan kurumların büyük kısmı da, yarışma sınavları ile personel almakta⁶⁷ ve kişilerin yarışma sınavlarından başarılı olmasının ardından 74. maddedeki muvafakat kurumu işletilerek naklen atama işlemleri gerçekleştirilmektedir.

Gerek 2914 sayılı Kanun, gerekse 2547 sayılı Kanun'da, akademik personel atamalarında, atanan kişinin hâlihazırda başka bir kurumda kamu görevlisi olması halinde, atama işlemini ayırsılaştıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı zamanda her iki kanunda da bu şekildeki atamalarda sürekli görev yolluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁸. 2914 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacak kanun hükümleri de "2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri" olarak belirtilmiştir⁶⁹. Bu kapsamda 657 sayılı Kanun'da memurlar için geçerli olan düzenlemelerin, akademik personel içinde uygulanma ihtimalinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁶⁶ Akademik personel atamalarında, öğretim üyeleri özelinde öğretim üyelerinin atanmasında özel şart ve usuller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Ayhan Tekinsoy, 'Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları' (2012) 61 (1) AÜHFD 351-382.

⁶⁷ Yapılan Sınavlara Bağlı Atanma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erarslan (n 22) 423-425.

⁶⁸ Bununla birlikte 2547 sayılı Kanunun 39., 40. ve 41. maddelerinde geçici görev yolluğuna ilişkin düzenlemelere doğrudan ya da 6245 sayılı Kanuna atıf yapılmak suretiyle yer verilmektedir.

⁶⁹ 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu m. 20.

C. Devlet Memurları Kanunu'nun İlgili Hükümleri

Devlet memurları ile ilgili temel mevzuat 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur⁷⁰. Anılan Kanunda memurlara geçici ve sürekli görevlendirmeleri nedeniyle harcırah ödenmesine ilişkin doğrudan bir hüküm yer almamaktadır. Ancak *"Yolluk giderleri ve gündelikler"* başlıklı 177. maddesinde⁷¹, geçici ve sürekli görev yolluklarının özel kanun hükümlerine göre ödeneceği belirtilerek⁷² Harcırah Kanunu'na atıf yapılmaktadır. Dolayısıyla Devlet memurlarının geçici ve sürekli görevlendirilmelerinde 6245 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yolluk ödemesi yapılacaktır.

Çalışma konumuzla ilgili olarak Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan diğer ilgili hükümler ise *"Atamalarda görev yerine hareket ve işe başlama süresi"* başlıklı 62. madde⁷³ ile *"Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri"* başlıklı 74. maddedir⁷⁴. Anılan kanun hükümleri, bir memurun göreve başlama süresini ve bir kurumdan başka bir kuruma önceki kurumunun muvafakati ile geçiş yapıl-

⁷⁰ Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12056.

⁷¹ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Yolluk giderleri ve gündelikleri" başlıklı 177. Maddesi:** *Bu Kanun hükümlerine tabi Devlet memurlarından bir görevin ifası için sürekli veya geçici olarak görev yerinden ayrılanların yol giderleri ve gündelikleri, yolluklar hakkındaki özel kanun hükümlerine göre ödenir.*

Sözleşmeli olarak çalıştırılanların yol masrafları ile gündelikleri sözleşmelerindeki şartlara göre ödenir.

⁷² Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (12. Baskı, Adalet 2024) 547.

⁷³ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Atamalarda görev yerine hareket ve işe başlama süresi" başlıklı 62. Maddesi:** *İlk defa veya yeniden veyahut yer değiştirme suretiyle;*

a) Aynı yerdeki görevlere atananlar atama emirlerinin kendilerine tebliğ gününü,

b) Başka yerdeki görevlere atananlar, atama emirlerinin kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde o yere hareket ederek belli yol süresini,

izleyen iş günü içinde işe başlamak zorundadırlar.

... Yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda memurlara atama emirleri tebliğ edilince yollukları, ödeme emri aranmaksızın, saymanlıklarca derhal ödenir. Memurun izinli ve raporlu olması tebligata engel olmamakla beraber (a) ve (b) bentlerindeki süreler izin ve rapor müddetinin bitmesinde başlar.

Bu maddede geçen "yer" deyiminin kapsamı İçişleri ve Maliye Bakanlıklarınca birlikte belirtilir.

⁷⁴ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri" başlıklı 74. Maddesi:** *Memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakati ile kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle, bulundukları sınıftan veya öğrenim durumları itibarıyla girebilecekleri sınıftan, bir kadroya nakilleri mümkündür...*

masına ilişkin usulü düzenlemektedir. Bununla birlikte, Kanunda, “*yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda memurlara atama emirleri tebliğ edilince yol-lukları(nın) ödeme emri aranmaksızın saymanlıklarca derhâl öden*”eceği hükmü yer almaktadır⁷⁵. Anılan hükümde, görev yerinin değişikliğinin muvafakat suretiyle gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından herhangi bir ayırım öngörülmemiştir.

D. Alt Düzenleyici İşlemlerde Meselenin Ele Alınışı (İdarenin Konuya Bakış Açısını Gösteren Görüş Yazıları)

Kanun hükümleri dışında konuya ilişkin alt düzenlemeler kapsamında “*Hazine ve Maliye Bakanlığı Kamu Mali Yönetim ve Dönüşüm Genel Müdürlüğü’nün 29/04/2021 tarihli ve 274517 sayılı Yurtiçi Sürekli Görev Yolluğu*” konulu yazısı ile “*Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın 09/02/2023 tarihli ve 1915271 sayılı Yurtiçi Görev Yolluğu*” konulu yazısı bulunmaktadır. Ayrıca mülga “*Devlet Personel Dairesi Başkanlığı’nın 28.03.2019 tarihli ve 2278 sayılı yazısı*” da konuya ilişkin düzenlemeler arasında yer almaktadır.

1. Devlet Personel Dairesi Yazısı

Devlet Personel Dairesi, bir üniversiteden gelen talep üzerine; üniversite-lerde görevli memurlarla akademik personelin, aynı üniversitede veya başka bir üniversitede boş olan akademik personel kadrolarına 657 sayılı Kanunun 74 ve 76. maddeleri kapsamında naklen atanıp atanamayacağı hususunu incelemiştir.

Söz konusu yazıda, 657 sayılı Kanunun 74. maddesi, “*memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında*” memur kadroları bakımından naklen atanmasını düzenlemekte olduğu, farklı personel kanunlarına tabi kadrolara geçişe ilişkin bir hüküm içermediği; aynı Kanunun 76. maddesinin de memurların kurum içindeki görev ve yer değişikliklerine ilişkin olduğu, ancak bu hüküm de memurların başka bir personel rejimine tabi kadrolara naklen atanmasına imkân tanımadığı belirtilmiştir.

Yazıda ayrıca, akademik personelin statüsünün, “*2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu hükümleri*” çerçevesinde belirlendiği; bu kadrolara atanmanın özel bir usule bağlandığı ve bu usule göre de akademik personel kadrolarına atamaların, ilgili üniversite tarafından yapılan kadro ilanına başvuru, gerekli şartların sağlanması ve mevzuatta öngö-

⁷⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 62/3.

rülen sınav ile değerlendirme süreçlerinin tamamlanması suretiyle gerçekleştirildiği ifade edilmiştir.

Bu değerlendirmelerden sonra, akademik personel kadrolarına geçişin genel memur nakil hükümleri kapsamında değerlendirilmesinin ve memurların veya akademik personelin, akademik personel kadrolarına 657 sayılı Kanunun 74 veya 76. maddeleri kapsamında naklen atanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Yazıda ayrıca, memurların başka statülerde istihdamı için mevcut statünün sonlanması gerektiği ve akademik personel kadrolarına atanmalarının ancak memuriyetten çekilmeleri sonrasında ve ilgili mevzuatta öngörülen usuller izlenerek mümkün olabileceği ifade edilmiştir⁷⁶.

Anılan görüş incelendiğinde, mevzuat hükümleri hatalı yorumlandığı gibi anayasal ve yasal herhangi bir dayanağının da bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Zira söz konusu mevzuat hükümlerinde bu yönde kısıtlayıcı bir düzenleme yer almamaktadır.

2. Hazine ve Maliye Bakanlığı Yazıları

Hazine ve Maliye Bakanlığında, Üniversitelerde akademik kadrolara yapılan atamalar bakımından, başka kamu kurumlarında görev yapan personelin statüsünün ve bu atamanın hukuki sonuçlarının nasıl değerlendirileceği hususunda görüş talep edilmiştir.

“Hazine ve Maliye Bakanlığı Kamu Mali Yönetim ve Dönüşüm Genel Müdürlüğü’nün 29/04/2021 tarihli ve 274517 sayılı Yurtiçi Sürekli Görev Yolluğu” konulu ilk görüş yazısında⁷⁷, özellikle söz konusu atamaların ilk atama olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, muvafakat gerekip gerekmediği ve sürekli görev yolluğu ödenip ödenmeyeceği konuları ele alınmıştır.

İlgili yazıda, 6245 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca, yurt içinde ya da yurt dışındaki görev yeri değiştirilen memurlara ve hizmetlilere yeni görev yapacakları yerlere intikalleri sırasında sürekli görev yolluğu ödenmesi öngörüldüğü, bu ödemenin; *“yol gideri, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı”* gibi unsurları kapsamadığı ve bu ödeme ile görev yerinin değişmesinden kaynaklanan zorunlu giderlerin karşılanmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

⁷⁶ <<https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ae8f57c8ad4254b5019c6fb31b079871/akademikpersonelatanma6.pdf>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2025.

⁷⁷ <<https://strateji.erciyes.edu.tr/Dosya/ExemptContent/hazine-ve-maliye-bakanliginin-29042021-274517-yazisi.pdf>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2025.

Bakanlığın görüş yazısında; Bu kapsamda mevzuat hükümleri birlikte değerlendirilmesinden, 657 sayılı Kanun kapsamındaki kadrolar arasında naklen atanmanın mümkün olduğu, buna karşılık 2914 ve 2547 sayılı Kanun hükümlerine tabi akademik personel kadrolarına naklen atanmayı düzenleyen bir hüküm bulunmadığı ifade edilerek, başka bir kamu kurumunda görev yapan personelin üniversitelerdeki akademik personel kadrolarına atanmasının, memuriyetler arası nakil kapsamında değerlendirilemeyeceği ve harcırah mevzuatında öngörülen nakil suretiyle atanmaya bağlı mali hakların uygulanmasının da mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda Bakanlık görüş yazısında; akademik personel kadrolarına yapılan söz konusu atamaların, memur kadroları arasında gerçekleştirilen bir nakil olarak kabul edilemeyeceğinden, söz konusu personele “*sürekli görev yolluğunun ödenmesine imkân bulunmadığı mütalaa*” edilmiştir.

“*Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın 09/02/2023 tarihli ve 1915271 sayılı Yurtiçi Görev Yolluğu*” konulu mütalaa yazısında⁷⁸ da; Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Rektörlüğünün talebi üzerine, farklı kurum ve üniversitelerden gelen akademik personel ile bazı özel statülerdeki personelin yurtiçi sürekli görev harcırhına hak kazanıp kazanamayacağı hususu değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda Bakanlık yazısında çalışma konusuna ilişkin olarak; 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca, memur ve hizmetlilere sürekli görev yolluğu ödenebilmesi için personelin memuriyet mahalli dışındaki bir göreve naklen atanması veya görev yerinin değiştirilmesi gerektiği belirtilerek; 657 sayılı Kanun kapsamında görev yapan idari personelin veya bir üniversitede görevli akademik personelin başka bir üniversitede akademik personel kadrosuna atanmasının, farklı personel rejimlerine tabi statüler arasında geçiş niteliği taşıdığı ve naklen atama olarak kabul edilmediği ve bu nedenle de söz konusu durumlarda “*sürekli görev yolluğu ödenmesine imkân bulunmadığı mütalaa*” edilmiştir.

Söz konusu mütalaa yazısında ayrıca, 29.04.2021 tarihli ve 274517 sayılı önceki görüş yazısına da atıf yapılmış; bunun yanında aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan Sayıştay 8. Dairesi’nin 13.04.2021 tutanak tarihli, 92 ilam numaralı ve 211 sayılı kararı da dayanak olarak gösterilmiştir. Bunun yanı sıra

⁷⁸ <https://atauni.edu.tr/strateji-gelistirme-daيره-baskanligi/wp-content/uploads/sites/221/2020/07/Akademik-personellerin-Yurtici-Surekli-Gorev-Yolluklariyla-ilgili-ozellik-arz-eden-durumlar-Hakinda-KMYDGM-Gorus-yazisi.pdf> Erişim Tarihi 26 Ekim 2025.

mülga Devlet Personel Başkanlığı'nın 28/03/2019 tarihli ve 2278 sayılı yazısına da değinilmiştir⁷⁹.

Buna karşılık söz konusu yazıda, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca araştırma görevlilerinin⁸⁰ yüksek lisans, doktora veya sanatta yeterlik eğitimi için başka bir üniversiteye gönderilmeleri durumunda, eğitim süresinin uzunluğu ve personelin görev yerini fiilen değiştirmesi gibi hususlar dikkate alınarak sürekli görev yolluğu ödenebileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde “*Tıpta Uzmanlık Sınavı (TUS)*” veya “*Diş Hekimliğinde Uzmanlık Sınavı (DUS)*” sonucunda başka bir üniversitede uzmanlık eğitimi almak üzere görevlendirilen kişilerin de eğitim süresi boyunca yeni görev yerlerine yerleşmeleri gerektiğinden, bu kişilere de harcırah ödenmesi mümkün görülmüştür. Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu kapsamında uygulanan devlet hizmet yükümlülüğü nedeniyle yapılan atamalar da zorunlu nitelikte olduğundan, bu şekilde görevlendirilen personelin görev yerinin değişmesi halinde sürekli görev yolluğundan yararlanabileceği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte gerek Devlet Personel Başkanlığı görüşünde gerekse Hazine ve Maliye Bakanlığı görüşünde açık bir yasal dayanağın bulunmadığı, ayrıca mevzuat hükümlerinin hatalı yorumlandığı görülmektedir. Bu kapsamda, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi ile lisansüstü eğitim için görevlendirilen araştırma görevlileri ile TUS ve DUS sınavı başka bir üniversitede eğitim alacak olan sağlık çalışanları ile devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki sağlık çalışanları konusunda mevzuatta ayrık bir düzenleme bulunmamasına karşın sürekli görev yolluğu verilmesi gerektiğinin belirtilmesi söz konusu bakanlık görüşünün mevzuat hükümlerine dayanmadığının göstermektedir. Zira sayılan personele ilişkin olarak da sürekli görev yolluğuna ilişkin açık bir yasal dayanak bulunmamaktadır. Aynı şekilde söz konusu kararda atıf yapılan Sayıştay 8. Dairesi de daha sonraki kararlarında bu görüşünden vazgeçmiştir. Nitekim Sayıştay'ın anılan görüşünü değiştirdiği husus aşağıdaki ilgili bölümde açıklanacaktır.

⁷⁹ İdari Personelin Akademik Personel Olarak veya Bir Üniversitedeki Akademik Personelin Başka Bir Üniversiteye Akademik Personel Olarak Gitmesi Durumuyla ilgili olarak Bakanlık akademik kadrolara naklen atamayla ilgili mevzuat düzenlemesi bulunmadığı için Sayıştay kararları da dikkate alınarak harcırah ödenmesinin uygun olmadığına, <<https://www.memurlar.net/haber/1059028/bakanliktan-akademisyenlerin-harcirahlarina-dair-onemli-gorus.html>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2025.

⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Savaş Bayındır, ‘2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Uygulamasından Doğan Sorunlar’ (2007) 15 (2) SÜHFD 215-234.

III. Konuya İlişkin İdari Başvuru Yerleri ve Yargı Yerlerinin Yaklaşımı

A. Kamu Denetçiliği Kurumu

Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) ilk defa Anayasa'nın "*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*" başlıklı 74. maddesinin dördüncü ve devamı fıkralarında⁸¹ düzenlenmiş, daha sonra ise 6328 sayılı Kanun⁸² ile ayrıntılı olarak düzenleme altına alınmıştır⁸³. Anılan kurum, idari yargıya konu edilebilecek uyuşmazlıklarda idari yargı mercilerine başvurulmadan önce başvuru yapılabilen bir idari mekanizma niteliğindedir. Kamu Denetçisi önüne gelen başvuruyu inceledikten sonra gerekli görmesi hâlinde ilgili idarelere tavsiye kararları verebilmektedir. Bu tavsiye kararları idareler açısından bağlayıcı nitelikte değildir. Öte yandan idari yargı mercilerine başvurulmadan önce kamu denetçiliğine başvurulması, idari dava açma süresini durdurmaktadır⁸⁴.

İnceleme konumuzla ilgili olarak, akademik personel kadrosuna atanan kişiler tarafından kendilerine sürekli görev yolluğu ödenmemesi nedeniyle Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurular yapılmıştır. Anılan başvurular, KDK tarafından verilen ilk kararlarda kabul edilmekte iken, daha sonra yapılan başvuruların reddedildiği görülmektedir.

⁸¹ **Anayasanın 74. Maddesi:** ... Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir....

⁸² Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6328, Kabul Tarihi: 14.06.2012, RG 29.06.2012/28338.

⁸³ Kamu Denetçiliği Kurumu hakkında geniş bilgi için bkz. Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve Oğuzhan Güzel, *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında TC Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları* (Yetkin 2023).

⁸⁴ Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, Cilt 3 (5. Baskı, Adalet 2024) 342.

Kamu Denetçiliği Kurumunun önüne gelen ilk başvuru ise Ardahan Üniversitesi'nden Bilecik Üniversitesine atanan bir akademik personelin kendisine sürekli görev yolluğu ödenmesi istemine ilişkindir. KDK, 2022 yılında vermiş olduğu bu tavsiye kararında, ilan üzerine anılan kadroya atanan personelin Artvin ilinden Bilecik iline atanmış olması nedeniyle kendisine sürekli görev yolluğu ödenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁵.

KDK ilk olarak, sürekli görev yolluğuna hak kazanılması için gerekli şartların neler olduğunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, yurt içinde veya yurt dışında görevliyken, yine yurt içinde veya yurt dışında başka bir göreve nakledilen personelin sürekli görev yolluğu almaya hak kazanacağı ifade edilmiştir. Başvuranın da naklen atanma yoluyla görev yerine geldiği, profesörlük unvanlı kadro için ilan verildiği tarihte başvuranın ilgili üniversitenin personeli olmasının, ilgilinin naklen atama yoluyla göreve başlaması gerçeğini değiştirmedeği ve bu durumun yolluk almasına engel teşkil etmediği değerlendirilmiştir. Nitekim Harcırak Kanunu'nun ilgili maddesi incelendiğinde, düzenlemenin temel amacının yer değişikliği sırasında personelin katlanmak zorunda kaldığı giderlerin karşılanması olduğu hususu da kararda vurgulanmıştır.

KDK kararda ayrıca, sürekli görev yolluğu verilmesine ilişkin olarak idareye bir takdir yetkisi tanınmadığını, söz konusu şartların oluşması hâlinde ilgili harcırak ödemesinin yapılmasına ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıdığını ifade etmiştir. Bu kapsamda KDK, sürekli görev yolluğu ödenmesine ilişkin düzenlemenin idare açısından "bağlı yetki"⁸⁶ içerdiği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla ilanda "sürekli görev yolluğu ödemesi yapılmayacaktır" şeklinde bir ibareye yer verilmiş olması, emredici nitelikteki ilgili hüküm gereğince idare tarafından ödenmesi gereken harcırakın ilgisine ödenmemesi sonucunu doğurmayacaktır.

Ancak KDK, 2022 yılının Mart ayında verdiği bu karardan aynı yılın Temmuz ayında vazgeçmiş ve bu tarihten sonra yapılan benzer başvuruların "Üniversitelerin 657 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, 657 sayılı Kanunun 74. maddesinde, bu Kanuna tabi kurumların memur kadrolarında çalışanlarla diğer

⁸⁵ "... ilgilinin sürekli görev yolluğu ödenmesi hususunda gerekli şartları taşıdığı, söz konusu hükümlerin emredici nitelikte olduğu dolayısıyla kanunda belirtilen şartlar taşıdığı idare tarafından söz konusu harcırakın ödenmesi gerektiği, idare tarafından ilgilinin hak kazanmış olduğu harcırakın ödenmemesi işleminde mevzuat hükümlerine uygunluk görülmediği" hakkında Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2021/21537, 14.03.2022.

⁸⁶ Bağlı yetki konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yasin Atalan, *Türk İdare Hukukunda Bağlı Yetki Kavramı* (Adalet, 2025).

personel kanunlarına tabi kadrolu olarak görev yapan personelin, 657 sayılı Kanuna tabi memur kadrolarına naklen atanmalarının düzenlendiği.., akademik personel kadrolarına yapılan atamanın naklen atama olarak nitelendirilemeyeceği ve dolayısıyla 6245 sayılı Kanun uyarınca sürekli görev yolluğu ödenme imkânı olmadığı” gerekçesiyle reddine karar vermeye başlamıştır⁸⁷. KDK’ya göre, 6245 sayılı Kanuna uyarınca sürekli görev yolluğu naklen atanan görevlilere verilmektedir. Memurların başka bir kurumda kadrolarına uygun bir göreve geçişi, kurumlar arası naklen atanma usulüyle gerçekleştirilmektedir. 657 sayılı Kanunun 74. maddesinde anılan atama türü düzenlenmiştir. Üniversite kadrolarına yapılan atama ise, ilk atama niteliğinde olup, bu atamanın “nakil” olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Anılan kararlar incelendiğinde, 657 sayılı Kanun uyarınca görev yapan devlet memurlarının 2914 sayılı Kanun kapsamındaki kadrolara atanma taleplerine ilişkin olduğu gibi, 2914 sayılı Kanuna tabi olarak görev yapmakta iken başka bir üniversiteye muvafakatle geçme taleplerinin kabul edilmesine rağmen kendilerine sürekli görev yolluğu ödenmemesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da bulunduğu görülmektedir⁸⁸. Anılan kararlarda atıf yapılan “Hazine ve Maliye Bakanlığı Kamu Mali Yönetim ve Dönüşüm Genel Müdürlüğü’nün 29.04.2021 tarihli, E-58759530-125.01-274517 sayılı ve Yurtiçi Sürekli Görev Harcırahı” konulu yazısı ile mülga “Devlet Personel Başkanlığı’nın 28.03.2019 tarihli ve 2278 sayılı” görüş yazısına yukarıda “Alt Düzenlemeler” başlığı altında yer verilmiştir.

⁸⁷ “ başvuranın 657 sayılı Kanun kapsamında görev yapmakta iken yolluk başvurusuna konu atama işlemi sonrasında 2914 sayılı Kanun kapsamında Öğretim Görevlileri Sınıfında öğretim görevlisi olarak atandığı, bu kapsamda; Üniversitelerin 657 sayılı Kanun kapsamında olmayıp özel kanunlarının hükümlerine tabi olduğu; 657 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinde, bu Kanuna tabi kurumların memur kadrolarında çalışanlarla diğer personel kanunlarına tabi kadrolu olarak görev yapan personelin, 657 sayılı Kanuna tabi memur kadrolarına naklen atanmalarının düzenlendiği, 6245 sayılı Kanuna göre; yurt içinde veya yurt dışında görev yapmaktayken yurt içinde veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanan memur ve hizmetliye sürekli görev yolluğu verileceği hususları ile Hazine ve Maliye Bakanlığı Kamu Mali Yönetim ve Dönüşüm Genel Müdürlüğü’nün 29.04.2021 tarihli, E-58759530-125.01-274517 sayılı yazısı ve mülga Devlet Personel Başkanlığı’nın 28.03.2019 sayılı ve 2278 sayılı görüş yazısı dikkate alındığında, başvuranın bahse konu atamasının naklen atama olarak nitelendirilemeyeceği ve dolayısıyla 6245 sayılı Kanun uyarınca sürekli görev yolluğu ödenme imkânı olmadığı değerlendirilmiş ve sürekli görev yolluğu ödenmemesi işleminde hukuka ve hakkaniyete aykırılık tespit edilememiştir.” Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2023/7487, 08.11.2023; benzer nitelikteki kararlar için bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2023/3478, 26.07.2023; Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2022/15263, 29.11.2022; Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2022/6233, 08.07.2022.

⁸⁸ Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2022/14742, 10.04.2023.

KDK ilk kararında aslında hakkaniyete ve adalete uygun bir yorum yapmış iken, sonraki kararlarında haklı bir gerekçe ortaya koymaksızın bu karardan ayrılmıştır. Kamu Denetçiliği Kurumu’nun akademik personel kadrolarına yapılan atama işlemlerini ilk atama olarak değerlendirmesine katılma imkânımız bulunmamaktadır. Zira ortada bir ilk atama söz konusu değildir.

B. Sayıştay

Konuya ilişkin Sayıştay’ın altı kararı bulunmaktadır. Anılan kararlara bakıldığında ilgili mevzuat hükümlerinin aynı olduğu görülmektedir. Sayıştay kararlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun *“Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri”* başlıklı 74. maddesine, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun *“Öğretim görevlileri”* başlıklı 31. maddesine ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun *“Yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafinin birlikte verilmesini gerektiren hâller”* başlıklı 10. maddesine yer verilmiştir.

Sayıştay kararında, bir öğretmenin akademik personel olarak atanması nedeniyle sürekli görev yolluğu ödenmesinin kamu zararı oluşturduğu iddiası incelenmiştir. Kararda, *“Harcırah Kanunu uyarınca sürekli görev yolluğuna hak kazanabilmek için kişinin yurt içinde veya yurt dışında görev yapmakta iken yine yurt içindeki veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanması,”* naklen atamadan söz edilebilmesi için de *“her iki kurumda da yürütülen görevin 657 sayılı Kanuna tabi bir görev olması gerektiği”* ifade edilmiştir. Ayrıca bu atamanın ilgilinin statüsünde değişiklik meydana getirmesi hâlinde, işlemin naklen atanma olarak değerlendirilmesi imkânının olmadığı da belirtilmiştir⁸⁹. Anılan karara konu edilen olayda da öğretmenken üniversiteye akademik personel kadrosuna atanan davacının söz konusu geçiş işleminin naklen atama yoluyla değil, ilk atama şeklinde gerçekleştirildiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda, 657 sayılı Kanun kapsamındaki görevinden 2547 sayılı Kanun kapsamındaki kadroya geçiş yaptığı gerekçesiyle davacının sürekli görev yolluğu alamayacağına hükmedilmiştir. Aynı kararda ayrıca, muvafakat verme işleminin ancak *“her iki kurumun da aynı personel rejimine tabi olması durumunda hüküm ifade”* edebileceği belirtilmiş; somut olayda geçiş yapılan kurum tarafından verilen

⁸⁹ Örnek vermek gerekirse; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında görev yapmakta olan akademik personelin, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu kapsamında bir kadroya atanması halinde yapılan işlemin naklen atama kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir.

muvafakat yazılarının hukuki bir dayanağının bulunmadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır⁹⁰.

Sayıştay'ın söz konusu görüşü 2021 yılına ait olup, Sayıştay daha sonraki tarihli kararlarında bu görüşünden vazgeçmiştir. Sayıştay ilk olarak 2022 yılına ait kararında; *"Millî Eğitim Bakanlığı (MEB) tarafından üniversiteler veya diğer kamu kurumları adına yetiştirilmek üzere 1416 sayılı Kanun kapsamında yurt dışında eğitime gönderildiği, eğitimde kaldığı sürenin iki katı kadar (on iki yıl) MEB adına mecburi hizmet yükümlülüğü bulunduğ, Bakanlık bünyesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre göreve başladıktan sonra hizmet yapacağı ... öğretim görevlisi kadrosuna aynı Kanunun 74'üncü maddesi uyarınca naklen atamasının yapıldığı, bu nedenle adı geçen kişilerin 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca sürekli görev yolluğuna müstahak olduğu"* yönünde karar vermiştir⁹¹.

Sayıştay 2023 yılında verdiği kararında da aynı görüşünü devam ettirmiştir. Anılan kararlara bakıldığında, üniversite bünyesinde teknisyen olarak görev yapan bir kişinin başka bir üniversitede ilan edilen öğretim görevlisi kadrosuna muvafakitle atanması işlemi nedeniyle 6245 sayılı Kanunun 10. maddesi kapsamında naklen atanmış sayıldığı belirtilmiştir. Bu çerçevede söz konusu "atama" işleminin bir "görevlendirme" olarak değerlendirilemeyeceği; 657 sayılı Kanunun 74. maddesi hükmü uyarınca ataması yapılan kişinin 6245 sayılı Kanunun 10. maddesinin birinci fıkrası gereğince sürekli görev yolluğuna müstahak olduğuna karar verilmiştir⁹².

Sayıştay'ın önüne gelen diğer bir olayda, şehir hastanesinde anatomi asistanı olarak görev yapmakta iken Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan Devlet Hizmeti Yükümlülüğü Kurası sonucunda üniversiteye öğretim görevlisi olarak atanması ve Sağlık Bakanlığının muvafakati ile anılan üniversiteye öğretim görevlisi olarak atanması şeklinde gerçekleşen işlem incelenmiştir. Bu kapsamda

⁹⁰ Sayıştay 8 D, 92/211, 13.04.2021; Aynı yönde, *"Devlet Hastanesinde hemşire olarak görev yapmakta iken, üniversiteye öğretim görevlisi olarak görevlendirilen davacıya sürekli görev yolluğu ödenmesi konusuna ilişkin olarak da yapılan görevlendirme nedeniyle sürekli görev yolluğu ödenmesi için atama yapılan görevin 657 sayılı Kanun'a tabi bir görev olması gerektiği ifade edilmiş ve olayda 657 sayılı Kanuna tabi bir görevi ifa ederken, 2547 sayılı Kanuna tabi bir göreve geçiş yaptığından bahisle davacıya sürekli görev yolluğu ödenmesi sonuç kamu zararı oluşturduğu"* hakkında Sayıştay 8 D, 111/219, 10.06.2021.

⁹¹ Sayıştay 1 D, 96/10870, 26.05.2022.

⁹² Sayıştay 4 D, 300/138, 14.03.2023.

yapılan “atama” işleminin bir “görevlendirme” olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş; ilgili kişinin 6245 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca sürekli görev yolluğunu hak ettiğine karar verilmiştir⁹³.

Sayıştay, ilgili kararında 6245 sayılı Kanun’da geçen “*naklen atama*” kavramının kapsamını açıklığa kavuşturmuştur. Kararda, söz konusu kavramın yalnızca 657 sayılı Kanunun 74. maddesinde öngörülen anlam çerçevesinde değerlendirilmesinin isabetli olmayacağı ifade edilmektedir. Nitekim 6245 sayılı Kanun’da yer alan “memur” tanımı, “*personel kanunları hükümlerine göre aylık alan kimseleri ifade*” etmekte olup, bu tanımın yalnızca 657 sayılı Kanun’a tabi personel ile sınırlı olmadığı açıktır. Bu nedenle Harcırah Kanunu’nun uygulanma alanının farklı personel rejimlerine tabi kamu görevlilerini de kapsadığı kabul edilmektedir. Sayıştay kararında ayrıca, 6245 sayılı Kanunun tüm personel kanunlarına göre aylık alan kamu görevlileri hakkında uygulanabilir nitelikte olduğu vurgulanmakta ve bu Kanunun 10. maddesinde geçen “*naklen atama*” kavramının yalnızca 657 sayılı Kanun’daki anlamıyla yorumlanmasının, diğer personel kanunlarına tabi kamu görevlileri bakımından hak kaybına yol açabileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede, söz konusu kavramın dar yorumlanması yerine Kanunun amacına uygun şekilde daha geniş bir perspektifle değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴.

Sayıştay’a göre, sürekli bir göreve naklen atanan kamu görevlilerine 6245 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca sürekli görev yolluğu ödenmesinin temel gerekçesi, görev yeri değişikliği nedeniyle ortaya çıkan ve kamu görevlisinin katlanmak zorunda kaldığı maddi yükün hafifletilmesidir. Bu bağlamda, personel kanunlarına göre aylık alan kamu görevlilerine uygulanması gereken “*naklen atama*” kavramının yalnızca 657 sayılı Kanun’da öngörülen çerçeveye sınırlandırılması, kurumlar arasında geçiş yapan 657 sayılı Kanun’a tabi personele sürekli görev yolluğu ödenmesini mümkün kılarken, diğer personel kanunlarına tabi kurumlar arasında görev değişikliği yapan kamu görevlilerinin bu haktan

⁹³ “... Uyuşmazlık konusu olayda da sürekli görev yolluğu ödemesinin ilgilinin yeni görev yeri olan ... Üniversitesi tarafından yapıldığı görüldüğü, sonuç olarak tesis edilen işlem 2914 sayılı Kanunun 18’inci maddesine göre yapılmış bir geçici görevlendirme işlemi olmadığı, İdare tarafından düzenlenen belgelerde tesis edilen işlemin bir naklen atama olduğu, Sürekli görev yolluğu ödemesinde bulunulan ilgilinin yer değiştirme esnasında kamu görevlisi statüsünün kesintiye uğramadığı dikkate alındığında tesis edilen işlemin naklen atama şeklinde gerçekleştiğinin kabul gerektiğinden hal böyle iken ilgili kişiye yapılan sürekli görev yolluğu ödemesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı” Sayıştay 8 D, 126/285, 02.05.2023.

⁹⁴ Sayıştay 8 D, 126/285, 02.05.2023.

yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir yaklaşım ise, görev yeri değişikliği nedeniyle ortaya çıkan maddi külfetin yalnızca belirli bir personel grubunun hafifletilmesine yol açarken diğer personel bakımından aynı sonucun doğmaması anlamına geleceğinden hem mevzuatın amacıyla hem de hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁹⁵. Kanaatimizce de Sayıştay'ın hatalı ve hukuken kabul edilemez nitelikteki bu kararından vazgeçmiş olması yerinde olmuştur.

C. İdari Yargı Yerlerinin Konuya Yaklaşımı

1. Danıştay'ın Konuya Yaklaşımı

Esasen sürekli görev yolluğuna ilişkin uyuşmazlıklar Danıştay'a temyiz yolu ile gelecek konular arasında yer almamaktadır. Zira tek hâkimle verilen kararlara karşı, istinaf öncesi bölge idare mahkemelerine itiraz yolu açık olup Danıştay'a temyiz yoluna başvurulması mümkün değildir. Nitekim itiraz yoluna gidilebilecek işler arasında sürekli görev yolluğuna ilişkin uyuşmazlıklar da sayılmıştır. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda Danıştay'ın temyiz incelemesi yapma imkânı

⁹⁵ “... Uyuşmazlık, 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun 10’uncu maddesinde yer alan “naklen atama” kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 74’üncü maddesinde memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakati ile naklen atanabilecekleri düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre naklen atamadan söz edilebilmesi için her iki kurumda da yapılan görevin 657 sayılı Kanuna tabi bir görev olması gerekmektedir. Ancak, 6245 sayılı Kanunun 10’uncu maddesinde yer alan naklen atama kavramının sadece 657 sayılı Kanunun 74’üncü maddesinde yer verilen anlamıyla yorumlanması mümkün değildir. Zira 6245 sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde “Memur; Personel kanunları hükümlerine göre aylık alan kimseleri ifade eder.” denilmek suretiyle bu Kanunun sadece 657 sayılı Kanuna tabi personeli kapsamadığı açıklanmıştır. Buna göre, 6245 sayılı Kanun, tüm personel kanunlarına göre aylık alan kamu görevlilerine uygulanmakta olup Kanunun 10’uncu maddesinde yer alan “naklen atama” kavramının sadece 657 sayılı Kanunda yer verilen anlamıyla yorumlanması 657 sayılı Kanun’a tabi personel yönünden hak kaybı yaratmazken diğer personel kanunlarına tabi personel yönünden hak kaybına neden olabilecektir. Yurt içinde veya yurt dışında sürekli bir göreve naklen atanan kamu görevlilerine 6245 sayılı Kanunun 10’uncu maddesine istinaden sürekli görev yolluğu ödemesinde bulunulmasının öngörülmüş olmasının nedeni görev yeri değişen kamu görevlisinin katlanmak zorunda kaldığı maddi külfetin hafifletilmesidir. Dolayısıyla, personel kanunlarına göre aylık almakta olan kamu görevlilerine uygulanan 6245 sayılı Kanunda yer alan “naklen atama” kavramının sadece 657 sayılı Kanunda yer verilen anlamıyla yorumlanması 657 sayılı Kanun’a tabi kurumlar arası geçiş yapan personele sürekli görev yolluğu ödenmesi sonucunu doğuracak ve bu kişilerin katlandığı maddi külfetin hafifletilmesini sağlayacak iken diğer personel kanunlarına tabi kurumlar arası geçiş yapan personele sürekli görev yolluğu ödenmemesi ise maddi külfetin tümüne ilgili kamu görevlisinin katlanması anlamına gelecektir. Bu durum mevzuata uygun olmadığı gibi hakkaniyete de uygun değildir...” Sayıştay 8 D, 126/285, 02.05.2023.

bulunmamaktaydı. Aynı şekilde istinaf kanun yolunun kabulünden sonra da istinaf kararlarından temyize açık olan kararlar arasında sürekli görev yolluğuna ilişkin kararlara yer verilmemiştir.

Danıştay 8. Dairesi'nin konuya ilişkin olarak, birisi konuyu doğrudan ele alan, diğeri ise konunun anlaşılması bakımından dolaylı değerlendirmeler içeren iki kararı bulunmaktadır.

Muvafakat verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine karşı açılan iptal davasında, ilk derece mahkemesi tarafından muvafakat verilmemesine ilişkin işlemin iptaline ve bu işlem nedeniyle davacıya sürekli görev yolluğu ödenmesine karar verilmiştir. Danıştay ise akademik personelin başka üniversitede görev almak istemeleri durumunda, geçiş yapılmak istenen üniversitenin kadro ilanını müteakip şartları taşımaları kaydıyla başvuruda bulunmalarının ardından gerçekleştirilmesi zorunlu olan sınav ile jüri değerlendirmesinden geçerek atanmaya hak kazanmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, üniversitelerin ihtiyaç duydukları alanlarda akademik personeli, gerekli koşulları sağlamaları kaydıyla bir tür açıktan atama usulüyle göreve başlatabilecekleri; diğeri bir ifadeyle akademik personelin başka bir üniversiteye naklen ya da muvafakatten atanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁹⁶.

Diğeri bir kararında da Danıştay, 6245 sayılı Kanunun 10/1-1 maddesine yer vererek, 2914 ve 2547 sayılı Kanun'lar uyarınca görev yapan akademik personelin başka üniversitede boş olan akademik personel kadrolarına ilgili düzenlemeler kapsamında naklen atanmasının mümkün olmadığını vurgulamış ve bu nedenle davacıya sürekli görev yolluğu ödenemeyeceğini belirtmiştir⁹⁷.

Danıştay'ın 2019 yılına ait bu iki eski tarihli kararında akademik personelin üniversiteler arasında muvafakatle geçiş imkânının bulunmadığı yönündeki görüş ve yorumuna katılma imkânı olmadığı gibi, muvafakatle geçiş yapılması

⁹⁶ Danıştay'a göre, üniversiteler arası muvafakatle geçiş imkânı olmadığını öğretim elemanlarının farklı bir üniversitede görev yapmak istemeleri halinde, geçiş yapmak istedikleri üniversite tarafından kadro ilanı yapıldıktan sonra ilan edilen kadronun şartlarının taşıyor olmaları halinde başvuru yapmaları ve mevzuat gereği yapılması zorunlu olan sınav ve jüri değerlendirmelerinden geçerek atanmaya hak kazanmaları gerektiği, üniversitelerin ihtiyaç duydukları alandaki öğretim elemanlarını gerekli şartları taşımaları halinde bir tür açıktan atama usulü ile göreve başlatabilecekleri, bir başka anlatımla, öğretim elemanlarının farklı bir üniversiteye naklen veya muvafakat yoluyla atanmalarının mümkün olmadığı şeklinde ifade etmiştir. Danıştay 8 D, 7869/4158, 03.05.2019.

⁹⁷ Danıştay 8 D, 7566/4024, 30/04/2019.

hâlinde 6245 sayılı Kanun kapsamında ilgili kişiye yolluk verilmeyeceği yönündeki yorumuna da katılma imkânı bulunmamaktadır. Danıştay'ın bu iki kararının dışında konuya ilişkin başka bir kararına da rastlanılmamıştır. Zira ortada bir atama işlemi söz konusu olup bu işlemi ilk atama olarak değerlendirmeye de imkân bulunmamaktadır.

2. Bölge İdare Mahkemeleri Kararları

Konumuz kapsamında bölge idare mahkemelerinin verdiği kararlara bakıldığında, istinaf sisteminin kabulünden önce verilen kararlar olduğu gibi istinaf kanun yolunun kabulünden sonra verilen kararların da bulunduğu görülmektedir. Gerek istinaf kanun yolunun kabulünden önce verilen kararlarda gerekse istinaf kanun yolunun kabulünden sonra verilen kararlarda bölge idare mahkemelerince, muvafakatle üniversitelerin akademik personel kadrolarına yapılan atamalarda ilgili kişiye sürekli görev yolluğu ödenmesi gerektiği yönünde kararlar verilmiştir.

a. İstinaf Kanun Yolunun Kabulünden Önce

Öteden beri idari yargı yerlerinde benzer nitelikteki atamalar naklen atama olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle atanan davacılara sürekli görev yolluğu ödenmesi yönünde işlemler tesis edilmiştir. Nitekim istinaf kanun yolunun kabulünden önce de itiraz yoluyla bölge idare mahkemesi önüne gelen dava dosyalarında verilen kararlara bakıldığında; üniversitede araştırma görevlisi olarak görev yapan davacının “Devlet Hizmeti Yükümlülüğü” için çekilen kurada devlet hastanesine uzman doktor olarak atanması işlemi naklen atama olarak değerlendirilmiş ve davacının sürekli görev yolluğu alması gerektiği yönünde karar verilmiştir⁹⁸.

Söz konusu kararda, öğretim elemanı kategorisi içinde değerlendirilen araştırma görevlilerinin 2547 sayılı Kanun'a tabi oldukları; gerek 2914 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmü gereği gerekse 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 1/a maddesinde “özel bütçeli idareler”in de Kanun kapsamına dâhil edildiği hususları dikkate alındığında, üniversite araştırma görevlilerinin hangi suretle atandığına bakılmaksızın 6245 sayılı Kanunun 9. maddesi gereğince atamalarına ilişkin olarak sürekli görev yolluğu ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Aynı şekilde uzmanlık eğitimini tamamlayarak Devlet hizmet yükümlülüğü kapsamında uzman doktor olarak atanan davacının dosyasında Diyarbakır Böl-

⁹⁸ Manisa BİM, 698/652, 08.07.2014.

ge İdare Mahkemesi'nce, söz konusu atama işleminin 3359 sayılı Kanun'dan doğan zorunluluk olduğu, talep haricinde re'sen gerçekleştirilen bir naklen atama niteliği taşıdığı ve açıktan atama kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davacıya sürekli görev yolluğu ödenmesine karar verilmiştir⁹⁹. Benzer olarak, 2547 sayılı Kanunun "*Öğretim Elemanı Yetiştirme*" başlıklı 35. maddesine¹⁰⁰ göre bir üniversiteden başka bir üniversiteye araştırma görevlisi olarak atanan davacının sürekli görev yolluğuna hak kazandığı gerekçesi ile davaya konu işlem iptal edilmiş; anılan karara yapılan itiraz da bölge idare mahkemesince reddedilmiştir¹⁰¹.

b. İstinaf Kanun Yolunun Kabulünden Sonra

İstinaf kanun yolunun kabulü ile birlikte daha önce yirmi beş olan bölge idare mahkemelerinin sayısı yediye düşürülmüş olup, 2016 yılında ilk olarak yedi bölge idare mahkemesi faaliyete geçmiştir¹⁰². Daha sonra bu sayı önce dokuz, ardından da on ikiye çıkarılmıştır¹⁰³. Konuya ilişkin olarak Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kayıtları üzerinde yapılan incelemede, Bursa Bölge İdare Mahkemesince verilen iki; İzmir Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen iki karar olmak üzere toplam dört karar bulunduğu tespit edilmiştir.

⁹⁹ Diyarbakır BİM, 470/1258, 07.05.2015.

¹⁰⁰ **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Öğretim Elemanı Yetiştirme" başlıklı 35. Maddesi: ...** *Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler....*

¹⁰¹ Eskişehir BİM, 46/1297, 05.11.2015; Aynı konudaki benzer bir davada, "*nakil işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, isteklerine dayalı olarak nakledilmiş bile olsalar, söz konusu külfetin kamuca karşılanması gerektiği, davacının halen kamu görevlisi olduğu, kendi isteğine bağlı olarak kurumu adına doktora eğitimi yapmak ve eğitimini bitirince tekrar Kurumuna dönmek üzere atandığı, davacının eski ve yeni görev yeri arası için alması gereken yolluğunun ödenmemesinde hukuka uyarlık bulunmadığı*" İzmir 5 BİM, 239/194, 07.02.2017; Benzer gerekçeli bir başka davada, "*sürelilikle birlikte eğitim amaçlı yapılan naklin, kadro tahsisi suretiyle yapılmış olması dikkate alındığında kadro tahsisinin "atama" niteliği taşıdığı, 2547 sayılı Yasanın 35. Maddesi kapsamında kadro tahsisi suretiyle yapılan atama işlemi sırasında ilgisine 6245 sayılı Harcırah Kanununun 10. Maddesi kapsamında yapılan gerçek masraflar karşılığı yolluk ödenmesi gerekeceği*" hakkında Sakarya BİM, 172/232, 14.03.2012.

¹⁰² Hüseyin Bilgin, *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi* (Adalet 2016) 6-7; Hüseyin Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları* (5. Baskı, Seçkin 2025), 48-49.

¹⁰³ Hâlihazırda Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Samsun illerinde bölge idare mahkemesi bulunmaktadır.

Bursa Bölge İdare Mahkemesi'nce verilen kararda öncelikle atama işlemi üzerinde durulmuş ve açıktan atamanın, yer değiştirme kavramı içinde yer alan atama biçimlerinden ayrı olarak düzenlendiği; şart işlem niteliği taşıdığı belirtilmiştir. Kişinin atama işlemi ile yetki ve sorumluluklarının önceden belirlendiği bir statü içine sokulduğu ifade edilmiştir. Yer değiştirmelerde ise görev mahallinin veya kurumunun değiştirilmesinin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Doktor olarak görev yapmakta iken Tıpta Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı (TUS) sonucunda bir tıp fakültesinde uzmanlık eğitimi almak üzere araştırma görevlisi kadrosuna atanan kişinin sürekli görev yolluğu ödenmesi için gerekli şartları taşıdığı sonucuna varılmıştır. Buna bağlı olarak, 657 sayılı Kanun uyarınca çalışan bir doktorun 2914 sayılı Kanun'a tabi üniversite personeli statüsüne muvafakatle atanması hâlinde kendisine sürekli görev yolluğu ödenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁴.

İzmir Bölge İdare Mahkemesince verilen kararda ise, doktor olarak 657 sayılı Kanun uyarınca çalışan bir kişinin Tıpta Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı (TUS) sonucunda araştırma görevlisi kadrosuna atanması üzerine aynı gerekçelerle sürekli görev yolluğu alması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁵. Anılan kararda, davacının eski görevinden ayrıldıktan hemen sonra yeni görevine başladığı ve kamu görevini sürdürmeye devam ettiği belirtilerek söz konusu atamasının ilk atama olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Aynı şekilde 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 1/a maddesinde "özel bütçeli idarelerin" de Kanun kapsamına dâhil edildiği belirtilmiş; davacının başvurusu 6245 sayılı Kanunun 9. ve 657 sayılı Kanunun 62. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek harcırah ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

İzmir Bölge İdare Mahkemesinin bir başka kararında, üniversite bünyesinde 2914 sayılı Kanun'a tabi araştırma görevlisinin başka bir üniversiteye öğretim görevlisi kadrosuna atanan davacıya sürekli görev yolluğu ödenmesine karar verilmiştir¹⁰⁶. Anılan kararın gerekçesinde de söz konusu atamanın bir

¹⁰⁴ Bursa 1 BİM, 731/387, 11.03.2024; "... davacının Bursa İnegöl Devlet Hastanesinde görev yapmakta iken muvafakat almak suretiyle naklen Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Hastanesine atandığı dikkate alındığında, sürekli görev yolluğu ödenmesi için gerekli olan şartları taşıdığı sonucuna varıldığından, talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı.." Bursa 1 BİM, 3037/678, 28.04.2023.

¹⁰⁵ İzmir 5 BİM, 148/1193, 25.06.2024.

¹⁰⁶ İzmir 5 BİM, 1226/1490, 26.09.2023.

naklen atama olduğu, ilk atama olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş; davacının naklen atama ile görev yerinin değişmesi nedeniyle katlanmak zorunda kaldığı giderlere karşılık kendisine sürekli görev yolluğu ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

3. İdare Mahkemeleri

Muvafakatte atama işlemleri nedeniyle atanan kişinin alacağı sürekli görev yolluğu miktarının, ilk derece mahkemeleri için öngörülen kesinlik sınırı altında kalması hâlinde, söz konusu idare mahkemelerince verilen kararlar kesin nitelik taşımaktadır¹⁰⁷. Nitekim inceleme konumuzla ilgili olarak idare mahkemelerince verilen kesin nitelikteki kararlar bulunduğu gibi, istinaf yoluna başvurulmaması nedeniyle kesinleşen kararlar da bulunmaktadır.

Adana 2. İdare Mahkemesi tarafından verilen kesin bir kararda¹⁰⁸; *icra müdür yardımcısı olarak görev yapmakta iken girmiş olduğu sınavı kazanarak ... Üniversitesi ... Yüksekokulu'na öğretim görevlisi olarak atanan davacı tarafından sürekli görev yolluğu ödenmesi talebinin reddi işlemine karşı açılan dava incelenmiştir. Mahkemece, davacının icra müdür yardımcısının ... Üniversitesi ... Yüksekokulunda öğretim görevlisi kadrosuna atanması işleminin açıktan atama olarak nitelendirilemeyeceği* belirtilmiştir. Nitekim dava dosyasına sunulan ve davalı ... Rektörlüğü'nün atama oluru içeren işlemde de davacının atama işleminin "naklen atama" olarak nitelendirildiği görülmüştür. Bu nedenle davacının sürekli görev yolluğu ödenmesine yönelik talebinin reddi işlemi hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Afyonkarahisar İdare Mahkemesi tarafından verilen kesin bir kararda¹⁰⁹; 2802 sayılı Kanuna tabi hâkim olarak görev yapan davacının üniversiteye doçent olarak muvafakatte atanması üzerine sürekli görev yolluğu talebinin reddinin iptali istemiyle dava açıldığı görülmektedir. İdare Mahkemesi, açıktan atamanın yer değiştirme kavramı içinde yer alan atama biçimlerinden ayrı olarak düzenlendiğini ve bir koşul işlem niteliği taşıdığını belirtmiştir. Bunun devamında, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından üniversiteye atanması hususunda muvafakat verilen davacının anılan kadroya atandığı, söz konusu atamanın ilk atama olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Zira davacının

¹⁰⁷ Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları* (n 102) 641.

¹⁰⁸ Adana 2 İdare Mahkemesi, 1697/124, 28.01.2026.

¹⁰⁹ Afyonkarahisar İdare Mahkemesi, 1342/350, 27.03.2025.

atama işlemi öncesinde de kamu görevlisi olarak görev yaptığı, hâkimlik görevini sürdürdüğü ve muvafakat almak suretiyle doçentlik kadrosuna atandığı ifade edilmiştir. Bu nedenle davacının, davalı idarenin işlemi sonucunda görev yeri değişikliğine maruz kaldığı ve bu atama işlemi nedeniyle yapmak zorunda kaldığı giderlere karşılık kendisine sürekli görev yolluğu ödenmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Aksaray İdare Mahkemesinde verilen bir kararda¹¹⁰ ise üniversitede uzman olarak görev yapan bir kişinin başka bir üniversiteye yine uzman olarak atanması nedeniyle kendisine sürekli görev yolluğu verilmemesi üzerine açtığı dava incelenmiştir. Kararda, asli fonksiyonu kamuya hizmet olan kamu görevlilerinin, bu hizmetin etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla kendi taleplerine bağlı olarak veya re'sen, kanunlarda öngörülen kurallar kapsamında idari merciler tarafından başka bir yere atanabilecekleri belirtilmiştir. Bu tür atamalar sonucunda kamu personelinin yeni görevlerine göreve başlayabilmek için belirli harcamalara katlanmak durumunda kaldıkları ifade edilmiştir. Kamu hizmetinin zorunlu kıldığı hâllerde, bu hizmet kapsamında görevlendirilenlerin katlanmak zorunda kaldıkları giderlerin karşılanması amacıyla maddi bir ödemenin yapılması söz konusudur. Kararda, atama işlemiyle görev yeri değiştirilen kamu personelinin maruz kaldığı külfetin, kamu hizmetinden kaynaklandığı ve yasa koyucunun söz konusu külfetin kamu tarafından karşılanmasını sağlamak amacıyla yolluk ödemesine ilişkin yasal düzenlemelerin ihdas edildiği vurgulanmıştır.

Değerlendirme ve Sonuç

657 sayılı Kanun'da, bir görevin yerine getirilmesi amacıyla görev mahallinden ayrılan memurlara yol giderleri ile gündeliklerin özel kanun hükümleri çerçevesinde ödeneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda 6245 sayılı Kanun ile hangi hâllerde, kimlere ve ne şekilde harcırah ödeneceği düzenlenmiş; Kanunun 9. ve 10. maddelerinde ise bir kurumda görev yapmakta iken başka bir yere veya başka bir kuruma naklen atanan memura sürekli görev harcırahı ödeneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca sürekli görev harcırahının; *“yol masrafı, yevmiye (gündelik), aile masrafı ve yer değiştirme masrafı”*ndan oluşacağı da belirtilmiştir.

İnceleme konumuz açısından sorunun temelini, akademik personelin 6245 sayılı Kanun kapsamında memur olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği

¹¹⁰ Aksaray İdare Mahkemesi, 36/120, 16.02.2018.

ve sonrasında akademik personelin muvafakatle yapılan atama işlemlerinin ilk defa atama işlemi olarak mı yoksa naklen atama olarak mı kabul edilmesi gerektiği hususları oluşturmaktadır.

Öncelikle, Akademik personelin diğer kamu görevlileri kavramı içerisine dâhil olduğu kabul edilmektedir.¹¹¹ 1961 Anayasasında memurların yanında diğer kamu görevlilerinin düzenlenmemesi karşısında akademik personelin memur sayılıp sayılmayacağı konusunda Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, akademik personeli memur olarak nitelendirmemekle birlikte, memurlar için getirilen Anayasal kuralların ilke olarak akademik personel için de geçerli olacağını belirtmiştir.¹¹² 6245 sayılı Kanun'da yer alan "memur" kavramı ile kastedilen kişiler yalnızca üniversitelerde 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan kişiler olmayıp, esasında kamu kurum ve kuruluşlarında belirli bir kadroya bağlı olarak çalışan ve özel hukuk esaslarına bağlı olarak çalışanlar dışında kalan görevlileri¹¹³, diğer bir ifadeyle tüm kamu personelinin ifade etmektedir. Bu tanım bu anlamıyla aynı zamanda 2547 sayılı Kanun ve 2914 sayılı Kanun kapsamındaki çalışanları da kapsamaktadır. Nitekim 6245 sayılı Kanun anlamında "memur" kavramından ne anlaşılması gerektiği, Kanunun 3. maddesinin (c) bendinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda 2914 sayılı Kanun kapsamındaki akademik personel de 6245 sayılı Kanun anlamında memur sayılmaktadır. Yukarıda ifade edilen Sayıştay kararında da açıkça ifade edildiği üzere 6245 sayılı Kanun'da yer alan "memur" tanımı, "*personel kanunları hükümlerine göre aylık alan kimseleri ifade*" etmekte olup¹¹⁴, bu tanımın yalnızca 657 sayılı Kanuna tabi personel ile sınırlı olmadığı 2547 sayılı Kanuna tabi akademik personeli de kapsadığı açıktır. Aksi yönde bir kabul, yani akademik personel Harcırah Kanunu anlamında memur olmadığının kabul edilmesi hâlinde, öğretim üyelerinin başka üniversitelerde tez savunmaları, yeterlilik sınavları veya sempozyumlar gibi akademik faaliyetler için görevlendirilmeleri durumunda kendilerine Harcırah Kanunu'na göre harcırah ödenmesini açıklamayı da güçleştirecektir.

Akademik personelin, 6245 sayılı Kanun kapsamında bir kamu görevlisi olduğu tespitini yaptıktan sonra çözüme kavuşturulması gereken diğer önemli

¹¹¹ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj 2013) 585; Onur Ender Aslan, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi* (Seçkin 2007) 52.

¹¹² Anayasa Mahkemesi, E 1976/1 K 1976/28, 25.05.1976.

¹¹³ Günday (n 111) 580; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Turhan 2012) 781; Kemal Gözler, *İdare Hukuku, Cilt 2* (2. Baskı, Ekin 2009) 624.

¹¹⁴ Sayıştay 8 D, 126/285, 02.05.2023.

husus ise; hâlihazırda kamu görevlisi olan kişilerin üniversitelerin akademik personel kadrolarına atanmasının, 6245 sayılı Kanun açısından naklen atama olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususudur.

Nakil işlemi, yalnızca, 657 sayılı Kanun hükümlerine tabi personel açısından değil tüm kamu görevlileri için geçerli bir kavram olup ilk atama ya da açıktan atama işleminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Naklen atama işlemi, belirli bir kamu görevi kapsamında görevine devam eden kişinin başka bir kuruma atanması ya da aynı kurum içinde başka bir birime veya yere atanması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durumda kişinin kamu görevi hiçbir şekilde sona ermemekte, devam eden kamu görevinde kurumu veya görev yeri değişmektedir. Naklen atanan kişiler, naklen atama işleminden önce de kamu görevlisi olup bu statü içinde kamu görevi yürütmektedirler. Dolayısıyla görev yeri ve kurumu değişen ve süresi içerisinde yeni görev yerinde görevine başlayan personele, bu süreçte maruz kaldığı zorunlu masrafların karşılığında yolluk ödenmesi 6245 sayılı Kanunun bir gereğidir.

Akademik personelin atanmasına ilişkin usul ve esaslar 2547 sayılı Kanun ve yönetmeliklerde¹¹⁵ ayrıca ve özel olarak düzenlenmektedir. Akademik personel kadrolarına atama işleminin gerçekleştirilebilmesi için yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinde birtakım şartlar düzenlenmiştir. Başvuran adayın başvuru dosyasını sunması, bu dosyanın jüri üyelerince uygun görülmesi ve rektör tarafından atama işleminin gerçekleştirilmesi bu şartlar arasında yer almaktadır. Söz konusu koşullar, ilgili kadroya atanma için öngörülmüş özel koşullardır. Bu koşulların yerine getirilmesi hâlinde atama işlemi gerçekleştirilmektedir. İlgili kişi herhangi bir kamu kurumunda çalışmıyorsa bu kadrolara ilk atama yoluyla atanabilecektir. Ancak başka bir kamu kurumunda görev yapan kişilerin, kendi kurumlarından istifa etmeksizin muvafakat almak suretiyle üniversitedeki akademik personel kadrolarına atanmaları da mümkündür. Bu durumda kişinin kamu görevi sona ermemekte; kamu görevi devam etmekte olup yalnızca çalıştığı kurum ve tabi olduğu personel rejimi değişmektedir.

Her ne kadar gerek 2547 sayılı Kanun'da gerekse 2914 sayılı Kanun'da kamu görevlilerinin, (muvafakatte) naklen atama yoluyla akademik kadrolara atanması ve geçiş hakları konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa

¹¹⁵ Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliği (RG 12.06.2018/30449) ve Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG 09.11.2018/30590)

da, 2914 sayılı Kanunun 20. maddesinde yer alan atıf nedeniyle (muvafakate) naklen atama bakımından 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün olmaktadır¹¹⁶. Nitekim 657 sayılı Kanunun 74. maddesinde muvafakate atanma usulü düzenlenmiştir. Anılan hükümde de diğer personel kanunlarına tabi kadrolara bu düzenlemenin uygulanamayacağı yönünde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, 657 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun birlikte değerlendirildiğinde memurların ve akademik personelin ancak 657 sayılı Kanun kapsamındaki kadrolara naklen atanabileceklerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, 2547 sayılı Kanun ve 2914 sayılı Kanun kapsamındaki kadrolara naklen atanamayacakları yönünde de bir hüküm yer almamaktadır. Bundan dolayı muvafakate gerçekleştirilen bu tür atamaların ilk atama olarak kabul edilmesine de imkân bulunmamaktadır.

Sürekli görev yolluğu kapsamında ödenecek ücret, ilgili kamu görevlisinin mal varlığının aktifinde doğrudan bir artışa neden olduğundan mülkiyet hakkını ilgilendiren bir kalem niteliğindedir. Temel hak ve özgürlüklerden biri olan mülkiyet hakkının sınırlandırılması ise ancak kanunla mümkündür. Kanunda açık bir hüküm bulunmayan hâllerde uygulayıcıların daraltıcı değil, geniş yorum yapması gerekir. Zira aksinin kabulü mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecektir¹¹⁷. Bu konuda açık bir yasal düzenleme bulunmadığından, sürekli görev yolluğu ödenecek kişilerin kapsamının geniş yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla başka bir personel kanununa tabi olarak görev yapmakta

¹¹⁶ Fatih İnan, *Kamu Görevlilerinin Kamu Hizmeti Dışındaki Faaliyetlerinin Disiplin Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2021) 14.

¹¹⁷ "... Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60). Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma beklentisi -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir ekonomik değer veya icrası mümkün bir alacağı elde etmeye yönelik meşru bir beklenti Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37; Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, §§ 52-54; Mehmet Şentürk [GK], B. No: 2014/13478, 25/7/2017, §§ 41, 53).."

Anayasa Mahkemesi, 1 B, Başvuru No 2021/2278, 24.01.2024.

iken 2914 sayılı Kanuna tabi bir kadroya, 2547 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen atama şartlarını yerine getirerek atanan kişilere yolluk ödenmeyeceği yönünde açık bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu konuda yapılacak yorumun geniş olması ve söz konusu kişilerin sürekli görev yolluğu alabilecekleri yönünde değerlendirilmesi gerekir.

Bu açıklamalardan hareketle akademik görevlere naklen atanmanın söz konusu olmadığını ileri sürmeye de imkân bulunmamaktadır. Akademik personel için özel bir atama usulünün öngörülmüş olması, yalnızca ilgili kadrolara yapılacak atamalara ilişkin usulü ifade etmekte olup söz konusu atamaya ilk atama niteliği kazandırmamaktadır. Anılan düzenlemelerde bu kadrolara muvafakle atama yapılmayacağına ilişkin açık bir hükme de yer verilmemiştir. İlk atama niteliğinde olmayan bir atama işlemi ise naklen atama olarak değerlendirilmelidir. Nitekim muvafakle gerçekleştirilen naklen atama işlemlerinde SGK kayıtlarında herhangi bir kesinti meydana gelmemekte, sigortalılık günleri bakımından da bir kesinti yaşanmamaktadır. Bu durumda kişinin önceki kurumundan yeni kurumuna geçişi kesintisiz biçimde devam etmekte ve kamu görevliliği statüsünde süreklilik sağlanmaktadır.

Muvafakle atanan kişilere bu şekilde gerçekleştirilen atamalarda yolluk ödenmemesi için ilgili mevzuatta açıkça yolluk ödenmeyeceğinin belirtilmesi ya da bu şekilde yapılan atamaların ilk atama niteliğinde olduğunun atama kararlarında açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. 6245 sayılı Kanunu tüm personel kanunlarına göre aylık alan kamu görevlileri hakkında uygulanabilir nitelikte olup bu Kanunun 10. maddesinde geçen “naklen atama” kavramının da yalnızca 657 sayılı Kanun’daki anlamıyla dar yorumlanmaması gerekmektedir. Aksi durum kamu görevlileri arasında eşit ve hakkaniyetli bir yorumdan uzak ve sadece 657 sayılı Kanuna tabi memur ve naklen atamaları kapsamı dolayısıyla diğer personel kanunlarına tabi kamu görevlileri bakımından hak kaybına yol açabilecek bir yoruma sebep olacaktır. Sürekli görev yolluğunun amacı görev yeri değişen kamu görevlisinin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetinin kamu adına paylaşılmasıdır. 6245 sayılı Kanun’da düzenlenen sürekli görev yolluğunun sadece 657 sayılı Kanun kapsamındaki naklen atama işlemleri açısından geçerli olduğu yaklaşımı, görev yeri değişikliği nedeniyle ortaya çıkan maddi külfetin yalnızca belirli bir personel grubu açısından hafifletilmesine yol açarken diğer personel bakımından aynı sonucun doğurmayacaktır. Bu da, hem mevzuatın amacı ile hem de hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu çerçevede, söz konusu kavramın dar yorumlanmaması yerine Kanu-

nun amacına uygun şekilde daha geniş bir perspektifle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda sonuç olarak 6245 sayılı Kanun uygulamasında naklen atama işleminin sadece 657 sayılı Kanun'da düzenlenen naklen atama işlemlerine değil tüm kamu personeli açısından geçerli olacak şekilde kurum ve yer değiştirmeleri kapsar nitelikteki nakiller için uygulanmalı ve söz konusu personele sürekli görev yolluğu ödenmelidir.

Kaynakça

- 100 Soruda Harcırah Rehberi, Ticaret Bakanlığı İç Denetim Birim Başkanlığı, Nisan 2020, <https://denetim.ticaret.gov.tr/haberler/100-soruda-harcirah-rehberi-yayinlandi> Erişim Tarihi 29 Aralık 2025
- Akarsu F, *Devlet Memurlarının Atamasında Özel Durumlar* (Adalet 2024)
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2025)
- Alçın, A A, *İdare Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi* (On İki Levha 2021)
- Aslan O E, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejim*, (Seçkin 2007)
- Atalan Y, *Türk İdare Hukukunda Bağlı Yetki Kavramı* (Adalet 2025)
- Atay E E, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Turhan 2012)
- Avcı M, 'Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE 2002)
- Bayındır M S, '2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Uygulamasından Doğan Sorunlar' (2007) 15 (2) SÜHFD 215-234
- Bilgin H, *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi* (Adalet 2016)
- *İdari Davalar ve Çözüm Yolları* (5. Baskı Seçkin 2025)
- Bilgin H, Yıldırım R, Çınarlı S, Demirkol S ve Avcı M, *Açıklamalı - İçtihatlı 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu Şerhi* (Adalet 2024)
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Adalet 2024)
- Çolak N İ, 'Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri' (2005) 9 (1-2) AÜEHFD 127-165
- Eliküçük K, 'Devlet Memurlarının Naklen Atanma Usulünün Yargı Kararları Işığında İncelenmesi' (2022) 154 DD 291-315
- Eraslan Y, '657 Sayılı Kanun Kapsamında Memurların Kurumlar Arası Naklen Atamaları' (2022) 30 (1) SÜHFD 399-440
- Ergen C, 'Harcırah Kanununda Eskiye Dönüldü' (2006) 67 TBBD 339-353
- Geçgel B, *Açıklamalı ve İçtihatlı Harcırah Kanunu* (Türkiye Belediyeler Birliği 2021)
- Gözler K, *İdare Hukuku, Cilt 2* (2. Baskı, Ekin 2009)
- Gözübüyük A Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1* (14. Baskı, Turhan 2021)
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj 2013)
- İnan F, *Kamu Görevlilerinin Kamu Hizmeti Dışındaki Faaliyetlerinin Disiplin Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2021)
- Kaya C, 'Devletin Aile Birliğini Koruması Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu Madde 72' (1998) 6 (1-2 Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan) SÜHFD 635-666

- Odyakmaz Z, Kaymak Ü ve Güzel O, *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında TC Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları* (Yetkin 2023)
- Tekinsoy M A, 'Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları' (2012) 61 (1) AÜHFD 351-382
- Tetik A T, *Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi* (Adalet 2020)
- Yavuzdoğan S, 'Naklen Atamalarda Eğitim Hakkının Gözetilmesi' (2013) 3 (2) AkdHFD 109-128
- 'Danıştay'ın Naklen Atamalarda Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi İlkesine Yaklaşımı' (2014) 115 TBBD 181-210
- *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama* (Adalet 2014)
- Yıldırım R, Çınarlı S ve Azak K, *Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt 1* (10. Baskı, Adalet 2025)
- *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Cilt 3* (5. Baskı, Adalet 2024)
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (10. Baskı, Yetkin 2011)

Türk İdare Hukukunda İklim Etkisinin İdari Karar Süreçlerindeki Yeri^(*)

Öğr. Gör. Dr. Alkım AKTAŞ İNAM^(**)

Öz

İklim değişikliği, kamu otoritelerinin özellikle proje onayı, planlama, izin verme gibi faaliyetleri bakımından giderek daha belirleyici hâle gelmektedir. Ancak iklim etkisinin idari karar süreçlerindeki yeri henüz sistematik bir usul çerçevesi içinde düzenlenmemiştir. Türk hukukunda özellikle etki değerlendirme süreçlerinde belirli ölçüde dikkate alınan iklim etkisi, çoğu durumda idari kararın tesisinde izlenmesi gereken bağlayıcı bir değerlendirme aşaması niteliği taşımamaktadır. Çevresel riskler içeren proje ve planlama kararlarında, iklim değişikliğine ilişkin bilimsel veriler ile bu verilerin idari işleme etkisi arasındaki bağ yeterince belirli değildir.

Çalışma ile iklim etkisinin idare hukuku bakımından üstlenmesi gereken hukuki işlevin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Kapsamı ve yöntemi belirlenmiş bir inceleme düzeni kurulmadıkça, iklim verileri idari işlemin sebep unsuru, amaç unsuru ve gerekçesi üzerinde yeterli hukuki etki doğurmamaktadır. Mevcut etki değerlendirme süreçlerinde iklim etkisinin zorunlu, belirli ve denetlenebilir bir unsur olarak ele alınması, iklime etkisi olan idari kararların öngörülebilirliğini artıracak ve yargısal denetimi daha sağlam bir zemine taşıyacaktır.

Anahtar Kelimeler

İklim Değişikliği, Çevresel Etki Değerlendirmesi, Stratejik Çevresel Değerlendirme, İdari İşlem, İdare Hukuku.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 30.05.2026.

Atıf Şekli: Alkım Aktaş İnam, 'Türk İdare Hukukunda İklim Etkisinin İdari Karar Süreçlerindeki Yeri' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127,154.

DOI: 10.52273/sduhfd..1922917.

^(**) Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü, Ankara-Türkiye.

E-posta: alkmaktas@gmail.com.

Orcid: 0000-0003-4277-9086.

The Place of Climate Impact in Administrative Decision Making Processes in Turkish Administrative Law

Abstract

Climate change is becoming increasingly decisive for public authorities, particularly with regard to activities such as project approval, planning, and permitting. However, the place of climate impact in administrative decision making processes has not yet been regulated within a systematic procedural framework. In Turkish law, climate impact, which is taken into account to a certain extent particularly in impact assessment processes, generally does not have the character of a binding assessment stage that must be followed in the establishment of an administrative decision. In project and planning decisions involving environmental risks, the link between scientific data concerning climate change and the effect of such data on the administrative act is not sufficiently determinate.

The study aims to reveal the legal function that climate impact should assume from the perspective of administrative law. Unless an examination framework with a defined scope and method is established, climate data do not produce sufficient legal effect on the ground element, purpose element, and reasoning of the administrative act. Treating climate impact as a mandatory, determinate, and reviewable element within existing impact assessment processes will increase the foreseeability of administrative decisions that have an impact on the climate and will place judicial review on a more secure basis.

Keywords

Climate Change, Environmental Impact Assessment, Strategic Environmental Assessment, Administrative Act, Administrative Law.

Extended Summary

Climate change has become an increasingly significant factor in the planning, licensing, and regulatory activities of public authorities. It is therefore no longer merely an environmental issue, but also a legal problem that affects the structure of administrative decision making. Its long-term, cumulative, and uncertain effects strain traditional assumptions of administrative law, which have largely been built around the assessment of present facts and legally defined consequences. In fields involving environmental risk, public authorities often make decisions under conditions shaped by future impacts, scientific projections, and technical uncertainty. This raises a fundamental question for Turkish administrative law: how, and with what legal consequences, should climate impacts be taken into account in administrative decision making?

This article argues that the principal problem in Turkish law concerns the legal function assigned to climate-related considerations. Climate impacts are not wholly ignored, particularly within Environmental Impact Assessment (EIA) procedures. Yet they have not been transformed into a legally structured, methodologically defined, and normatively binding element of administrative decision making. Climate-related data may appear in the administrative file, but they do not yet function as a clearly defined evaluative criterion shaping the legal formation of the administrative act. The article therefore seeks to clarify the legal position of climate impact within administrative decision making and to explain why the current framework remains inadequate from the standpoint of administrative law.

The study first examines the issue within the conceptual framework of administrative law. Climate change creates a decision making environment in which public authorities can no longer rely solely on present factual conditions. In fields such as spatial planning, infrastructure, environmental protection, natural resource management, and permitting, the administration must increasingly take account of scientific and technical data concerning future risks. This development makes climate impact relevant not only to environmental policy but also to the lawfulness of administrative acts. The article examines the issue through the concepts of the protective function of the administration, the requirement that administrative decisions rest on an adequate factual basis, the duty to state reasons, and the limits of discretionary power.

The study then analyses the limits of the current Turkish legal framework. It shows that the most established procedural mechanisms in this field are Environmental Impact Assessment (EIA) and Strategic Environmental Assessment (SEA). These mechanisms make it possible, at least to some extent, to consider climate-related issues. However, neither EIA nor SEA currently provides a sufficiently developed procedural model capable of clearly determining the scope, method, and legal consequences of climate assessment within administrative decision making. In practice, climate-related evaluation often remains embedded in broader environmental assessment and does not necessarily operate as a distinct and binding stage affecting the outcome of the decision. Law No. 7552, the Climate Law, is also examined in this context. Although that Law is important in terms of mitigation policies, adaptation strategies, planning

tools, and general climate governance, it does not establish a clear administrative procedure showing how climate impacts must be assessed in administrative acts. Similar structural limits can be seen in sector-specific legislation, where climate impact is rarely formulated as an express decision making criterion. The article thus concludes that Turkish law does not suffer from the absence of climate-related norms as such, but from the absence of a coherent legal model linking climate assessment to the formation and reasoning of administrative decisions.

The comparative analysis shows that other legal systems have adopted different techniques for incorporating climate considerations into administrative processes. In some systems, climate concerns are integrated into existing environmental assessment procedures; in others, they are treated as mandatory factors in the assessment of public interest or as express legal obligations imposed on decision-makers. Despite these differences, a common lesson emerges: it is not enough for climate impacts merely to appear in assessment documents. They must also be incorporated into a structured legal methodology capable of guiding administrative reasoning, disciplining discretion, and making the basis of the decision reviewable.

Against this background, the article contends that climate impact needs to be treated as a mandatory and methodologically defined element within existing impact assessment procedures, rather than as an incidental or purely technical issue. This does not mean that climate impact must always constitute an independent and automatic ground for refusing a project or annulling an administrative act. Rather, in decisions capable of producing environmental effects, climate-related data should form part of the factual basis of the administrative act and should be taken into account when the administration identifies the public interest and justifies its decision. At a minimum, a legally clearer framework would need to address the scope of relevant climate effects, the applicable methods of assessment, the treatment of cumulative and long-term risks, the role of mitigation and adaptation considerations, the evaluation of project alternatives, and the manner in which these findings must be reflected in the administrative file and in the statement of reasons.

The central conclusion of the article is that the real legal issue lies in the transition from the production of climate data to their use in the formation, reasoning, and review of administrative acts within a coherent framework of administrative law. For that reason, integrating climate impact into impact assessment procedures should not be seen merely as a technical reform of environmental procedure. It should instead be understood as part of a broader reconstruction of administrative decision making in light of scientific knowledge, environmental risk, and the requirements of reasoned and reviewable administrative acts.

Giriş

İdari işlemler, belirli maddi ve hukuki sebeplere dayanarak kamu yararı amacıyla tesis edilmektedir. Ancak iklim değişikliği, uzun vadeye yayılan, kümülatif ve çoğu zaman bilimsel belirsizlik içeren etkileri nedeniyle, özellikle çevresel sonuç doğuran planlama, ruhsatlandırma gibi işlemlerde kararın maddi temeli belirlenirken geleceğe ilişkin risklerin de hesaba katılmasını zorunlu kılmaktadır. İklim etkisinin idari karar sürecindeki yeri, idari işlemin maddi vakiasının kurulması, kararın gerekçelendirilmesi, kamu yararının somutlaştırılması ve takdir yetkisinin nesnel ölçütlerle sınırlandırılması bakımından idare hukukunun merkezi meselelerinden birine karşılık gelmektedir.

Türk hukukunda iklim etkisi belirli ölçüde dikkate alınmaktadır. Çevresel etki değerlendirmesi ve stratejik çevresel değerlendirme süreçlerinde iklim değişikliğine ilişkin bazı unsurlara yer verilmektedir. Ancak mevcut düzenleme biçimi, iklim etkisini idari kararın tesisinde sonucu etkileyen bir değerlendirme ölçütü hâline getirmemektedir. Uygulamada iklim verileri çoğu kez karar dosyasında yer alan teknik bir başlık düzeyini aşmadığı için işlemin sebebini, gerekçesini, amacını ve sonucunu şekillendiren hukuki bir işlev üstlenememektedir. İklim politikalarına ilişkin genel çerçevenin kanun düzeyinde belirlenmiş olması da söz konusu eksikliği gidermemektedir. Nitekim 7552 sayılı İklim Kanunu, iklim politikaları için kurumsal bir çerçeve kurmasına rağmen, münferit idari işlemlerde iklim etkisinin değerlendirme yöntemi ile karar sonucuna yansımaya biçimini belirleyen somut bir karar modeli içermemektedir. Mevcut mevzuatın iklim etkisini doğrudan ve belirli bir değerlendirme rejimine bağlamaması, takdir yetkisinin sınırlarını belirsizleştirmekte ve yargısal denetimin etkinliğini zayıflatmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta geliştirilen modeller, iklim etkisinin idari karar alma süreçleri ve kamu yararı değerlendirmesi içinde giderek daha belirgin bir yer kazandığını göstermektedir. Farklı sistemlerde iklim etkisinin değerlendirilmesine ilişkin yöntemler değişmekle birlikte, ortak nokta bu etkinin kararın dayandığı maddi ve hukuki zeminle ilişkilendirilmesidir. Karşılaştırmalı hukukta gözlenen yaklaşım, Türk idare hukuku bakımından da sorunun yalnızca çevresel değerlendirme tekniğine indirgenemeyeceğini, iklim etkisinin idari kararın kuruluşunda hukuki anlam taşıyan bir ölçüt hâline getirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Çalışmada, iklim etkisinin idari karar alma süreçlerinde teknik inceleme başlığı olmaktan çıkarak hukuken anlamlı bir değerlendirme unsuruna dönüşüp

dönüşemeyeceği ve hangi koşullarda böyle bir işlev üstlenebileceği incelenmektedir. Bu doğrultuda öncelikle idarenin koruma fonksiyonu ile bilimsel verilerin karar sürecindeki rolü ele alınacak, ardından Türk hukukundaki düzenlemelerin yapısal sınırları ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri değerlendirilecek ve son olarak etki değerlendirme mekanizmaları içinde iklim etkisinin kapsamı belirlenmiş bir normatif çerçeveye bağlanmasının yolları tartışılacaktır.

I. İklim Değişikliğinin İdare Hukukunda Koruma ve Karar Alma Anlayışına Etkisi

Planlama, doğal kaynakların yönetimi, altyapı yatırımları ve çevreye ilişkin idari tasarruflar, iklim koşullarındaki değişimlerin karar sürecine dâhil edilmesini zorunlu hâle getiren başlıca faaliyet alanlarıdır. İklim değişikliğinin etkileri çoğu kez farklı zaman dilimlerine yayılmakta ve uzun vadede belirginleşmektedir¹. Bu özellik, idarenin yalnızca mevcut duruma dayanan bir değerlendirmeyle yetinmesini güçleştirerek gelecekte ortaya çıkabilecek etkileri de karar sürecinde hesaba katmasını gerekli kılmaktadır.

Bilimsel verilerle ortaya konulan çevresel değişimlerin idari kararların hazırlanması sürecinde dikkate alınması, iklim değişikliğinin doğurabileceği olumsuz etkilerin önceden görülmesini ve bu etkilere karşı gerekli tedbirlerin zamanında geliştirilmesini kolaylaştıracaktır. Açıklanan hususlar, iklim değişikliğinin idarenin koruma yükümlülüğünü ve karar alma anlayışını dönüştüren bir etken olduğunu göstermektedir.

A. İklim Değişikliği Karşısında İdarenin Koruma Yükümlülüğü

İklim değişikliği, küresel ölçekte giderek ağırlaşan etkileriyle hava, su ve toprak kalitesinde bozulmaya, biyolojik çeşitliliğin azalmasına, ormanların ve doğal alanların tahribine yol açarak tüm canlı yaşamını doğrudan etkileyen sonuçlar doğurmaktadır². Böylesine geniş ölçekli ve ciddi nitelikte riskler doğuran bir sürecin yönetimi, idarenin faaliyet alanı içinde yer almaktadır. Çevrenin ve doğal kaynakların sürdürülebilir biçimde korunması ile toplumsal yaşamın güvenliğinin sağlanması, idarenin koruma fonksiyonunu görünür kılmaktadır. İklim değişikliği karşısında idarenin koruma yükümlülüğü, çevreyi korumaya yönelik genel bir görevden ibaret görülmemelidir. İfade edilen yükümlülük,

¹ Makbule Duygu Aksoy, *Çevre Hukuku İlkelerinin İdari Yargı Kararlarına Yansıması* (On İki Levha 2024) 49.

² Süheyla Suzan Gökalp, 'Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu' (2022) 17(38) *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)* 267, 268.

kamu düzeni, kamu yararı ve özen yükümlülüğü ekseninde daha yoğun bir hukuki içerikle ele alınmalıdır.

Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi konusunda Devlete ve vatandaşlara görevler yüklenmiştir. İklim değişikliği de çevresel denge, doğal varlıklar ve yaşam koşulları üzerindeki etkileri nedeniyle Anayasa'nın 56. maddesinde güvence altına alınan koruma alanıyla doğrudan ilişkilidir. Çevrenin, insan ve diğer canlıların yaşamını etkileyen unsurlardan oluşan bütüncül yapısı nedeniyle³ iklim değişikliğinin etkileri çevre hakkı bakımından anayasal önem taşımaktadır.

Anayasal çerçeve, çevrenin korunması konusunda idareye gerçekleşmiş zararları gidermenin ötesinde bir görev yüklemektedir. İdari faaliyetlerin koruyucu niteliği, özellikle idari kolluk alanında belirginleşmektedir. İdari kolluk bakımından idarenin temel görevi, kamu düzenini ve toplumsal yaşamı tehdit edebilecek riskleri ortaya çıkmadan önce önlemek ve gerekli tedbirleri almaktır⁴. Çevre alanında önleyici yaklaşım özel bir önem taşımaktadır. Zira çevresel dengenin bozulmasının ardından alınacak tedbirler, çoğu zaman ortaya çıkan zararın tamamen giderilmesini mümkün kılmamaktadır. Çevrenin korunması bakımından asıl olan, zarardan sonra müdahale etmek yerine çevresel bozulmayı önleyecek tedbirlerin alınmasıdır. İklim değişikliğinin doğurabileceği risklerin önceden değerlendirilmesi ve gerekli tedbirlerin zamanında alınması, aynı önleyici anlayışın zorunlu sonucudur.

İklim değişikliğinden kaynaklanan riskler, idare hukukunun klasik kavramlarından biri olan kamu düzeninin yeniden ele alınmasını gerektirmektedir⁵. Kamu düzeninin klasik unsurları insan merkezli bir yapı üzerine kurulmuş olup çevrenin bağımsız bir değer olarak korunmasını doğrudan hedeflememektedir. İklim değişikliği gibi küresel ölçekte etkiler doğuran krizler karşısında çevre, insan yaşamı üzerindeki etkilerinden bağımsız olarak da korunması gereken bir değer hâline gelmektedir⁶. İklim değişikliğinin temelinde insan faaliyetlerinden

³ Güven Süslü, *Çevre Hukuku* (Seçkin 2025) 17.

⁴ Metin Kıratlı, *Koruyucu İdari Hizmetler* (Sevinç Matbaası 1973) 32.

⁵ Ilgın Özkaya Özlüer, 'Paris Anlaşması Sonrasında "ÇED Kapsam Dışı Değerlendirme" Kararları ve Çevresel Kolluk Faaliyetlerinin İklim Hukuku Açısından Niteliği' (2022) 71(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 515, 529.

⁶ Süslü, *Çevre Hukuku* (n 3) 93.

kaynaklanan küresel ısınmanın bulunması⁷, çevrenin beşerî kaynaklı olumsuz etkilere karşı korunması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. İklim değişikliğine bağlı çevresel ve ekolojik riskler, kamu düzeninin kısa vadeli tehditlerin önlenmesiyle sınırlı ele alınamayacağını göstermektedir. Uzun vadeli ve kümülatif etkiler doğuran riskler, idarenin erken değerlendirmeye dayalı daha geniş bir koruma anlayışı benimsemesini gerektirmektedir.

İklim değişikliğinin ortaya çıkardığı etkiler, çevresel dengenin korunması ve doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımı bakımından kamu yararı kavramının içeriğini genişletmektedir. Kamu yararı, bireysel veya özel çıkarların ötesinde toplumsal menfaati ifade eden ve bu yönüyle her somut olayda ayrıca yorumlanması gereken bir kavramdır⁸. İdarenin planlama, düzenleme ve izin verme yetkilerini kullanırken mevcut durumla yetinmeyip alınacak kararların çevre ve ekosistem üzerindeki muhtemel etkilerini de gözetmesi gerekir. İdari işlemlerin amaç unsuru olan kamu yararı, çevre üzerinde etkiler doğurabilecek kararların yargısal denetiminde başvurulacak temel ölçütlerden birini oluşturmaktadır⁹. Bu durum, idarenin takdir yetkisini kullanırken çevresel etkileri gözetken daha dikkatli bir değerlendirme yapmasını gerekli kılmaktadır. Uygulamada ise çevresel kamu yararı ile ekonomik kamu yararının karşı karşıya gelebildiği ve kimi durumlarda ekonomik yararın daha belirleyici hâle geldiği görülmektedir¹⁰. Oysa kamu yararı değerlendirmesinde ekonomik faydanın kısa vadeli getirileri karşısında, iklim dengesinin ve çevresel sürdürülebilirliğin korunması öncelikli bir değerlendirme ölçütü olarak kabul edilmelidir.

İdarenin çevre üzerinde etki doğurabilecek faaliyetlerinde özen yükümlülüğü özel bir yer tutmaktadır. Hizmet kusuru kapsamında kötü işleyen hizmet, kamu hizmetinin beklenen özen, dikkat ve kalite standartlarına uygun biçimde yürütülmemesini ifade etmektedir¹¹. Çevrenin korunması bir kamu hizmeti niteliği taşıdığından, idarenin gerekli tedbirleri almaması ve iklim değişikliğini

⁷ Ömer Aykul, *Ekolojik Hukuk (Eko - Hukuk) & Çevre Hukuku* (Seçkin 2024) 25.

⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2015/34 K 2015/48, 13.05.2015 (Lexpera, Erişim Tarihi 2 Ocak 2026).

⁹ Cemil Kaya, *Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı* (On İki Levha 2011) 64.

¹⁰ Nihan Yancı Özalp, 'Cumhuriyet'in 100. Yılında Çevresel Haklar ve Anayasa Mahkemesi' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk ve Fatmagül Yazıcı (eds), *Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları* (On İki Levha 2024) 776.

¹¹ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (Alfa 2002) 838; Buket Deniz, 'İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı' (2021) (153) *TBB Dergisi* 187, 204.

gözetmeden işlem tesis etmesi, özen yükümlülüğünün ihlali bakımından hukuki sonuç doğurabilecek bir eksikliktir. Ayrıca çevre hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan ihtiyat ve önleme ilkeleri¹², idarenin dikkat ve özen yükümlülüğüne daha güçlü bir hukuki dayanak kazandırmaktadır. Çevresel etkiler doğurma potansiyeli bulunan kararlarda idarenin hukuki sınırlar içinde hareket etmesi tek başına yeterli değildir. İdareden, riskleri dikkatle araştırması ve gerekli önlemleri zamanında değerlendirmesi de beklenmektedir. İklim değişikliği de bu yönüyle idarenin karar alma süreçlerinde özen yükümlülüğünün kapsamını genişleten ve somutlaştıran bir etki doğurmaktadır.

Sonuç olarak iklim değişikliği, idarenin çevrenin korunmasına ilişkin rolünü zarar sonrası müdahaleyle sınırlı olmayan, çevresel dengenin bozulmasını önlemeye yönelik asli bir koruma yükümlülüğü niteliğine kavuşturmuştur¹³.

B. İklim Etkisinin İdari Kararlarda Bilimsel ve Nesnel Verilerle Değerlendirilmesi Gereği

Çevresel etkiler doğurabilecek idari işlemlerde iklim etkisi, uygun araştırma ve incelemeye dayanan bilimsel ve nesnel verilerle sistematik biçimde değerlendirilmelidir¹⁴. İklim değişikliği, çevresel risklerin en kapsamlı ve uzun vadeli örneklerinden biri olarak idari karar alma süreçlerinde özel bir değerlendirme ihtiyacı doğurmaktadır. Aksi hâlde iklim değişikliğine ilişkin olgular, kararın dayandığı maddi ve teknik temel içinde belirsiz ve ikincil bir konumda kalabilecektir.

Çevresel etkiler doğurabilecek faaliyetler, çoğu zaman teknik ve bilimsel değerlendirmeler gerektiren karmaşık süreçler içermektedir¹⁵. Bu nedenle idarenin planlama, izin verme veya düzenleme yetkilerini kullanırken yalnızca hukuki değerlendirmelerle yetinmesi yeterli görülmemekte, kararın dayandığı çevresel, teknik ve bilimsel verilerin karar dosyasında açık ve denetlenebilir

¹² Süslü, *Çevre Hukuku* (n 3) 50.

¹³ AİHM de iklim değişikliği bağlamında devletin rolünü zarar sonrası müdahaleyle sınırlı görmemektedir. Mahkemeye göre devlet, bireyleri iklim değişikliğinin yaşam, sağlık, refah ve yaşam kalitesi üzerindeki ciddi olumsuz etkilerine karşı etkili biçimde korumakla yükümlüdür; bu yükümlülük, iklim değişikliğinin mevcut ve potansiyel olarak geri döndürülemez gelecekteki etkilerini hafifletmeye elverişli düzenleme ve önlemlerin benimsenmesini ve zamanında, uygun ve tutarlı biçimde uygulanmasını da içermektedir; *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland App no 53600/20 (ECHR, 9 April 2024)*.

¹⁴ *Hardy and Maile v United Kingdom App no 31965/07 (ECHR, 14 February 2012)*.

¹⁵ *Taşkın and Others v Turkey App no 46117/99 (ECHR, 10 November 2004)*.

biçimde ortaya konulması beklenmektedir¹⁶. Nitekim yargısal denetim kapsamında idari işlemlerin dayandığı maddi vakıaların gerçekliği ve yeterliliği incelenmekte olup, bilimsel verilerden yoksun kalan veya eksik incelemeye dayanan kararların hukuka aykırı olduğu kabul edilebilmektedir¹⁷.

İdari işlemin hukuka uygunluğu, dayandığı olgusal temelin doğruluğunun değerlendirilmesini de kapsamaktadır. İdari işlemlerin unsurları arasında yer alan sebep, idareyi işlem yapmaya sevk eden maddi vakıalar veya hukuki durumu ifade etmektedir¹⁸. Doktrinde bazı yazarlar sebebin idari işlemin gerekçesi olarak da ifade edilebileceğini belirtmektedir¹⁹. Bu yönüyle gerekçe, işlemin dayandığı sebebin açıklanmasını sağlayan ve hukuki değerlendirmesini ortaya koyan bir unsur niteliği taşımaktadır²⁰. Sebep unsurunun hukuka uygunluğu, işlemin dayandığı maddi vakıanın doğru biçimde tespit edilmesine bağlıdır²¹. Başka bir ifadeyle çevresel etkiler doğuran işlemlerde bilimsel ve teknik veriler, sebep unsurunun kendisinden ziyade, bu unsura dayanak oluşturan maddi vakıanın doğru, yeterli ve denetlenebilir biçimde belirlenmesini sağlayan bilgi temelidir. Buna bağlı olarak idarenin karar alma sürecinde ulaştığı sonuçlar somut, bilimsel ve nesnel verilere dayanmalı, işlemin dayandığı maddi vakıalar denetlenebilir biçimde ortaya konulmalıdır. Özellikle çevre üzerinde etkiler

¹⁶ Danıştay 6 D, E 2021/10878 K 2024/3813, 25.06.2024 (Lexpera, Erişim Tarihi 2 Ocak 2026).

¹⁷ Danıştay 4 D, E 2023/12025 K 2023/5294, 05.10.2023; Danıştay 6 D, E 2023/326 K 2023/1968, 23.02.2023; Danıştay 4 D, E 2023/11994 K 2023/5773, 26.10.2023 (Lexpera, Erişim Tarihi 4 Ocak 2026).

¹⁸ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2022) 264; A Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt II, *İdari Yargılama Hukuku* (8. Baskı, Turhan 2016) 532.

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2025) 447.

²⁰ Gerekçe, maddi vakıaların hangi hukuki norm kapsamında değerlendirildiğini ve idarenin neden bu sonuca ulaştığını ortaya koymaktadır; K Burak Öztürk, 'İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi' in Burak Öztürk, D Çiğdem Sever, Ilgın Özkaya Özlüer, Pınar Yaşar Şatıroğlu, Serdar Yılmaz ve Betül Damar Çıtak (eds), *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, Cilt 2 (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 1045.

²¹ Nitekim Danıştay kararlarında da; idarenin tesis ettiği işlemi gerçek ve hukuken geçerli sebeplere dayandırması gerektiği kabul edilmekte, sebebin gerçekliği, işlemin dayandığı maddi vakıanın usulüne uygun bir inceleme ve araştırma sonucunda ortaya konulmuş olmasını; hukuka uygunluğu ise idarenin işlemi, kanunun öngördüğü veya izin verdiği sebeplere dayandırmasını ifade etmektedir, sebep unsuru hakkında bkz. Danıştay 3 D, E 2017/1863 K 2020/4817, 26.11.2020; Danıştay 10 D, E 2019/8962 K 2023/2470, 09.05.2023; Sebep unsurunun hukuken geçerli sayılabilmesi için işlemin dayandığı durumun somut inceleme ve bilimsel verilerle ortaya konulması gerektiği yönünde bkz. Danıştay İDDK, E 2022/1775 K 2022/3149, 09.11.2022 (Lexpera, Erişim Tarihi 5 Ocak 2026).

doğurabilecek idari işlemlerde, karara esas alınan maddi vakıa teknik ve bilimsel veriler aracılığıyla belirlenmektedir²². Maddi vakıanın teknik ve bilimsel verilerle belirlenmesi, kamu yararının tespitinde de önemlidir²³. Kamu yararı idari işlemlerin nihai amacı olduğundan²⁴, çevresel nitelikteki işlemlerde bilimsel veriler amaç unsurunun somutlaştırılmasına da hizmet etmektedir.

İdari işlemlerin tesis edilmesi sürecinde bilimsel verilerin dikkate alınması, dayanan maddi vakıalar kadar işlemin yapılış usulüyle de ilgilidir. Dolayısıyla bilimsel verilerin değerlendirilmesi, idari işlemin şekil unsuruyla yakından ilişkilidir. Şekil unsuru, idari işlemin tesis edilmesi sırasında izlenen yöntem ve prosedürü ifade eden²⁵ usul boyutunu da kapsamaktadır²⁶. İdare, karar alma sürecinde mevcut tüm verileri tam ve ayrıntılı biçimde incelemeli ve işlemini bu inceleme sonucunda ulaştığı değerlendirmeye göre tesis etmelidir²⁷. Çevre üzerinde etkiler doğurabilecek işlemlerde, bilimsel ve teknik verilerin karar sürecinde dikkatle incelenmesi bu yükümlülüğün temel unsurlarından biridir²⁸. Daha sonra açıklanacağı üzere çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporunun içeriğinde yer alması gereken iklim verileri ancak bilimsel yöntemlerle ortaya konulabilmektedir. Anılan verilerin hiç değerlendirilmemesi veya raporda yeterince yer bulmaması, işlemin şekil unsuru bakımından hukuki sakatlık doğurabilecek niteliktedir.

Bilimsel verilere dayanma gereği, çevre hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan önleme ve ihtiyat yaklaşımlarının uygulanmasında da belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu yaklaşımlar, çevre üzerinde olumsuz etkiler doğurma ihtimali bulunan faaliyetlerde, risk gerçekleşmeden gerekli tedbirlerin alınmasını esas almaktadır. Önleme ilkesi, çevreye zarar verme ihtimali bulunan faaliyetlerin mümkün olduğunca baştan engellenmesini, bunun mümkün olmadığı hâllerde ise sınırlandırılıp kontrol altına alınmasını²⁹ ve böylece geri dönüşü olmayan

²² Danıştay 4 D, E 2024/3543 K 2025/1148, 25.02.2025 (Lexpera, Erişim Tarihi 5 Ocak 2026).

²³ Danıştay 6 D, E 2018/506 K 2019/4401, 16.05.2019; Danıştay İDDK, E 2019/2000 K 2021/1733, 11.10.2021 (Lexpera, Erişim Tarihi 12 Ocak 2026).

²⁴ Danıştay 6 D, E 2018/505 K 2019/4400, 16.05.2019 (Lexpera, Erişim Tarihi 12 Ocak 2026).

²⁵ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (22. Baskı, Ekin 2020) 305.

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin 2000) 187.

²⁷ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (n 25) 313.

²⁸ Fatih Kurdoğlu, *Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Kararlarının Hukuki Etkisi ve Yargısal Denetimi* (Aristo 2023) 58.

²⁹ Aksoy, *Çevre Hukuku İlkelerinin İdari Yargı Kararlarına Yansıması* (n 1) 49.

zararların önlenmesini amaçlamaktadır. Önleme ilkesi, somut ve gerçekleşme ihtimali yüksek çevresel tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelmektedir³⁰.

Önleme ilkesiyle yakın ilişki içinde bulunan ihtiyat ilkesi, bilimsel belirsizlik durumlarında ortaya çıkabilecek risklerin göz ardı edilmemesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını ifade etmektedir³¹. Bilimsel belirsizliğin bulunduğu durumlarda idarenin çevreye etkileri bulunan faaliyetler hakkında karar verirken yalnızca mevcut durumla sınırlı bir değerlendirme yapması yeterli görülmemektedir. Bilimsel ve teknik veriler ışığında ortaya çıkabilecek muhtemel çevresel etkilerin de dikkate alınması gerekmektedir. Zira önleme ve ihtiyat yaklaşımları, idareye çevresel zararın ve riskin niteliğini araştırma yükümlülüğü yüklemektedir. Bilimsel verilere dayanmayan bir inceleme sonucunda faaliyete izin verilmesi veya faaliyetin yasaklanması, çevresel etkilerin sağlıklı biçimde belirlenmesini güçleştirebilecektir. İklim değişikliğinin belirleyici risk faktörü oluşturduğu çevresel etkili kararlarda, bilimsel temelden yoksun bir değerlendirme teknik eksiklik düzeyini aşarak kararın hukuki meşruiyetini zayıflatan bir soruna dönüşmektedir.

II. Mevcut Mevzuatın Yapısal Sınırları

Türk hukukunda çevre üzerinde etkiler doğurabilecek faaliyetlerin idari karar süreçlerinde değerlendirilmesine yönelik en yerleşik mekanizma ÇED sürecidir. ÇED, Çevre Kanunu'nun³² 2. maddesinde tanımlanan ve gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevre üzerindeki muhtemel etkilerinin belirlenmesini, olumsuz etkilerin önlenmesi veya azaltılması için alınacak önlemler ile alternatiflerin incelenmesini ve projenin uygulanmasının izlenmesini kapsayan temel bir değerlendirme aracıdır. ÇED, projenin çevre üzerindeki muhtemel etkilerini belirleyerek idarenin karar alma sürecinin bilimsel veriler ışığında şekillenmesini amaçlayan³³ ve çevresel risklerin değerlendirilmesine imkân sağlayan idari usul mekanizmalarından biridir. Nitekim ÇED'e tabi projelerin hayata geçirilebilmesi, Çevre Kanunu ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde öngörülen sürecin tamamlanmasına bağlıdır³⁴. ÇED süreci, çevresel etkilerin değer-

³⁰ Süslü, *Çevre Hukuku* (n 3) 52.

³¹ Nükhet Turgut, 'İhtiyat İlkesi' (1996) 45(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, 68.

³² 2872 sayılı Çevre Kanunu, Kabul Tarihi: 09.08.1983, Resmî Gazete Tarihi: 11.08.1983, Resmî Gazete Sayısı: 18132.

³³ Süheyla Suzan Alica, 'Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (2011) 15(3) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 97, 98.

³⁴ Bahadır Apaydın ve Merve Evren, 'Yeni Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Yönetmeliği'ne Bir Bakış' (2023) (2) *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 119, 121.

lendirilmesine yönelik temel araçlardan biri olsa da mevcut yapısı içinde bazı genel sınırlılıklar taşımaktadır.

ÇED sürecinin bilimsel verilere dayalı bir değerlendirme mekanizması ön-görmesi, nihai karar aşamasında idarenin tamamen bağlı yetki içinde hareket ettiği anlamına gelmemektedir. ÇED raporu, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından oluşturulan komisyonca değerlendirilmekte ve alınan görüşler doğrultusunda son hâline getirilmektedir. Ancak komisyon karar organı niteliğinde olmayıp nihai karar yetkisi Bakanlığa aittir. Komisyon tarafından yapılan değerlendirme, karar sürecinin temelini oluştursa da idari karar bu değerlendirmenin otomatik sonucu değildir³⁵. Komisyon değerlendirmesi ile nihai karar arasındaki ayırım, ÇED sürecinin çevresel etkileri değerlendirmede önemli bir araç olmasına rağmen yapısal sınırlılıklar taşıdığını göstermektedir. Nitekim kimi durumlarda çevresel etkilerin yeterli bilimsel incelemeye konu edilmemesi³⁶ veya proje alternatiflerinin etkin biçimde değerlendirilmemesi³⁷, sürecin çevresel etkileri kapsamlı biçimde belirleme kapasitesini zayıflatılmaktadır. Benzer bir sınırlılık, Yönetmelikte yer verilen kümülatif etki değerlendirmesi bakımından da gözlenmektedir. Kümülatif etki değerlendirmesi, projelerin ekosistem üzerindeki ileriye dönük etkilerini incelemeye yöneliktir³⁸. Buna rağmen uygulamada değerlendirme çoğu zaman belirli bir proje bağlamında ortaya çıkabilecek etkileri aşan bir inceleme düzeyine ulaşamamaktadır. Söz konusu eksiklikler, iklim değişikliğine ilişkin etkiler değerlendirildiğinde daha belirgin hâle gelmektedir.

ÇED süreci iklime ilişkin bazı etkileri karar alma aşamasına taşımaktadır³⁹. Ancak iklim değişikliğine özgü etkilerin sistematik ve kapsamlı biçimde değerlendirilmesi bakımından yetersiz kalmaktadır. Nitekim iklim değişikliğine ilişkin değerlendirme, Yönetmelik hükümleri içinde müstakil ve açık bir yükümlülük olarak düzenlenmemiş, daha çok eklerde yer alan teknik inceleme başlıkları

³⁵ Alica, 'Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (n 33) 102.

³⁶ Danıştay 4 D, E 2025/1602 K 2025/3804, 16.06.2025; Danıştay 6 D, E 2021/4223 K 2021/10202, 28.09.2021 (Lexpera, Erişim Tarihi 5 Ocak 2026).

³⁷ Danıştay 6 D, E 2021/8539 K 2021/11262, 12.10.2021 (Lexpera, Erişim Tarihi 5 Ocak 2026); Alica, 'Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (n 33) 127.

³⁸ Apaydın ve Evren, 'Yeni Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Yönetmeliği'ne Bir Bakış' (n 34) 128.

³⁹ Süheyla Suzan Gökalp, 'İklim Krizi Bağlamında ÇED Uygulamaları ve ÇED Yönetmeliği'ndeki Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2023) (169) *TBB Dergisi* 155, 157.

aracılığıyla metne yansımıştır. Düzenleme biçimi iklim etkisini tamamen dışlamamakla birlikte kapsamı, yöntemi ve karar üzerindeki sonucu belirlenmiş bağlayıcı bir değerlendirme ölçütüne de dönüştürmemektedir. Uygulamada değerlendirme çoğu zaman iklim değişikliğinin azaltım boyutuna odaklanırken uyum, kırılganlık, uzun vadeli riskler ve bu unsurların karara yansımaya biçimi sınırlı ve parçalı kalmaktadır⁴⁰. Keza sektörel ÇED kılavuzlarında⁴¹ da iklim değişikliğine belirli ölçüde yer verilmesine rağmen iklim etkisi, denetimi kolaylaştıran ve alternatifler arasında rasyonel tercih yapılmasına imkân veren bağlayıcı bir değerlendirme standardı hâline getirilmemiştir.

Çevresel etkilerin değerlendirilmesine ilişkin araçlar proje düzeyinde işletilen ÇED sürecinden ibaret değildir. Çevre Kanunu ve Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönetmeliği hükümleri uyarınca, politika, plan ve programların çevre üzerindeki muhtemel etkilerinin değerlendirilmesi amacıyla Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) mekanizması da öngörülmüştür⁴². SÇD süreci, belirli plan ve programların hazırlanması aşamasında çevresel etkilerin değerlendirilmesini sağlayarak çevresel hususların karar alma süreçlerine daha erken bir aşamada dâhil edilmesini amaçlamaktadır⁴³. SÇD, plan ve program düzeyinde işletildiği için çevresel etkilerin alternatifler, uzun vadeli sonuçlar ve genel yönelimler bakımından daha geniş bir çerçevede ele alınmasına olanak tanımaktadır. Öte yandan SÇD, proje bazlı karar süreçlerine doğrudan uygulanmamaktadır. SÇD düzenlemesinde iklim değişikliğine ilişkin değerlendirme müstakil ve açık bir yükümlülük olarak düzenlenmemiş, raporda yer alması gereken çevresel unsurlar arasında sayılmıştır. Bu nedenle iklim değişikliğine ilişkin inceleme çoğu zaman genel çevresel politika düzeyinde kalmaktadır. Münferit idari kararların dayandığı olgusal temelin hangi yöntemle inceleneceği ve iklim verilerinin kararın sonucuna hangi hukuki ağırlıkla yansıyacağı SÇD sürecinde açık biçimde belirlenmemektedir. Dolayısıyla SÇD ve ÇED'in farklı karar düzeylerinde işleyen

⁴⁰ Alexandra Jiricka, Herbert Formayer, Anna Schmidt, Sonja Völler, Markus Leitner, Thomas B Fischer and Thomas F Wachter, 'Consideration of Climate Change Impacts and Adaptation in EIA Practice - Perspectives of Actors in Austria and Germany' (2016) 57 *Environmental Impact Assessment Review* 78, 79.

⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, 'Sektörel Kılavuzlar' <<https://ced.csb.gov.tr/sektorel-kilavuzlar-85878>> Erişim Tarihi 21 Mart 2026.

⁴² Ahmet M Güneş, 'Çevre Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme' (2010) (91) *TBB Dergisi* 33, 36.

⁴³ Yaprak Yeşil, *İdare Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme* (Adalet 2024) 148; Hakan Olgun, 'Stratejik Çevresel Değerlendirme ve Türkiye Uygulaması' (2025) (85) *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 218, 221.

tamamlayıcı yapısı⁴⁴, iklim etkisinin belirli bir yöntemle değerlendirilmesini tek başına güvence altına almamaktadır.

Mevcut mevzuatın sınırları değerlendirilirken İklim Kanunu'nun⁴⁵ konumu da ayrıca ele alınmalıdır. 7552 sayılı İklim Kanunu, sera gazı emisyonlarının azaltımı, uyum faaliyetleri, planlama araçları ve emisyon ticaret sistemi başta olmak üzere iklim değişikliğiyle mücadeleyle ilişkin temel esasları düzenlemektedir. Kanun, Türkiye'nin iklim politikasını ve başta Paris Anlaşması olmak üzere uluslararası yükümlülükler doğrultusunda şekillenen iklim yönetişimini iç hukuk düzenine taşıyan temel metinlerden biridir. 7552 sayılı Kanun, iklim yasalarının genel karakterine uygun olarak, iklim politikasının yönünü ve kurumsal araçlarını belirleyen⁴⁶ bir düzenleme işlevi üstlenmektedir. Bu yönüyle Kanun, idarenin somut kararlarında iklim etkisinin hangi yöntem ve ölçütlerle değerlendirileceğini ve bu değerlendirmenin karar gerekçesine nasıl yansıtılacağını ayrıntılı biçimde düzenlememektedir.

Yapılan değerlendirmeler, mevcut mevzuatın iklim değişikliğini idari karar süreçleriyle ilişkilendirdiğini, ancak bu ilişkiyi belirli, sistematik ve bağlayıcı bir değerlendirme rejimine dönüştüremediğini göstermektedir⁴⁷. Ortaya çıkan belirsizlik, çevre ve iklim alanında üstlenilen ulusal ve uluslararası yükümlülüklerin idari karar süreçlerine hangi ölçüde ve hangi usulle yansıtılacağı sorusunu açıkta bırakmaktadır.

III. İklim Etkisinin İdari Kararlara Yansıtılması: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme

İklim etkisinin idari karar alma süreçlerinde değerlendirilmesine ilişkin bir çerçevenin oluşturulmasında karşılaştırmalı hukuk örneklerinin incelenmesi yol gösterici nitelik taşımaktadır. Karşılaştırmalı hukukta iklim değişikliğine ilişkin bilimsel veriler, idari karar süreçlerine farklı yöntem ve araçlar üzerinden dâhil edilmektedir. İncelenen hukuk sistemlerinde iklim etkisi mevcut etki değeri-

⁴⁴ Olgun, 'Stratejik Çevresel Değerlendirme ve Türkiye Uygulaması' (n 43) 222.

⁴⁵ 7552 sayılı İklim Kanunu, Kabul Tarihi: 02.07.2025, Resmî Gazete Tarihi: 09.07.2025, Resmî Gazete Sayısı: 32951.

⁴⁶ Alina Averchenkova, Catherine Higham, Tiffanie Chan and Isabela Keuschnigg, *Impacts of Climate Framework Laws: Lessons from Germany, Ireland and New Zealand* (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment 2024) 4.

⁴⁷ İklim değişikliğine ilişkin hususların ÇED karar alma sürecinde sistematik ve esaslı etkiye sahip olması gerekliliği için bkz. Rose Mayembe, Nicholas Philip Simpson, Olivia Rumble and Marieke Norton, 'Integrating Climate Change in Environmental Impact Assessment: A Review of Requirements Across 19 EIA Regimes' (2023) 869 *Science of the Total Environment* 1, 2.

dırma süreçleri içinde ele alınmakta, ancak bu süreçlerin iklim değerlendirme- sine yaklaşımı farklılık göstermektedir. Bazı hukuk sistemlerinde iklim etkisi genel çevresel değerlendirmenin unsurlarından biri olarak ele alınırken, diğer- lerinde zorunlu ölçütler veya belirli metodolojik araçlar yoluyla karar sürecine bağlanmaktadır. İncelenen örnekler arasındaki ortak nokta, iklim değişikliğine ilişkin verilerin karar alma sürecinde etkili bir değerlendirme unsuru hâline getirilmesi ve bu değerlendirmenin yargısal denetime elverişli biçimde karar dosyasına yansıtılmasıdır.

Avrupa Birliği hukukunda iklim etkisinin çevresel etki değerlendirme süre- cine dâhil edilmesi, 2011/92/AB sayılı ÇED Direktifi'nde değişiklik yapan 2014/52/AB sayılı Direktif⁴⁸ ile sağlanmıştır. Direktifte, iklim değişikliğinin çevre ve ekonomik kalkınma bakımından doğurduğu risklere dikkat çekilerek projeler- in iklim üzerindeki etkileri ile iklim değişikliğine karşı kırılganlıklarının değer- lendirilmesine özel önem atfedilmiştir⁴⁹. Direktif'in 3. maddesi uyarınca çevre- sel etki değerlendirmesinde, proje bakımından önem taşıyan doğrudan ve do- laylı etkiler uygun şekilde belirlenmeli ve incelenmelidir. İklim de bu kapsamda değerlendirme konusu unsurlar arasında yer almaktadır. Böylece projenin iklim üzerindeki etkisi ile iklim değişikliğine karşı kırılganlığı, AB ÇED rejiminde karar alma sürecinin yapısal bileşenleri hâline gelmektedir. AB modelinde tercih edi- len yöntem, iklim değerlendirmesinin bağımsız bir usule bağlanması yerine mevcut ÇED sürecinin iklim etkisini kapsayacak biçimde genişletilmesidir⁵⁰.

AB Direktifi'nin iç hukuka aktarılması sürecinde Alman hukuku, iklim etki- sini çevresel etki değerlendirme sisteminin parçası hâline getiren yaklaşımıyla önemli bir örnek sunmaktadır. Alman Çevresel Etki Değerlendirmesi Kanu- nu'nda (Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz-UVPG)⁵¹ yapılan değişiklikler, iklim değişikliğinin etkileri ile proje ve planların iklimsel kırılganlığının ön ince- leme, çevresel etki değerlendirmesi ve stratejik çevresel değerlendirme süreç- lerinde dikkate alınmasını öngörmektedir. Kanun'un 2. maddesi uyarınca ÇED, projenin insanlar, hayvanlar, bitkiler, biyolojik çeşitlilik, toprak, su, hava, iklim

⁴⁸ Directive 2014/52/EU [2014] OJ L 124/1 <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/52/oj/eng>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026.

⁴⁹ Jiricka and others, 'Consideration of Climate Change Impacts and Adaptation in EIA Practice - Perspectives of Actors in Austria and Germany' (n 40) 78.

⁵⁰ Stephen E Mustow, 'The New EIA Directive (2014/52/EU) and UK Water Impact Assessment Practice' (2017) 35(3) *Impact Assessment and Project Appraisal* 240, 245.

⁵¹ Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVPG) (Beck-Online, Erişim Tarihi 3 Nisan 2026).

ve peyzaj üzerindeki etkilerini belirleyen ve idari karar sürecine veri sunan kapsamlı bir çevresel değerlendirme mekanizmasıdır. Kanun'un 33. maddesi ve devamı uyarınca SÇD, belirli plan ve programların çevre üzerindeki muhtemel etkilerinin önceden belirlenmesi ve değerlendirilmesi için öngörülmüştür. SÇD, çevresel verilerin karar alma sürecine aktarılmasına ve iklim değişikliğinin değerlendirme kapsamına alınmasına hizmet etmektedir. Alman hukukunda iklim etkisine ilişkin inceleme, mevcut çevresel değerlendirme süreçleri içinde konumlandırılmıştır. Ancak Alman düzenlemeleri, Türk hukukundaki duruma benzer biçimde, iklim değişikliğinin idari karar süreçlerinde hangi kapsam ve yöntemle değerlendirileceğine ilişkin belirsizlikleri tümüyle gidermemektedir⁵².

İklim etkisinin çevresel etki değerlendirme süreci içinde ele alındığı bir diğer örnek İngiltere hukukunda görülmektedir. İngiltere'de çevresel etki değerlendirmesi, 2017 Şehir ve Bölge Planlama Yönetmeliği⁵³ ile 2017 Altyapı Planlama Yönetmeliği⁵⁴ çerçevesinde düzenlenmektedir. Şehir ve Bölge Planlama Yönetmeliği'nin 4. maddesinde iklim, ÇED sürecinde değerlendirilecek başlıklar arasında yer almaktadır. Aynı şekilde Altyapı Planlama Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında da ulusal öneme sahip büyük altyapı projeleri bakımından iklim, önerilen projenin arazi, toprak, su ve hava üzerindeki etkileriyle birlikte değerlendirme konusu yapılmaktadır. İngiltere'de iklim değişikliğinin idari karar süreçlerindeki rolü kimi zaman yargı kararlarında da tartışma konusu olmaktadır⁵⁵. Dikkat çekici bir kararda alt derece mahkemeleri petrol üretim projesine ilişkin çevresel etki değerlendirme raporundaki verileri yeterli görürken, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi çıkarılan petrolün rafinaj sonrasında yakıt olarak kullanılmasıyla ortaya çıkacak sera gazı emisyonlarının raporda yer almamasını eksiklik olarak değerlendirmiştir. Ayrıca Mahkeme, projenin gerçekleştirilmesi hâlinde ortaya çıkması kaçınılmaz olan bu emisyonların, proje ile nedensel bağlantı içinde bulunan dolaylı etkiler kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve çevresel etki değerlendirmesinin yalnızca proje sahasıyla sınırlı tutula-

⁵² Jiricka and others, 'Consideration of Climate Change Impacts and Adaptation in EIA Practice - Perspectives of Actors in Austria and Germany' (n 40) 85.

⁵³ Town and Country Planning (Environmental Impact Assessment) Regulations 2017, SI 2017/571 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a81a77fe5274a2e8ab55252/SI-Town_and_Country_Planning.pdf> Erişim Tarihi 12 Şubat 2026.

⁵⁴ Infrastructure Planning (Environmental Impact Assessment) Regulations 2017, SI 2017/572 <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/572/contents/made>> Erişim Tarihi 12 Şubat 2026.

⁵⁵ *R (Plan B Earth) v Secretary of State for Transport* [2020] EWCA Civ 214 <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/214.pdf>> Erişim Tarihi 18 Mart 2026.

mayacağını açıkça ortaya koymuştur⁵⁶. Söz konusu karar, iklim etkisinin ÇED sürecindeki kapsamının idari işlemin dayanağı ve yargısal denetimin yönü üzerinde belirleyici sonuçlar doğurabileceğini ortaya koymaktadır.

Kanada hukuku, iklim etkisini etki değerlendirme sürecinde zorunlu bir ölçüde dönüştüren örneklerden biridir. 2019 tarihli Etki Değerlendirme Kanunu⁵⁷, proje bazlı incelemenin yanı sıra bölgesel ve stratejik süreçleri de kapsayan bütünlük bir çerçeve kurarak çevresel, sosyal, sağlık ve ekonomik boyutları değerlendirme alanına dâhil etmiştir. Kanun'un önsözünde, etki değerlendirmesinin Kanada'nın iklim değişikliğine ilişkin çevresel yükümlülüklerini ve taahhütlerini yerine getirme kapasitesini güçlendiren bir araç olduğu belirtilmektedir. Kanun'un 22. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi, projenin etkilerinin Kanada'nın iklim değişikliğine ilişkin çevresel yükümlülük ve taahhütlerini yerine getirmesini ne ölçüde engellediğini veya desteklediğini, etki değerlendirme sürecinde dikkate alınması zorunlu faktörler arasında saymaktadır. Kanun'un 63. maddesi uyarınca iklim kriteri, kamu yararı değerlendirmesinin zorunlu unsurlarından biri olarak karar alma süreciyle doğrudan ilişkilendirilmektedir⁵⁸. Buna rağmen Kanun metni, iklim etkisinin hangi yöntem ve kapsamda değerlendirileceğini ayrıntılı biçimde düzenlememiştir. Değerlendirme usulü, daha sonra hazırlanan İklim Değişikliğinin Stratejik Değerlendirmesi belgesiyle somutlaştırılmıştır⁵⁹. Kanaatimize göre Kanada düzenlemeleri, nesnel kriterler ve yükümlülükler içermesi ve iklim etkisinin kamu yararı değerlendirmesiyle doğrudan ilişkilendirilmesi suretiyle, idarenin karar alma sürecindeki takdir yetkisinin daha belirli kanuni ölçütler çerçevesinde kullanılmasına katkı sağlamaktadır.

Yeni Zelanda hukuku, iklim etkisinin etki değerlendirme süreciyle ilişkilendirildiği farklı bir model sunmaktadır. 2004 yılında Kaynak Yönetimi Kanu-

⁵⁶ *R (Finch on behalf of the Weald Action Group) v Surrey County Council* [2024] UKSC 20 <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2022-0064>> Erişim Tarihi 10 Mart 2025; benzer yönde bkz. *Friends of the Earth Ltd v Secretary of State for Levelling Up, Housing and Communities; South Lakeland Action on Climate Change v SoSLUHC* [2024] EWHC 2349 (Admin) <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/09/FoE-and-South-Lakeland.pdf>> Erişim Tarihi 18 Mart 2026.

⁵⁷ *Impact Assessment Act* SC 2019, c 28, s 1 <<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/i-2.75/page-1.html>> Erişim Tarihi 12 Şubat 2026.

⁵⁸ Meinhard Doelle and A John Sinclair, 'The New IAA in Canada: From Revolutionary Thoughts to Reality' (2019) 79 *Environmental Impact Assessment Review* 1, 5.

⁵⁹ *Strategic Assessment of Climate Change* <<https://www.canada.ca/en/services/environment/conservation/assessments/strategic-assessments/climate-change.html>> Erişim Tarihi 10 Mart 2026.

nu'na⁶⁰ (RMA) eklenen 7. maddenin (i) bendi uyarınca, doğal ve fiziki kaynakların kullanımı, geliştirilmesi ve korunması konusunda yetki kullanan idari merciler ile karar vericilerin iklim değişikliğinin etkilerini özellikle gözetmesi gerekmektedir. Yeni Zelanda düzenlemesi, kapsamı bakımından Kanada modelinden ayrılmaktadır. 7. maddenin (i) bendinde öngörülen yükümlülük, ağırlıklı olarak iklim değişikliğinin başvuru üzerindeki etkilerine yöneliktir. Nitekim Kanun'un 70A ve 104E maddeleri, sera gazı emisyonlarının iklim değişikliğine katkısının değerlendirme dışında tutulmasını esas almakta ancak yenilenebilir enerji kullanım ve geliştirilmesinin sera gazı emisyonlarını azaltması ölçüsünde bu hususun dikkate alınmasına istisna tanımaktadır. Yargı kararlarında da aynı yaklaşım benimsenmiş ve yenilenebilir olmayan enerji faaliyetlerinde iklim değişikliği üzerindeki olumsuz etkilerin değerlendirme kapsamı dışında kaldığı kabul edilmiştir⁶¹. Bahsi geçen hükümlerin 2022 yılında kaldırılmasının ardından ise RMA kapsamında iklim değişikliğinin azaltım boyutunun da idari karar süreçlerinde dikkate alınabilmesinin önü açılmıştır.

Karşılaştırmalı hukuk örnekleri, iklim etkisinin idari karar süreçlerine yansıtılmasında tek tip bir model bulunmadığını göstermektedir. Ortak eğilim ise iklim verisini çevresel raporlamada tali bir başlık olmaktan çıkarak idari işlemin gerekçesi, kamu yararı değerlendirmesi ve yargısal denetim bakımından hukuki ağırlık taşıyan bir ölçüte dönüştürmektir.

IV. Türk Hukukunda İklim Etkisinin Etki Değerlendirme Süreçlerinde Üstlenmesi Gereken İşlev

Mevcut düzenlemelerde iklim etkisine belirli ölçüde yer verilmesi, söz konusu etkinin idari kararın sonucunu yönlendiren bir hukuki ölçüte dönüştüğünü göstermemektedir. İklim verisinin teknik inceleme içinde görünür olması tek başına yeterli değildir. Kararın maddi temelini, kamu yararını ve gerekçesini hangi yönde etkileyeceği belirlenmediğinde, iklim etkisi idari işlemin hukuki yapısı bakımından ara bir konumda kalmaktadır. İklim verilerini de kapsayan çevresel bilgiler, kararın yönünü etkileyen hukuki değerlendirme zemininin bir parçası hâline getirilmelidir⁶².

⁶⁰ *Resource Management Act 1991* <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/69/en/latest/#DLM_230265> Erişim Tarihi 10 Mart 2026.

⁶¹ Sarah Baillie, *The Consideration and Regulation of Climate Change Effects under the Resource Management Act 1991* (LLB (Hons) dissertation, University of Otago 2012) 35.

⁶² Aleksandra Bujaroska and Peter Vajda, 'Experiences of the Energy Community Dispute Settlement Procedure in the Field of Environment' (2025) 26 *ERA Forum* 385, 388.

İklim verilerinin idari karar sürecinde teknik veri ile hukuki ölçüt arasında kalması, idareye iklim etkisinin kapsamını ve ağırlığını belirleme konusunda geniş bir hareket alanı bırakmaktadır. Ortaya çıkan hareket alanı, takdir yetkisinin⁶³ kullanım sınırlarını gündeme getirmektedir. Oysa takdir yetkisi, keyfiliği dışlayan⁶⁴, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda⁶⁵ nesnel, gerekçeli ve denetlenebilir bir değerlendirme yapılmasını gerektiren bir yetkidir. Etki değerlendirme raporlarında iklim etkisinin genel ifadelerle ele alınması veya yeterince irdelenmemesi, karar aşamasında kamu yararı ile çevre dengesi arasındaki ilişkinin somutlaştırılmasını güçleştirmektedir. Danıştay'ın konuya ilişkin bir kararında da aynı sorun görünür hâle gelmiştir. Uyuşmazlıkta, ÇED raporunda planlanan projenin iklim değişikliği oluşturacak bir etkisinin bulunmadığı belirtilmesine rağmen, bilirkişi raporunda sera gazı emisyonları ve iklim değişikliğine etkiler yönünden yeterli inceleme yapılmadığı tespit edilmiştir. Danıştay, belirtilen yetersizliklerin ÇED raporunu hukuken sakatlar nitelikte olup olmadığının ortak ve bütüncül bilirkişi değerlendirmesiyle ortaya konulması gerektiğini kabul etmiştir⁶⁶. Karardan da anlaşılabacağı üzere, iklim etkisinin etki değerlendirme sürecinde yeterince somutlaştırılmaması, idari aşamada karşılanması gereken değerlendirme yükünün önemli ölçüde yargısal denetime taşınmasına neden olmaktadır. Söz konusu sakıncayı önlemek için iklim etkisinin kapsamı, yöntemi ve karar üzerindeki işlevi etki değerlendirme süreçlerinde açıkça belirlenmelidir. Bu çerçevede yapılacak düzenleme, idarenin nesnel ölçütlere dayalı karar tesis etmesine imkân tanıyacaktır.

İklim verisinin etki değerlendirme sürecindeki ağırlığının belirsiz kalması, idari işlemin dayanağını da etkilemektedir. Çevresel etkiler doğuran işlemlerde iklim değişikliğine ilişkin veriler, her durumda bağımsız bir hukuki sebep teşkil etmese bile, kararın maddi temelini oluşturan olgusal zeminin bir parçası hâline gelebilmektedir⁶⁷. İklim değişikliği çoğu durumda gerçekleşmiş bir zarardan ziyade geleceğe dönük riskler üzerinden değerlendirme konusu olduğundan, iklim verileri-

⁶³ Takdir yetkisi; mevzuatta yetkinin kullanım biçiminin ayrıntılı olarak belirlenmediği ve idareye birden fazla hukuken geçerli seçenek arasında tercih yapma imkânı tanıdığı durumlarda ortaya çıkan karar serbestisini ifade etmektedir; Sinan Seçkin ve Gül Üstün, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi' (2015) 21(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 509, 511.

⁶⁴ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt I (6. Baskı, Seçkin 2023) 65.

⁶⁵ Danıştay 8 D, E 2024/5332 K 2025/378, 04.02.2025 (Lexpera, Erişim Tarihi 2 Şubat 2026).

⁶⁶ Danıştay 6 D, E 2021/6769 K 2021/13296, 02.12.2021 (Lexpera, Erişim Tarihi 5 Mayıs 2026).

⁶⁷ Konuya ilişkin Danıştay Tetkik Hâkimi görüşü için bkz. Danıştay 6 D, E 2021/3773 K 2024/3, 08.01.2024 (Lexpera, Erişim Tarihi 7 Şubat 2026).

nin maddi vakianın belirlenmesindeki işlevi tamamlayıcı bilgiyle sınırlı görülemeyecektir⁶⁸. İklim etkisinin gereği gibi incelenmemesi, değerlendirme sürecini zayıflatmanın ötesinde, bazı işlemlerde maddi vakianın eksik belirlenmesine ve sebep unsurunun yeterli araştırmaya dayanmaması riskine yol açabilmektedir. İklim etkisinin ÇED raporunda değinilen başlıklardan biri olması, yargısal denetimde bu etkinin çoğu zaman ÇED raporunun yeterliliği üzerinden tartışılmasına neden olmaktadır⁶⁹. Nitekim bir uyuşmazlıkta⁷⁰ ilk derece mahkemesi, iklimle bağlantılı etkileri emisyon kaynakları, çevresel yayılım, yer seçimi, su kaynakları ve kümülatif etkiler bakımından ayrıntılı ve bütüncül biçimde ele alan bilirkişi raporuna dayanarak ÇED raporunu yetersiz bulmuştur. Danıştay ise, ÇED raporundaki genel açıklamaları yeterli görerek projenin çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin kabul edilebilir düzeyde bulunduğu sonucuna varmıştır. İlk derece mahkemesi ile Danıştay'ın aynı rapor içeriğinden yola çıkarak farklı sonuçlara ulaşması, iklim etkisinin ÇED raporunda yer almasının tek başına yeterli olmadığını göstermektedir. Belirleyici olan, iklim etkisinin idari işlemin sebep unsuru, amaç unsuru ve gerekçesiyle denetime elverişli biçimde ilişkilendirilmesidir.

Türk hukukunda iklim etkisinin, yöntemi belirlenmiş zorunlu bir değerlendirme unsuru olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır⁷¹. Ne var ki iklim etkisinin hangi alt bileşenlerden oluşacağı ve söz konusu bileşenlerin karar sürecinde nasıl kullanılacağı bütüncül biçimde düzenlenmemiştir. İklim etkisinin etki değerlendirme süreçlerinde dikkate alınmasına ilişkin bütün ayrıntıların kanun düzeyinde belirlenmesi zorunlu değildir. Ancak etkinin kapsamı, yöntemi ve uygulanma biçimi, kanuni düzenlemeleri tamamlayan teknik rehberler ve uygulama araçlarıyla somutlaştırılmalıdır⁷². Değerlendirme çerçevesi, projenin

⁶⁸ Nitekim ihtiyat ilkesi de ciddi ve makul bir zarar riskinin varlığı idarenin harekete geçmesi için yeterli kabul edilmekte; bu risk, idari işlemin dayandığı maddi vakianın bir parçası hâline gelmektedir; Züleyha Keskin, 'İklim Değişikliği Davalarında İhtiyat İlkesi' (2025) 42(2) *Anayasa Yargısı* 1153, 1197.

⁶⁹ ÇED olumlu kararının, eksik inceleme ve yetersiz değerlendirmeye dayalı olması nedeniyle iptali hakkında bkz. Danıştay 4 D, E 2025/1341 K 2025/1907, 24.03.2025 (Lexpera, Erişim Tarihi 1 Nisan 2026).

⁷⁰ Danıştay 4 D, E 2024/556 K 2024/3550, 30.05.2024 (Lexpera, Erişim Tarihi 6 Mayıs 2026).

⁷¹ Danıştay kararlarında iklime olan etki kimi zaman zorunlu unsur olarak yer alsa da zorunluluk ÇED raporunun içeriğinde yer alması ile ilgilidir. Ancak değerlendirme konusunda belirsizlikler varlığını sürdürmektedir. Örnek olarak bkz. Danıştay 4 D, E 2023/11973 K 2023/5745, 26.10.2023 (Lexpera, Erişim Tarihi 1 Nisan 2026).

⁷² Mayembe and others, 'Integrating Climate Change in Environmental Impact Assessment: A Review of Requirements Across 19 EIA Regimes' (n 47) 12.

iklim üzerindeki etkileriyle sınırlı tutulmamalıdır. Projenin iklim değişikliği karşısındaki kırılganlığı da inceleme kapsamına alınmalıdır⁷³. Zira kırılganlık incelemesi yapılmadığında, proje mevcut iklim koşulları esas alınarak değerlendirilmekte olup, proje ömrü boyunca ortaya çıkabilecek kuraklık, aşırı yağış, yangın, sıcaklık artışı veya su stresi gibi değişkenlerin⁷⁴ çevresel etkileri nasıl ağırlaştırılabileceği yeterince görünür hâle gelmemektedir. Kırılganlık incelemesi, kararın olgusal temelini ve öngörülen önlemlerin yeterliliğini doğrudan etkileyen bir araştırma alanıdır. Kırılganlığın mevcut mevzuatta olduğu gibi genel bir değerlendirme başlığı olarak zikredilmesi yeterli değildir.

İklim etkisinin yöntem, veri ve kırılganlık göstergeleriyle somutlaştırılması ihtiyacı, iç hukukla sınırlı bir mesele değildir. AB'nin yeşil dönüşüm yaklaşımı da iklim etkisinin ölçülebilir ve karşılaştırılabilir esaslara göre ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Avrupa Yeşil Mutabakatı, AB'nin yeni büyüme stratejisi olarak enerji, sanayi, ulaşım, tarım ve altyapı başta olmak üzere birçok politika alanının iklimin ve çevrenin korunması ekseninde yeniden ele alınmasını öngörmektedir⁷⁵. Avrupa Yeşil Mutabakatı'nın 2030 emisyon azaltım ve 2050 iklim nötrlüğü hedefleri doğrultusunda sürdürülebilir yatırımları yönlendirmek amacıyla geliştirilen taksonomi düzenlemeleri⁷⁶, iklim değişikliğine uyum bakımından iklim riski ve kırılganlık değerlendirmesine özel bir işlev yüklemektedir. Taksonomi bir etki değerlendirme rejimi kurmamakla birlikte, iklim değişikliğine uyum bakımından iklim riski ve kırılganlık değerlendirmesini faaliyetin ölçeği, beklenen ömrü ve uzun ömürlü faaliyetlerde ileriye dönük iklim projeksiyonlarıyla ilişkilendiren teknik ölçütler öngörmektedir⁷⁷. Bu nedenle kuraklık, sıcak-

⁷³ Stephanie Hands and Malcolm D Hudson, 'Incorporating Climate Change Mitigation and Adaptation into Environmental Impact Assessment: A Review of Current Practice within Transport Projects in England' (2016) 34(4) *Impact Assessment and Project Appraisal* 330, 331.

⁷⁴ Erda Çeler and Yusuf Serengil, 'A Multi-Scale Climate Vulnerability and Risk Assessment (C-VRA) Methodology for Corporate Scale Investments: West Bank-Palestine Case Study' (2023) 7(2) *Resilience* 269, 278.

⁷⁵ Kamile Türkoğlu Üstün, 'Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri' (2021) 16(36) *Memleket Siyaset Yönetim* 329, 332.

⁷⁶ Abdul Khaliq, Yichen Wang and Khalid Ahmed, 'Europe's Environmental Dichotomy: The Impact of Regulations, Climate Investments, and Renewable Energy on Carbon Mitigation in the EU-22' (2025) 198 *Energy Policy* 114498, 1, 2.

⁷⁷ Diana Vela Almeida and others, 'The "Greening" of Empire: The European Green Deal as the EU first agenda' (2023) 105 *Political Geography* 102925, 1, 7; Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139, Annex I, Appendix A, 'Generic Criteria for DNSH to Climate Change Adaptation' <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_del/2021/2139/oj/eng>.

lık artışı, şiddetli yağış, sel, yangın riski ve su stresi gibi iklim kaynaklı tehlikelerin proje üzerindeki sonuçları, sektörel özellikler dikkate alınarak belirlenen yöntem ve esaslarla ortaya konulmalıdır⁷⁸.

Karbon ayak izi hesaplamaları, sera gazı emisyon projeksiyonları, kümülatif etki analizleri ve iklimsel risk değerlendirmeleri bakımından uygulanacak yöntemler, karşılaştırma ölçütleri ve ulaşılan sonuçların karar sürecine yansıtılma biçimi daha açık ve standartlaştırılmış bir çerçeveye kavuşturulmalıdır⁷⁹. Bunun yanında, hangi emisyon türlerinin dikkate alınacağı, hesaplama esaslarının ne şekilde belirleneceği, azaltım hiyerarşisinin nasıl işletileceği ve değerlendirme eşikleri önceden gösterilmelidir⁸⁰. Böylece idare, proje ile sağlanması amaçlanan kamu yararı ve projenin iklim üzerindeki etkilerini aynı değerlendirme zemininde ele alabilecek, ulaştığı sonucu karar dosyası ile gerekçede görünür kılabilir.

İfade edilen tüm hususlar çerçevesinde Türk hukukunda belirli eşikleri aşan, ciddi kümülatif etkiler doğuran, uzun vadeli iklim hedefleriyle bağdaşmayan veya doğrudan ve dolaylı sonuçları itibarıyla uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesini zora sokan projeler bakımından, idarenin gerekçelendirme sorumluluğunu yoğunlaştıran bir değerlendirme yapısına ihtiyaç duyulmaktadır.

Sonuç

İklim krizinin küresel ölçekte ulaştığı afet boyutu, iklim etkisinin etki değerlendirme süreçlerinde çevresel veri olarak kavranmasıyla yetinilemeyeceğini göstermektedir. Geleceğe dönük ciddi ve öngörülebilir riskler, kümülatif etkiler ve iklimsel kırılganlık göstergeleri de karar sürecinin parçası olarak değerlendirilmelidir. Türk hukukunda iklim etkisinin etki değerlendirme süreçlerinde yer alması ile idari kararın sonucuna hukuki ağırlıkla yansımaları arasında, değerlendirmenin kapsamı, uygulanacak yöntem ve ulaşılan bulguların karara esas

⁷⁸ Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139 (n 77) Annex I, Appendix A.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. Hakan Güneş, 'The Relationship Between Environmental Impact Assessment Practices and Climate Change Indicators in Turkey: Institutional Analysis of Ecological Adaptation' (2025) 12(119) *International Journal of Social and Humanities Sciences Research* 1163, 1166.

⁸⁰ Katja Hetmanchuk, 'Consideration of Climate Change Mitigation in Canadian Environmental Assessment: Intention and Implementation' (2020) 38(3) *Impact Assessment and Project Appraisal* 181, 190.

alınma biçimi bakımından yeterince belirli bir ilişki kurulmuş değildir. Bu durum, benzer nitelikteki iklim etkilerinin bir işlemde belirleyici, başka bir işlemde tali görülmesine yol açarak idari uygulamada tutarlılık, öngörülebilirlik ve hesap verebilirlik sorunları doğurmaktadır. İklim etkisi, etki değerlendirme raporunda yer verilen tamamlayıcı bir çevresel bilgi olarak kaldığında karar sürecine sınırlı bir katkı sunmaktadır. Hukuki anlam kazanması, kararın maddi temeli, kamu yararı değerlendirmesi ve gerekçesiyle ilişkilendirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla idare, iklim etkisine ilişkin değerlendirmesini hangi veriye ve yöntemle dayandırdığını ve ulaştığı sonucu denetlenebilir biçimde ortaya koymalıdır.

İklim değişikliğinin çevresel riskler içindeki öncelikli konumu, iklim etkisinin mevcut etki değerlendirme mekanizmalarında idarenin göz ardı edemeyeceği bağlayıcı bir değerlendirme ölçütü olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Belirlenecek ortak yöntem ve ölçütler, farklı projelerde iklim etkisinin aynı esaslar çerçevesinde değerlendirilmesini sağlayacak ve takdir yetkisinin nesnel biçimde kullanılmasına katkı sunacaktır. Böylece yargı organları, faaliyetin iklim üzerindeki etkisini raporda yer alıp almadığına indirgemedi, yapılan değerlendirmenin yeterliliği, iklim etkisinin somut önemi ve karar sonucuna etkisi üzerinden inceleyebilecektir.

Türk hukukunda ihtiyaç duyulan yaklaşım, iklim etkisinin Anayasa'nın 56. maddesiyle güvence altına alınan çevrenin korunması ödevi ve iklim değişikliğine ilişkin uluslararası yükümlülüklerle uyumlu bir idari karar standardı olarak düzenlenmesidir. Bu standardın uygulanabilir hâle gelmesi için ÇED ve SÇD süreçlerinde iklim bakımından yoğun inceleme gerektiren faaliyetler, değerlendirme ölçütleri, idarenin araştırma yükünün kapsamı ve ulaşılan sonucun karara yansıtılma biçimi açık ve öngörülebilir şekilde düzenlenmelidir. İklim etkisinin değerlendirilme yoğunluğu, faaliyetin niteliği, ölçeği ve doğurabileceği sonuçlara göre belirlenmelidir. İklim bakımından ağır sonuçlar doğurma ihtimali bulunan faaliyetlerde idarenin inceleme ve açıklama yükünün yoğunlaşması, çevrenin korunmasına ilişkin hukuki sorumluluğun ve bilimsel verilere dayalı karar alma gereğinin doğal sonucudur.

Kaynakça

- Aksoy M, *Çevre Hukuku İlkelerinin İdari Yargı Kararlarına Yansıması* (On İki Levha 2024)
- Akıylmaz B, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin 2000)
- Akıylmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2025)
- Alica S S, 'Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (2011) 15(3) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 97-130
- Apaydın B ve Evren M, 'Yeni Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Yönetmeliği'ne Bir Bakış' (2023) (2) *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 119-140
- Atay E E, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2022)
- Averchenkova A, Higham C, Chan T and Keuschnigg I, *Impacts of Climate Framework Laws: Lessons from Germany, Ireland and New Zealand* (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment 2024)
- Aykul Ö, *Ekolojik Hukuk (Eko - Hukuk) & Çevre Hukuku* (Seçkin 2024)
- Baillie S, *The Consideration and Regulation of Climate Change Effects under the Resource Management Act 1991* (LLB (Hons) dissertation, University of Otago 2012)
- Bujaroska A and Vajda P, 'Experiences of the Energy Community Dispute Settlement Procedure in the Field of Environment' (2025) 26 *ERA Forum* 385-398
- Çeler E and Serengil Y, 'A Multi-Scale Climate Vulnerability and Risk Assessment (C-VRA) Methodology for Corporate Scale Investments: West Bank-Palestine Case Study' (2023) 7(2) *Resilience* 269-292
- Deniz B, 'İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı' (2021) (153) *TBB Dergisi* 187-234
- Doelle M and Sinclair AJ, 'The New IAA in Canada: From Revolutionary Thoughts to Reality' (2019) 79 *Environmental Impact Assessment Review* 1-9
- Gökalp S S, 'Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu' (2022) 17(38) *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)* 267-300
- , 'İklim Krizi Bağlamında ÇED Uygulamaları ve ÇED Yönetmeliği'ndeki Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2023) (169) *TBB Dergisi* 155-194
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (22. Baskı, Ekin 2020)
- Gözübüyük A Ş ve Tan T, *İdare Hukuku*, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku (8. Baskı, Turhan 2016)
- Güneş A M, 'Çevre Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme' (2010) (91) *TBB Dergisi* 33-66
- Güneş H, 'The Relationship Between Environmental Impact Assessment Practices and Climate Change Indicators in Turkey: Institutional Analysis of Ecological Adaptation' (2025) 12(119) *International Journal of Social and Humanities Sciences Research* 1163-1168

- Hands S and Hudson M D, 'Incorporating Climate Change Mitigation and Adaptation into Environmental Impact Assessment: A Review of Current Practice within Transport Projects in England' (2016) 34(4) *Impact Assessment and Project Appraisal* 330-345
- Hetmanchuk K, 'Consideration of Climate Change Mitigation in Canadian Environmental Assessment: Intention and Implementation' (2020) 38(3) *Impact Assessment and Project Appraisal* 181-193
- Jiricka A, Formayer H, Schmidt A, Völler S, Leitner M, Fischer TB and Wachter TF, 'Consideration of Climate Change Impacts and Adaptation in EIA Practice - Perspectives of Actors in Austria and Germany' (2016) 57 *Environmental Impact Assessment Review* 78-88
- Khalique A, Wang Y and Ahmed K, 'Europe's Environmental Dichotomy: The Impact of Regulations, Climate Investments, and Renewable Energy on Carbon Mitigation in the EU-22' (2025) 198 *Energy Policy* 114498, 1-16
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt I (6. Baskı, Seçkin 2023)
- Kaya C, *Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı* (On İki Levha 2011)
- Keskin Z, 'İklim Değişikliği Davalarında İhtiyat İlkesi' (2025) 42(2) *Anayasa Yargısı* 1153-1222
- Kıratlı M, *Koruyucu İdari Hizmetler* (Sevinç Matbaası 1973)
- Kurdoğlu F, *Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Kararlarının Hukuki Etkisi ve Yargısal Denetimi* (Aristo 2023)
- Mayembe R, Simpson NP, Rumble O and Norton M, 'Integrating Climate Change in Environmental Impact Assessment: A Review of Requirements Across 19 EIA Regimes' (2023) 869 *Science of the Total Environment* 1-13
- Mustow S E, 'The New EIA Directive (2014/52/EU) and UK Water Impact Assessment Practice' (2017) 35(3) *Impact Assessment and Project Appraisal* 240-247
- Olgun H, 'Stratejik Çevresel Değerlendirme ve Türkiye Uygulaması' (2025) (85) *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 218-232
- Özay İ H, *Günüşiğinde Yönetim* (Alfa 2002)
- Özkaya Özlüer I, 'Paris Anlaşması Sonrasında "ÇED Kapsam Dışı Değerlendirme" Kararları ve Çevresel Kolluk Faaliyetlerinin İklim Hukuku Açısından Niteliği' (2022) 71(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 515-542
- Öztürk K B, 'İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi' in Burak Öztürk, D Çiğdem Sever, İlgin Özkaya Özlüer, Pınar Yaşar Şatıroğlu, Serdar Yılmaz ve Betül Damar Çıtak (eds), *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, Cilt 2 (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 1033-1050
- Seçkin S ve Üstün G, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi' (2015) 21(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 509-533

Süslü G, *Çevre Hukuku* (Seçkin 2025)

Turgut N, 'İhtiyat İlkesi' (1996) 45(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67-102

Türkoğlu Üstün K, 'Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri' (2021) 16(36) *Memleket Siyaset Yönetim* 329-366

Vela Almeida D, Kolinjivadi V, Ferrando T, Roy B, Herrera H, Vecchione Gonçalves M and Van Hecken G, 'The "Greening" of Empire: The European Green Deal as the EU first agenda' (2023) 105 *Political Geography* 102925, 1-10

Yancı Özalp N, 'Cumhuriyet'in 100. Yılında Çevresel Haklar ve Anayasa Mahkemesi' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk ve Fatmagül Yazıcı (eds), *Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları* (On İki Levha 2024) 759-788

Yeşil Y, *İdare Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme* (Adalet 2024)

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E 2015/34 K 2015/48, 13.05.2015

Danıştay 3 D, E 2017/1863 K 2020/4817, 26.11.2020

Danıştay 4 D, E 2023/11973 K 2023/5745, 26.10.2023

Danıştay 4 D, E 2023/11994 K 2023/5773, 26.10.2023

Danıştay 4 D, E 2023/12025 K 2023/5294, 05.10.2023

Danıştay 4 D, E 2024/556 K 2024/3550, 30.05.2024

Danıştay 4 D, E 2024/3543 K 2025/1148, 25.02.2025

Danıştay 4 D, E 2025/1341 K 2025/1907, 24.03.2025

Danıştay 6 D, E 2018/505 K 2019/4400, 16.05.2019

Danıştay 6 D, E 2018/506 K 2019/4401, 16.05.2019

Danıştay 6 D, E 2021/8539 K 2021/11262, 12.10.2021

Danıştay 6 D, E 2021/6769 K 2021/13296, 02.12.2021

Danıştay 6 D, E 2023/326 K 2023/1968, 23.02.2023

Danıştay 6 D, E 2021/3773 K 2024/3, 08.01.2024

Danıştay 6 D, E 2021/10878 K 2024/3813, 25.06.2024

Danıştay 8 D, E 2024/5332 K 2025/378, 04.02.2025

Danıştay 10 D, E 2019/8962 K 2023/2470, 09.05.2023

Danıştay İDDK, E 2019/2000 K 2021/1733, 11.10.2021

Danıştay İDDK, E 2022/1775 K 2022/3149, 09.11.2022

Friends of the Earth Ltd v Secretary of State for Levelling Up, Housing and Communities; South Lakeland Action on Climate Change v SoSLUHC [2024] EWHC 2349

Hardy and Maile v United Kingdom App no 31965/07 (ECHR, 14 February 2012)

R (Finch on behalf of the Weald Action Group) v Surrey County Council [2024] UKSC 20

R (Plan B Earth) v Secretary of State for Transport [2020] EWCA Civ 214

Taşkın and Others v Turkey App no 46117/99 (ECHR, 10 November 2004)

Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland App no 53600/20 (ECHR, 9 April 2024)

Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Kayın Hısımlığının Rolü^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Erçağ METİNER^(**)

Öz

Bu çalışmada, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 167. maddesinde düzenlenen şahsî cezasızlık ve cezada indirim sebepleri kapsamında kayın hısımlığının hukuki niteliği ve ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi incelenmiştir. Çalışmanın temel problemi, malvarlığına karşı işlenen suçlarda kayın hısımlığına dayalı şahsî cezasızlık rejiminin kapsamı ile özellikle evliliğin sona ermesi hâllerinde, kayın hısımlığı ilişkisinin sonuç doğurmaya devam edip etmeyeceği meselesidir. Bu çerçevede öncelikle şahsî cezasızlık sebeplerinin kavramsal ve teorik temelleri ele alınmış; objektif cezalandırılabilirlik şartları, cezayı ortadan kaldıran şahsî sebepler ve cezada indirim sebepleriyle ilişkisi değerlendirilmiştir. Ardından Türk ceza hukukunda şahsî cezasızlık sebeplerinin tarihsel gelişimi incelenmiş; Roma Hukuku, İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku ve modern Türk ceza hukuku bakımından malvarlığı suçlarında akrabalık ilişkisine bağlanan sonuçlar karşılaştırmalı olarak ortaya konulmuştur.

Çalışmada ayrıca Alman ve İtalyan ceza hukukundaki düzenlemeler değerlendirilerek, Türk hukukunda benimsenen karma sistemin özellikleri açıklanmıştır. Kayın hısımlığının medeni hukuk bakımından boşanma sonrasında da devam etmesine karşın, bu ilişkinin ceza hukuku alanında da aynı sonuçları doğurmasının yol açtığı hakkaniyet ve ceza siyaseti sorunları, Yargıtay kararları ile öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, özellikle boşanma sonrası dönemde fiilî aile ilişkisinin

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.11.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 25.12.2025.

Atıf Şekli: Erçağ Metiner, 'Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Kayın Hısımlığının Rolü' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155,194.

DOI: 10.52273/sduhfd..1830351.

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yozgat-Türkiye.

E-posta: ercagmetiner@gmail.com.

Orcid: 0000-0003-2765-5894.

ortadan kalkmasına rağmen şahsî cezasızlık hükümlerinin uygulanmaya devam etmesinin, TCK m. 167'nin konuluş amacıyla her durumda örtüşmediği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak çalışmada, kayın hısımlığına ilişkin mevcut düzenlemelerin ceza hukukunun ultima ratio niteliği, aile birliğinin korunması amacı ve kanunilik ilkesi birlikte dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Şahsî Cezasızlık Sebepleri, Kayın Hısımlığı, Malvarlığına Karşı Suçlar, Cezada İndirim Sebepleri.

The Role of Affinal Kinship in Personal Grounds of Impunity for Crimes Against Property

Abstract

This study examines the legal nature of affinal kinship and its effect on criminal liability within the scope of personal grounds of impunity and grounds for mitigation of punishment regulated under Article 167 of the Turkish Penal Code No. 5237. The main issue addressed in the study concerns the scope of the impunity regime based on affinal kinship in crimes against property, particularly whether such kinship relations continue to produce legal consequences following the termination of marriage. In this context, the conceptual and theoretical foundations of personal grounds of impunity are first analyzed, and their relationship with objective conditions of punishability, personal grounds eliminating punishment, and grounds for mitigation of punishment is evaluated. Subsequently, the historical development of personal grounds of impunity in Turkish criminal law is examined, and the legal consequences attached to kinship relations in crimes against property are comparatively analyzed within the frameworks of Roman Law, Islamic Law, Ottoman Law, and modern Turkish criminal law.

The study also evaluates the relevant regulations in German and Italian criminal law and explains the characteristics of the mixed system adopted in Turkish law. Although affinal kinship continues to exist under civil law even after divorce, the issues of fairness and criminal policy arising from extending the same legal consequences to criminal law are examined in light of the case law of the Court of Cassation and doctrinal opinions. In this regard, the study concludes that the continued application of personal grounds of impunity after divorce, despite the de facto dissolution of family relations, does not always correspond with the rationale underlying Article 167 of the Turkish Penal Code. Consequently, it is argued that the current regulations concerning affinal kinship should be reassessed in light of the ultima ratio principle of criminal law, the protection of family unity, and the principle of legality.

Keywords

Personal Grounds of Impunity, Affinal Kinship, Crimes Against Property, Grounds for Mitigation of Punishment.

Extended Summary

This study examines the personal grounds of impunity and the grounds for mitigation of punishment regulated under Article 167 of the Turkish Penal Code No. 5237, particularly in relation to the role of affinal kinship in crimes against property. The main issue addressed in the study is the extent to which affinal kinship affects criminal liability in crimes against property and whether this relationship continues to produce legal consequences after the termination of marriage.

In the introduction, the study explains the theoretical position of personal grounds of impunity within criminal law. According to the study, even where the elements of a crime such as typicality, unlawfulness, and culpability are fulfilled, the legislator may intentionally refrain from punishing the offender in certain exceptional situations. Personal grounds of impunity are defined as exceptional legal arrangements that eliminate punishability due to the offender's personal relationships or legal status. These regulations do not eliminate the unlawfulness of the act itself; rather, they prevent the exercise of the state's punitive power against specific individuals. The protection of family relations, the preservation of social peace, and the ultima ratio character of criminal law are identified as the primary justifications for these rules.

The study also discusses the relationship between personal grounds of impunity and objective conditions of punishability. According to the dominant view in legal doctrine, personal grounds of impunity constitute the negative form of objective conditions of punishability. The study further emphasizes the distinction between personal grounds of impunity and personal grounds that eliminate punishment after the commission of the offense. While personal grounds of impunity exist at the moment the offense is committed and prevent punishability from the outset, concepts such as effective remorse or voluntary renunciation arise only after the crime has occurred. The study also notes that in cases of participation in crime, personal grounds of impunity apply only to the offender who possesses the relevant condition and do not extend to other participants.

One of the major sections of the study is devoted to the historical development of personal grounds of impunity. Beginning with Roman Law and continuing through Islamic Law, Ottoman Law, and modern Turkish criminal law, the study demonstrates that crimes against property committed among family members have historically been subject to special sanctioning regimes. Under Roman Law, punishment for theft committed among family members was restricted, and spouses were generally unable to initiate theft proceedings against one another. In Islamic Law, theft committed between ascendants, descendants, and spouses did not lead to the application of hadd punishments; instead, discretionary ta'zir sanctions were preferred. Similarly, Ottoman Law treated theft committed among family members as a distinct category and imposed lighter sanctions in such cases.

The study also provides a comparative analysis of German and Italian criminal law. In German criminal law, kinship relations do not constitute direct personal grounds of impunity; instead, they function as procedural conditions requiring a complaint for prosecution. In Italian criminal law, however, certain close kinship relations directly

result in impunity. The study argues that Turkish law adopts a mixed system situated between these two models. Article 167 of the Turkish Penal Code establishes absolute impunity for some close relatives while providing for complaint-based prosecution and sentence reduction for others.

The central issue of the study concerns the legal consequences of affinal kinship in criminal law. Under the Turkish Civil Code, affinal kinship does not terminate upon divorce. Consequently, the legal relationship between a person and the family of a former spouse continues even after the marriage ends. Since Article 167 of the Turkish Penal Code includes affinal relatives within the scope of personal grounds of impunity, certain crimes against property committed against former in-laws may still result in non-punishment. The study argues that this situation creates significant problems of fairness and justice. Although the legal tie formally survives divorce, the factual family relationship often disappears entirely. Therefore, the continued application of impunity provisions may conflict with the original legislative purpose of the law. In particular, allowing offenders to benefit from impunity in crimes committed against the family members of a former spouse is criticized from the perspective of criminal policy.

In this study, by evaluating the Constitution, decisions of the Turkish Court of Cassation, traditional and modern legal systems-along with examples from foreign countries-and the views put forward in legal doctrine, the conclusion is reached that the current legal framework must be re-examined. While it is acknowledged that a balance must be struck between the “last resort” nature of criminal law and the goal of protecting family unity, it is argued that family relationships that have effectively ended following a divorce should not continue to lead to impunity due to the existence of this situation. In conclusion, it is emphasized that legal regulations concerning in-law relationships must be re-evaluated within the framework of the principle of legality, principles of justice, and contemporary approaches to criminal policy.

Giriş

Ceza sorumluluğunun kurucu unsurları olan haksızlık ve kusurun yanı sıra, bazı suç tipleri bakımından gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi aranan istisnai nitelikteki ek şartların bulunduğu ve bu şartların ceza sorumluluğunun tamamlayıcı yapısal unsuru niteliğini taşıdığı doktrinde kabul edilmektedir. Bu kapsamda şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi anında mevcut olmalarına rağmen tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk gerçekleşmiş olsa dahi baştan itibaren cezalandırılabilirliği kaldıran hâller olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebepler suçun hukuki varlığını ortadan kaldırmaksızın, belirli kişiler bakımından ceza sorumluluğunu bilinçli bir ceza siyaseti tercihi olarak askıya alan özel bir kurumsal alanı ifade etmektedir.

Şahsi cezasızlık sebepleri pozitif hukukumuzda; anayasa hukuku, devletler hukuku ve ceza hukuku olmak üzere üç ana kaynağa dayanmaktadır. Kanun koyucu, failin kişisel statüsünü esas alarak bazı hâllerde genel cezalandırma rejiminden ayrılan özel sorumsuzluk ve bağışıklık düzenlemeleri öngörmüş; bu kapsamda devlet başkanı ve milletvekillerinin sorumsuzluğu anayasal temelli, diplomatların bağışıklığı ise devletler hukuku kaynaklı koruma mekanizmaları olarak ortaya çıkmıştır.

Ceza hukukundan kaynaklanan şahsi cezasızlık sebepleri ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) temelde iki ana düşünce eksenini etrafında şekillenmektedir. İlk olarak, özel hükümler kısmında yer alan bazı suç tipleri bakımından, suçun sonuçlarının belirli bir yakınlık ilişkisi içindeki kişilerle sınırlı kalması hâlinde devletin cezalandırma yetkisi bilinçli olarak sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, özellikle fail ile mağdur arasındaki kişisel bağın belirleyici olduğu malvarlığına karşı suçlar ve bilişim alanında suçlar bakımından, şahsi cezasızlık rejimi sistematik bir tercih olarak benimsenmiştir.

İkinci olarak ise, ihlal edilen hukuki değerlerin yalnızca bireysel alanla sınırlı kalmayıp toplumsal menfaatleri de ilgilendirdiği bazı suçlarda, fail ile mağdur arasındaki yakın aile ilişkisinin cezalandırma rejimi üzerinde etkili olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, normal şartlarda cezalandırılabilir nitelikte olan fiillerin, belirli derecedeki aile üyeleri tarafından işlenmesi hâlinde cezasız bırakılması; insani bağların korunması ile hukuk düzenini koruma gereği arasında bir denge kurulması amacına dayanmaktadır. Özellikle adliyeye karşı suçlar bakımından bu yaklaşım, fail-mağdur ilişkisi ile birlikte nemo tenetur ilkesinin etkisi altında şekillenmektedir.

Bunların dışında, TCK'da yer almakla birlikte hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olan bazı hâller de şahsi cezasızlık görünüm biçimleri arasında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, taksirli suçlarda failin kişisel ve ailevi durumunun cezaı gereksiz kılacak düzeyde ağır mağduriyet doğurması ile çocuk düştürme suçunda gebeliğin suç sonucu gerçekleşmiş olması, yakın kişisel ilişkilerin dikkate alındığı istisnai düzenleme örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma, fail ile mağdur arasındaki kişisel bağın belirleyici olduğu malvarlığına karşı suçlar bağlamında, TCK m. 167'de düzenlenen şahsî cezasızlık ve cezada indirim sebepleri özelinde kayın hısımlığının hukuki rolünü incelemeyi amaçlamaktadır. Zira diğer şahsî cezasızlık sebeplerinin öngörüldüğü suç tiplerinin büyük çoğunluğunda (bilişim alanına karşı suçlar istisna olmak üzere) kayın hısımlığına dayalı bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Özellikle boşanma sonrasında kayın hısımlığının hukuken devam etmesinden kaynaklanan yapısal ve uygulamaya ilişkin sorunlar, ceza hukuku ilkeleri ve ceza siyaseti perspektifi içinde analitik bir yaklaşımla değerlendirilmektedir. Çalışma kapsamında, öğretilerle çoğunlukla aynı başlık altında ele alınan ve zaman zaman birbirinin yerine kullanılan "cezaı ortadan kaldıran şahsi sebepler" inceleme alanı dışında bırakılmıştır.

I. Şahsi Cezasızlık Sebepleri Kavramı ve Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Ceza sorumluluğu; kural olarak, kanuni tarifte yer alan haksızlığın kusurlu bir şekilde işlenmesiyle ortaya çıkmaktadır¹. Bu sorumluluğun meydana gelmesi, haksızlık ve kusurluluk dışında başka bir şartın meydana gelmesine bağlı değildir. Ancak istisnai durumlarda, kanun, sadece suçun işlenmesi ve failin kusurlu olmasını cezalandırmak için yeterli görmemekte, belirli şartların veya sebeplerin somut olayda gerçekleşmesini veya gerçekleşmemesini aramaktadır. Bunlardan ilki, objektif cezalandırılabilirlik şartlarıdır, ikincisi ise şahsi cezasızlık sebepleri ve cezaı ortadan kaldıran şahsi sebeplerdir².

¹ Werner Bulla, *Der Irrtum über sogenannte persönliche Strafausschliessungsgründe* (Inauguraldissertation des Fachbereiches Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität 1972) 49; Claus Roxin und Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenstheorie* (5. Auflage Verlag 2020) 1; Johannes Wessels, Werner Beulke und Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Auflage, 2013) 493; Büşra Demiral Bakırman, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler* (On İki Levha 2023) 5; Erkan Sarıtaş ve Hazal Canseven Algan, 'Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata' (2023) 11(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1, 3.

² Bulla (n 1) 49; Roxin und Greco (n 1) 3; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) 493; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta2023) 239; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Ge-*

Kanunda, haksız ve kusurlu bir fiilin cezalandırılması için ayrıca aranan şartlara objektif cezalandırılabilirlik şartları denir. Şahsi cezasızlık sebepleri ise, esasen objektif cezalandırılabilirlik şartlarından sadece kaleme alınışı bakımından farklılık göstermektedir³. Bir başka deyişle, şahsi cezasızlık sebepleri, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının negatif formüle edilmiş halidir⁴.

Şahsi cezasızlık sebepleri, belirli suç türleri için öngörülmüş istisnai durumlar olup, suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarına rağmen suçun işlenmesi anında (suç yoluna girildikten -iter criminis- sonra ancak suç tamamlanmadan önce) nesnel olarak mevcut olan ve failin belirli bireysel özellikleri, ilişkileri (örneğin hısımlık vs.) veya belirli durumlar nedeniyle, aslında suç teşkil eden fiilden dolayı failin cezalandırılmamasını veya cezasının azaltılmasını sağlayan, suç politikasının gereği olarak kabul edilen durumlardır⁵. Bu nedenlerin bir bölümü cezai yaptırımı tamamen ortadan kaldıran nitelik taşıırken, diğer bir bölümü ise cezada indirim yapılmasını gerektiren hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu ikinci kategori, doktrinde “cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebepler” olarak adlandırılmaktadır⁶.

nel Hükümler (21. Baskı, Seçkin 2025) 772; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019) 663; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2025) 378; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Büyükbay, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2025) 490; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (8. Baskı, Beta 2021) 505; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Adalet 2021) 99; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2025) 928; Zeynel Temel Kangal, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler’ (2011) 7(85-86) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 38, 39; Demiral Bakırman (n 1) 6; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 3.

³ Özgenç (n 2) 772-773; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Büyükbay (n 2) 488; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Legem 2024) 215; Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları* (Adalet2015) 85-86; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 3.

⁴ İçel, (n 2) 225; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Savaş 2021) 487; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta 2020) 220; Özgenç, (n 2) 772-773; Bahri Öztürk ve Ruhan M. Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (25. Baskı, Seçkin 2025) 176; Soyaslan (n 3) 215; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Büyükbay (n 2) 491; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet2022) 267; Zafer (n 2) 505; Elif Bekâr, *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar* (Oniki Levha 2018) 7 vd; Ersoy (n 3) 85-86.

⁵ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2023) 711; Hakeri (n 2) 105; Özen (n 2) 939; Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Seçkin 2023) 876.

⁶ Özgenç (n 2) 751; Kangal (n 2) 40; Demiral Bakırman (n 1) 6.

Cezayı ortadan kaldıran şahsî sebepler, suçun işlendiği anda mevcut olmayıp fiilden sonra ortaya çıkan ve failin cezalandırılabilirliğini sonradan ortadan kaldıran hukuki nedenlerdir. Örneğin gönüllü vazgeçme⁷, etkin pişmanlık, vs. Buna karşılık şahsî cezasızlık sebepleri, suçun icrası anında mevcut olan, failin şahsına bağlı nitelik taşıyan ve baştan itibaren fail bakımından cezalandırılabilirliği engelleyen hukuki durumlardır⁸. Bu sebeplerin şahsi cezasızlık sebebi olarak adlandırılmasının nedeni, yalnızca bu sebebin mevcut olduğu kişiye özel olarak uygulanması ve bu durumdan başka bir kişinin yararlanamamasıdır. Yani şahsi cezasızlık sebebi, yalnızca bu sebebe sahip olan faili etkiler. Bu nedenle, iştirak halinde işlenen suçlarda, şahsi cezasızlık sebebi hangi failde varsa, yalnızca o failde uygulanır⁹. Nitekim TCK m. 40/1'de *"Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurularmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır."* hükmü yer almaktadır.

Şahsi cezasızlık sebepleri, kanunda her suç tipi için genel bir hüküm değil, sadece bazı suç tipleri veya belirli statüdeki failer için özel olarak öngörülmüş sebeplerdir¹⁰. Şahsî cezasızlık sebeplerinin belirlenmesine yönelik, tercihler, suç politikası gerekleri ile insan hakları temelli hukuk anlayışının normatif yansımaları olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bu tercihler, kusursuz bir kişinin cezalandırılmayacağı, kusurlu olan herkesin ise mutlaka cezalandırılmasının zorunlu olmadığı kabulüne dayanmakta; ancak kanun koyucu yetkisini kullanırken anayasal ilkeler ve evrensel hukuk normları ile bağlı bulunmaktadır¹¹. Bu çerçevede "şahsî cezasızlık sebepleri", kanunda pozitif olarak düzenlenmiş, normatif dayanakları ve hukuki mahiyetleri itibarıyla birbirinden farklılık arz eden çeşitli müesseseleri kapsayan üst bir kavramsal kategori niteliği taşımaktadır¹². Nitekim bazı suç tiplerinde öngörülen akrabalık ilişkisine dayalı cezasızlık halleri (TCK m. 167), milletvekili sorumsuzluğu (AY m. 83/1) ile uluslararası

⁷ Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğinin, öğretide ağırlıklı görüş uyarınca, cezayı ortadan kaldıran şahsî bir neden teşkil ettiği kabul edilmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Zeynel Temel Kangal, 'Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme' in Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner (eds.), *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht ve Strafprozessrecht: Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung* (Nomos 2010) 344.

⁸ Hakeri (n 2) 99; Kangal (n 2) 50; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 3.

⁹ Öztürk ve Erdem (n 4) 177; Demirbaş (n 5) 711; Dülger (n 5) 876.

¹⁰ Özen (n 2) 938; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 4.

¹¹ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* C. II (Beta1989) 424; Demiral Bakırman (n 1) 11.

¹² Roxin und Greco (n 1) 23; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 4.

hukuktan kaynaklanan statü temelli bağışıklık rejimleri (diplomatik dokunulmazlık, devlet başkanı bağışıklığı vb.), farklı normatif temellere dayanmakla birlikte, ortak olarak fail bakımından cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmaları nedeniyle şahsî cezasızlık sebepleri başlığı altında sistematik olarak değerlendirilebilir niteliktedir¹³.

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlendiği anda mevcut olan, baştan itibaren cezasızlığa yol açan sebeplerdir¹⁴. Şahsi cezasızlık sebeplerinin fiilin işlendiği anda var olması gerektiğinden, örneğin, biri diğeri aleyhine hırsızlık suçu işledikten sonra evlenen erkek ve kadının, evlilik birliği kurulduktan sonra TCK m.167’de yer alan şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilmesi mümkün değildir.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunduğu hallerde faile ceza verilmez. Ancak fiil haksız olmaya devam eder. Yani fiil tıpkı diğer suç tipleri gibi kötüdür. Bu açıdan değerlendirildiğinde hukuka uygunluk sebeplerinden farklılık arz etmektedir¹⁵. Bu nedenle örneğin üstsoy, rızası olmaksızın zilyetliğindeki eşyayı çalmaya çalışan altsoyuna karşı da meşru savunmada bulunabilecektir¹⁶. Şahsi cezasızlık sebepleri, failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir nitelik taşımazlar. Çünkü bu sebepler, failin kusur yeteneğini, haksızlık bilincini ya da normlara uygun davranma beklenebilirliğini etkilemezler¹⁷.

Kişinin şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanabilmesi için, bu sebeplerin bulunduğunu bilmesi zorunlu değildir. 5237 sayılı TCK m. 21 gerekçesinde¹⁸ “*şahsî cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez.*” hükmü yer almaktadır.

¹³ Demiral Bakırman (n 1) 109; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 4.

¹⁴ Roxin und Greco (n 2) 23; Öztürk ve Erdem (n 4) 176; Özgenç (n 2) 751; Koca ve Üzülmüş (n 2) 382; Hakeri (n 2) 105.

¹⁵ Öztürk ve Erdem (n 4) 176; Kangal, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler’ (n 2) 57; Özen (n 2) 938, Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 4.

¹⁶ Bulla (n 2) 53; Öztürk ve Erdem (n 4) 176; Özen (n 2) 938; Demiral Bakırman (n 1) 12, Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 4.

¹⁷ Öztürk ve Erdem (n 4) 176; Özen (n 2) 938; Sarıtaş ve Canseven Algan (n 1) 4.

¹⁸ 5237 sayılı TCK m. 21 gerekçesi; “*Kast, kişi ile işlediği suçun maddî unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun aranmadığı suçlarda bu koşulun veya şahsî cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez. (...)*”

Şahsi cezasızlık sebepleri, suç işlendiği sırada nesnel olarak var olan hallerdir, dolayısıyla kişi, şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunduğu hususunda hataya düşse bile bu hatasından yararlanır¹⁹. TCK m. 30'da şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin hata düzenlenmemiştir ve bu konuda kanunda bilinçsiz bir boşluk bulunmaktadır. Kanun koyucu, kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hatayı TCK m. 30/3'te düzenlerken, dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenlememiştir. Bu nedenle, bu boşluk TCK m. 30/3'ün fail lehine kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalıdır. Böylece, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, TCK m. 30/3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle bu hatasından yararlanabilecek ve ilgili şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm bu kişiye uygulanacaktır²⁰.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı durumunda soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 171 uyarınca takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilir. Burada fiil suç olma özelliğini koruduğundan, kovuşturma aşamasında mahkeme, fail hakkında, 5271 sayılı CMK m. 223/4 uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verir.

B. Tarihi Gelişim

1. Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin 765 ve 5237 Sayılı Kanunlardaki Sistematiği

765 sayılı TCK döneminde Türk öğretisinde, şahsi cezasızlık sebeplerinin esas itibarıyla ceza hukukunun özel hükümler alanına ilişkin olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu kavrama ilişkin açıklamalara çoğunlukla, bağlantılı oldukları suç tiplerinin incelenmesi sırasında yer verildiği; buna karşılık suçun genel teorisi kapsamında ya hiç ele alınmadıkları ya da son derece sınırlı biçimde tartışıldıkları görülmektedir²¹. Bu yaklaşım, şahsi cezasızlık sebeplerinin sistematik konumunun uzun süre boyunca genel teorik yapı dışında tutulduğunu göstermektedir.

765 sayılı TCK döneminde, şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenmesi, belirli suç tipleri ile sınırlı tutulmuştur. Nitekim, m. 288/1'de “*yalan yere yemin*

¹⁹ Öztürk ve Erdem (n 4) 177; Özen (n 2) 758.

²⁰ Sarıtaş ve Canseven Algan (1) 22.

²¹ İçel (n 2) 242; Zafer (n 2) 499; Demiral Bakırman (n 1) 16.

veya şهادet etme" suçu²², m. 296/2'de "cürüm işleyenleri saklamak ve cürümün delillerini yok etme" suçları²³ ile m. 524 "mal aleyhinde cürümler" başlığı altında²⁴ (hırsızlık, dolandırıcılık, iflas, emniyeti suistimal, eşyayı cürmiyeti satın almak ve saklamak, karşılıksız yararlanma) ve ayrıca m. 516/1, 518 ve 519'da düzenlenen "nasıızrar" suçları bakımından şahsi cezasızlık sebeplerine yer verildiği görülmektedir.

²² 765 sayılı ETCK m. 288:

"(1) Yalan yere yemin veya şهادet eden şahıs:

1 - Hakikatı beyan ettiği takdirde kendisini veya akrabasından birini hürriyet ve namusca behemehâl fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan,

2 - Kendi tarafından beyan olunan zati vasıflara nazaran şahit sıfatıyla celbi iktiza etmeyen yahut o şahsın ceza davasında şahit ve ehli hibre ve mütercim olmaktan istinkâfa hakkı olduğu halde mahkemece kendisine bu hakkı ihtar edilmemiş bulunan,

(2) Kimselerden ise yukarıki maddede mezkûr olan cezalardan muaftırlar.

Eğer bunların yalan şهادeti diğer bir şahsi takibata yahut mahkûmiyete maruz kılırsa yukarıdaki maddelerde yazılı cezalar, yarısından üçte ikisine indirilir."

²³ 765 sayılı ETCK m. 296:

"(1) Her kim hapis cezasından aşağı olmiyan cezayı müstelzim bir cürüm işledikten sonra bu cürümün icrasında faillerle evvelce itifak etmiş ve cürmü neticelendirmekte yardımcı dokunmuş olmaksızın, bir kimsenin o cürümden istifadesini temine veya Hükümetçe icra olunacak tahkikatı yanlış yola sevk etmeye yahut Hükümetin araştırmalarına veya hükmün icrasına karşı faili gizlemeye yardım eder yahut hakkında yakalama veya tevkif müzekkeresi çıkarılmış olan bir kimsenin saklı bulunduğu yeri bildiği halde yetkili mercilere derhal haber vermezse veya her kim bu cezaları istilzam eden bir cürümün eser ve delillerini yok eder yahut bunları bir suretle değiştirir veya bozarsa, hapis cezasını gerektiren suçlarda altı aydan iki yıla kadar, ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda iki seneden dört seneye, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda da üç seneden beş seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur. Şu kadar ki, bu ceza müddeti asıl cürüm için kanunda tayin edilen cezanın üçte birini geçemez. Sair fiillerden dolayı tertip olunacak ceza beş yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıdır.

(2) Bu fiili usul veya fîruunun, karı veya kocasının yahut kardeşinin lehine olarak işliyen kimseye ceza verilmez."

²⁴ 765 sayılı ETCK m. 524:

"(1) Bu babın birinci ve üçüncü ve dördüncü ve beşinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrasıyla 518 ve 519 ve 521 inci maddelerde beyan olunan cürümler:

1 - Kanunen tefrik edilmemiş karı ve kocadan birinin,

2 - Usul ve fîrudan yahut bu derecede sıhri karabet erbabından birinin ve analık ve babalık ve evlatlığın,

3 - Faille beraber bir dam altında yaşayan kardeşinin veya kız kardeşinin, zararlarına olarak işlenmiş olursa fail aleyhinde takibat icra olunamaz.

(2) Kanunen tefrik edilmiş olan karı veya koca yahut faille beraber bir dam altında yaşamayan kardeş ve kız kardeş yahut cürümün mürtekibi ile bir aile halinde yaşamakta olan amca, dayı, yeğen veya ikinci derecede sıhri akrabasının mazarratına olarak işlenmiş ise fail hakkında takibat icrası şikâyetname itasına bağlıdır. Bu takdirde failin göreceği ceza üçte bir miktarı azaltılır."

5237 sayılı TCK'da da şahsî cezasızlık sebeplerinin düzenleniş biçimi, 765 sayılı ETCK dönemindekine paralel olup, m. 22/6'da taksirli suçlara özgü olarak öngörülmüş müessese dışında kanunda genel nitelikte bir hükme yer verilmekte²⁵ ve dolayısıyla şahsî cezasızlık sebepleri, çoğunlukla belirli suç tipleri çerçevesinde, ilgili suçların incelenmesi sırasında, özel hükümler bağlamında, teorik açıklamalar kapsamında ele alınan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK'da, şahsi cezasızlık sebepleri, belirli suç tipleri ile sınırlı tutulmuş olup, 1) Şahsi cezasızlık sebepleri, 2) Cezada İndirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, 3) Hem şahsi cezasızlık hem de cezada şahsi indirim sebebi, olmak üzere üç farklı şekilde düzenlenmiştir²⁶.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin öngörüldüğü suçlar arasında m. 167/1'de yağma ve nitelikli yağma suçları hariç malvarlığına karşı işlenen suçlar, m. 245/4'te banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması, m. 273'te yalan tanıklık, m. 281/1'in ikinci cümlesinde suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme, m. 283/3'te suçluyu kayırma ve m. 284/4'te tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçları yer almaktadır.

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ise m. 167/2'de yağma ve nitelikli yağma suçları hariç malvarlığına karşı işlenen suçlar, m. 290/2'de resmen teslim edilen mala el koyma veya bozma ve m. 294'te kaçmaya imkân sağlama suçları bakımından öngörülmüştür.

Hem şahsi cezasızlık hem de cezada indirim sebeplerinin birlikte düzenlendiği ve yargı makamına ceza vermeme veya cezada indirim yapma yetkisi tanıyan suçlar ise m. 270'te suç üstlenme ve m. 278/4'te suçu bildirmeme suçlarıdır. Bu düzenlemeler, söz konusu suçlarda hem şahsi cezasızlık hem de cezada indirim sebebi olarak değerlendirme yapılmasına imkân sağlamaktadır.

TCK'da şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmı, m. 167 ve m. 273'ün kenar başlıklarında açıkça belirtilmiş olup, doğrudan madde metninden anlaşılmaktadır. Öte yandan, m. 245/4, m. 270, m. 278/4, m. 281/1, m. 283/3 ve m. 284/4 gibi diğer maddelerde, söz konusu sebepler ancak hükmün lafzı ve madde gerekçeleri dikkate alınarak yorumlandığında anlaşılabilir²⁷.

²⁵ Zafer (n 2) 499; Demiral Bakırman (n 1) 14.

²⁶ Özen (n 2) 939.

²⁷ Doğan Gedik, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri "Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri"* (Adalet 2010) 7; Demiral Bakırman (n 1) 18.

2. Malvarlığı Suçları Bağlamında Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Tarihsel Gelişimi

Kişiler aleyhine işlenen suçlar bakımından, belirli derecedeki akrabalık ilişkisi çoğunlukla ağırlaştırıcı hal olarak değerlendirilirken, malvarlığına karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda, aynı derecedeki akrabalık ilişkisi cezanın verilmemesini gerektiren bir muafiyet sebebi niteliği kazanmaktadır²⁸. Bu ayırım, Türk ceza hukukunda şahsi cezasızlık sebeplerinin sistematik yapısını yansıtmaktadır.

Aile fertleri arasında malvarlığına karşı işlenen suçlarda uygulanacak yaptırımın ceza hukuku bakımından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması, yalnızca modern pozitif hukuka özgü bir yaklaşım değildir. Aksine, İslam hukuku da dâhil olmak üzere, bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, bu yaklaşımın tarihsel süreç içinde hemen tüm ceza sistemlerinde kabul gördüğü; hatta kişi kapsamı bakımından TCK'dan daha geniş bir şekilde Roma hukukunda dahi düzenlendiği görülmektedir²⁹. Bu durum, söz konusu meselenin ceza hukuku sistematigi bakımından taşıdığı yapısal ve teorik önemi açıkça ortaya koymaktadır.

Roma Hukukunun çok eski dönemlerinde kişilerin işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı sorumlu oldukları görülmektedir. XII Levha Kanunlarında yer alan ve muhtevası Cumhuriyet dönemindekine göre daha dar olan hırsızlık/furtum³⁰, taşınır mallara ilişkindir ve ayrıca bu eylemin nasıl işlendiği önemli değildir. Malikin bilgisi olmadan zorla ya da gizlice almak furtum için yeterlidir³¹. Roma hukukunda, mal üzerindeki müşterek tasarruf ve aile fertleri arasındaki ilişkiler, cezanın uygulanmasını sınırlandıran temel ilkelerden biri olarak kabul edilmiştir. Böylece akrabalık münasebeti hukuki sonuçlar bakımından, hem suçun türüne hem de mağdurun niteliğine göre farklılaşmaktadır. Hatta

²⁸ Sulhi Dönmezer, 'Akraba Arasında Hırsızlık' (2011) 18(1-2) İÜHFD 40, 4.

²⁹ Dönmezer (n 28) 50; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (17. Baskı, Turhan 2014) 276.

³⁰ "Roma Hukukundaki "furtum" terimi, her ne kadar Türkçede çoğunlukla "hırsızlık" olarak tercüme edilmekte ise de, Roma hukukunda bu kavramın içeriği modern hukuk sistemlerindeki hırsızlık kavramından çok daha geniştir. Nitekim Roma hukukundaki furtum anlayışı, yalnızca klasik anlamda hırsızlık fiilini değil, aynı zamanda güveni kötüye kullanma ve hatta dolandırıcılık benzeri fiilleri de kapsayan geniş bir hukuki içerik taşımaktadır." Daha detaylı bilgi için bkz. Türkan Rado, 'Gaius'a göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu' (2011) 18(1-2) İÜHFD, 483-484.

³¹ Abdurrahman Savaş, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 479, 547.

Roma hukuku, hükmü çok daha geniş tutarak yalnızca akrabaları değil, hırsızın malını çaldığı kişi ile birlikte ikamet eden müşteriyi, esiri ve hizmetkârı da kapsayacak şekilde düzenlemişti³². Roma hukukunda kural olarak eşlerin birbirlerine karşı hırsızlık nedeniyle dava açmaları mümkün olmayıp bu yasak evlilik müessesinin korunması amacıyla temellendirilmiş; ancak eşlerden birinin boşanmayı planlayarak diğerine ait malları alması hâlinde, zarar gören eş lehine yalnızca zararın tazminine yönelik, cezai nitelik taşımayan bir eda davası tanınmıştır³³.

İslam Hukukunda da benzer düzenlemeler söz konusudur. İslam hukukçuları arasında, hırsızlık suçunun had suçları kapsamında yer aldığı hususunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır³⁴. Had suçları, cezası doğrudan Kur'an ve Sünnet kaynaklı naslarla belirlenmiş, önceden tayin edilmiş ve sabit yaptırımlara bağlanmış suçlardır³⁵.

Bununla birlikte, İslam hukukunda altsoy, üstsoy ve eşler arasında işlenen hırsızlık fiilleri bakımından had cezasının uygulanmayacağı kabul edilmektedir³⁶. Bu yaklaşımın gerekçeleri, mezhepler arasında bazı farklılıklar göstermekle birlikte, genel olarak aile içinde malvarlığının fiilen ortak kullanılması, karşılıklı nafaka yükümlülüğü, ebeveynin çocuğunu koruma ve gözetme yönündeki do-

³² Dönmezer (n 28) 50; Demiral Bakırman (n 1) 153.

³³ Rado (n 29) 517; Demiral Bakırman (n 1) 153.

³⁴ Bayram Demir, 'İslam Ceza Hukukunda Aile İçi Hırsızlık (Türk Ceza Hukukunda Failin Ceza Almamasını veya Ceza İndirimini Gerektiren Şahsi Sebepler Bağlamında)' (2012) 20 İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 341, 351.

³⁵ "İslam hukukunda bazı suçların cezaları doğrudan Kur'an ve hadislerle dayanır ve bu cezalar önceden açıkça belirlenmiştir. Bu tür suçlara "had suçları" denir. Yani had suçları, cezası ilahi kaynaklarla belirlenmiş, sabit ve değiştirilmesi mümkün olmayan suçlardır. Hırsızlık da bu gruba girer. Buna karşılık, cezası açıkça belirlenmemiş ve hakim değerlendirmesine bırakılmış suçlar da vardır. Bu tür suçlara ise "ta'zir suçları" denir. ta'zir suçlarında hakim, olayın niteliğine, failin durumuna ve toplum düzenine göre uygun bir ceza belirler. Bu çerçevede, İslam hukukunda hırsızlık suçu genel olarak had suçları arasında yer alır; ancak olayın şartları had cezasının uygulanmasına uygun değilse, bu durumda sabit ceza yerine hakim takdirine bağlı olan ta'zir cezası uygulanır."; Demir (n 34) 351.

³⁶ Nur Suresi'nin 61. ayetinde yer alan, "Kendi evlerinizde veya babalarınızın evlerinde veya annelerinizin evlerinde veya erkek kardeşlerinizin evlerinde veya kız kardeşlerinizin evlerinde veya amcalarınızın evlerinde veya halalarınızın evlerinde veya dayılarınızın evlerinde veya teyzelerinizin evlerinde veya anahtarlarına sahip olduğunuz evlerde ya da dostlarınızın evlerinde yemek yemenizde de bir sakınca yoktur" hükmü sebebiyle İslâm hukukçuları bu kişiler arasındaki hırsızlıkların zaten had cezasını gerektirmeyeceğini ittifakla kabul etmişlerdir. Yasemin Baba, 'Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları' (2013) 71(1) İÜHFM 79, 99.

ğal eğilimi, altsoyun üstsoya saygı ve itaat yükümlülüğü, aile bağlarını korumayı esas alan naslar ile doğrudan soy (neseb) bağının varlığı gibi hukuki ve normatif temellere dayandırılmaktadır³⁷.

İslam hukukunda aile fertleri arasında işlenen hırsızlık suçlarında had cezasının uygulanmaması olgusunun, pozitif ceza hukukundaki karşılığı kavramsal olarak değerlendirildiğinde, bunun faile mutlak cezasızlık tanınmasından ziyade, şahsî cezasızlık sebebine bağlı bir ceza indirim rejimine daha yakın olduğu söylenebilir. Ancak bu indirimin yapısı, TCK'da öngörülen ceza indirim sistematığından esaslı biçimde ayrılmaktadır. Nitekim TCK'da indirim, suç tipi için öngörülen aynı ceza rejimi içinde gerçekleştirilmekte; yaptırımın hukuki karakteri korunarak yalnızca cezanın ağırlığı bakımından bir hafifletme söz konusu olmaktadır. Buna karşılık İslam ceza hukukunda had cezasının uygulanmaması hâlinde, doğrudan bu ceza üzerinde bir indirim yapılmamakta; bunun yerine ta'zir grubundaki seçimlik cezalardan birinin uygulanması suretiyle farklı bir yaptırım rejimine geçilmektedir. Bu yönüyle İslam hukukundaki yaklaşım, miktar esaslı bir hafifletme modelinden ziyade, yaptırım sisteminin değiştirilmesine dayalı bir yapı ortaya koymaktadır³⁸.

Osmanlı örfî hukukunun normatif yapısını yansıtan Osmanlı Kanunnâmeleri'nde, aile fertleri arasında vuku bulan hırsızlık fiillerinin genel hırsızlık suç türünden ayrıştırılarak özel bir hukuki rejime tâbi kılındığı, bu kapsamda suçun tanımı ve yaptırım rejiminin müstakil düzenlemelere konu edildiği anlaşılmaktadır³⁹.

Klasik dönem Osmanlı hukukunda, Fatih Kanunnâmesi'nde aile fertleri arasında işlenen hırsızlık fiillerine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Kanunnâmenin 23. maddesi *"Oğul atasından ve ata oğlundan kardaş kardeşinden ya er avratından ya avrat erinden oğrılarsa kadı ta'zir ura ağaç başına bir akça cerem alına."* şeklindedir⁴⁰. Yani günümüz Türkçesiyle *"Eğer bir oğul babasından, baba oğlundan, kardeş kardeşten ya da koca karısından veya kadın kocasından bir şey çalarsa, kadı tarafından ta'zir cezası uygulanır ve ayrıca her ağaç (değnek/darbe) başına bir akçe cerime (para cezası) alınır."* şeklindedir.

³⁷ Demir (n 34) 352.

³⁸ Demir (n 34) 365.

³⁹ Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, *Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Algılanması ve Cezalandırılma Şekilleri, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri* (On iki Levha 2016) 672-673; Demiral Bakırman (n 1) 155.

⁴⁰ Baba (n 36) 95.

II. Bayezid devrine ait genel kanunnâmede yer alan hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemelerin, içerik ve sistematik bakımından büyük ölçüde Fatih Kanunnâmesi'nin tekrarı ve devamı niteliğinde olduğu görülmektedir⁴¹. Yavuz Sultan Selim Kanunnâmesi'nde ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnâmesi'nde hırsızlık suçuna ilişkin hükümler, önceki kanunnâmelere kıyasla daha ayrıntılı ancak aile fertleri açısından benzer şekilde düzenlenmiştir⁴².

Ceza hukukumuzun modernleşme süreci, Avrupa'daki 19. yüzyıl kodifikasyon hareketleriyle paralel olarak Tanzimat dönemiyle başlamaktadır. Tanzimat sonrası kodifikasyon sürecinde kabul edilen 1840, 1851 ve 1858 tarihli ceza kanunnâmeleri içerisinde, 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu, çeşitli değişikliklerle birlikte Cumhuriyet'in ilanına kadar yürürlükte kalmıştır⁴³. Büyük ölçüde 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu'nun Yedinci Faslı'nın 216. maddesinde, aile içi hırsızlık özel olarak düzenlenmiş; bu hükümde esas itibarıyla cezalandırma tali bir yaptırım olarak öngörülmüş, öncelik sırasıyla malın iadesi, bunun mümkün olmaması hâlinde tazmin ve son aşamada cezai yaptırım benimsenmiştir⁴⁴.

Cumhuriyet döneminde, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun iktibası esas alınarak hazırlanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 524. maddesinde, malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından şahsî cezasızlık sebebi normatif ve kurumsal bir düzenleme olarak kabul edilmiştir.

C. Karşılaştırmalı Hukukta Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsî cezasızlık nedenlerinin kayda değer bir kısmı, köken itibarıyla Roma hukukuna dayanmaktadır. Bu tarihsel mirasın doğal bir sonucu olarak, bilhassa Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinde anılan müesseselere ilişkin düzenle-

⁴¹ Daha detaylı bilgi için bkz. Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri: 2. Kitap II. Bâyezid Devri Kanunnâmeleri* (Fey Vakfı, 1990) 42.

⁴² Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi: "27. Eğer oğlan atasından ya anasından ya ata ana oğlundan ya kardaş kardeşinden ya er avretinden ya avret erinden nesne uğurlasa, ta'zir edüb şer' ile ne lâzım gelür ise, ağaca bir akçe cürm alına."; Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi: 26. Oğul atasından veya anasından veya ata oğlundan veya kardaş kardaşdan veya er avratından veya avrat erinden nesne uğurlasa kadı ta'zir eyleye bir ağaç başından bir akça cerime alına" Baba (n 36) 95.

⁴³ Adem Sözüer, 'Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını' (2019) 21(Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan) 3031, 3039; Demiral Bakırmann (n 1) 156.

⁴⁴ Demiral Bakırmann (n 1) 156.

melerin büyük ölçüde benzerlik gösterdiği görülmektedir. Bu çerçevede, özellikle malvarlığına karşı suçlar ile adliyece karşı suçlar bakımından, akrabalık bağından kaynaklanan şahsi cezasızlık hallerinin müşterek bir dogmatik temele oturduğu ifade edilebilir⁴⁵.

Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch - StGB) malvarlığına karşı suçlar bakımından akrabalık ilişkisine bağlanan özel düzenleme, esas itibarıyla § 247 StGB'de yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçlarının, mağdur failin akrabasından biri, vasisi ya da mahkemece atanmış bakıcısı olması hâlinde veya mağdur ile failin aynı evde birlikte yaşamaları durumunda, suçun kovuşturulması ancak şikâyet üzerine mümkündür⁴⁶. Bu yönüyle § 247 StGB, şahsi cezasızlık ve cezada indirim sebebi değil; akrabalık ilişkisi temelinde öngörülmüş bir muhakeme şartı niteliği taşımaktadır.

§ 247 StGB'de kullanılan "akraba/yakın" kavramı, norm metninde tek tek sayılmamış olup, bu kavramın kapsamı Kanun'un genel hükümler bölümünde yer alan StGB § 11 Abs. 1 hükmü aracılığıyla belirlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre "akraba" kavramı; eş ve kayıtlı hayat arkadaşını, nişanlıyı, kan hısımlığına dayanan üstsoy ve altsoyu, kardeşleri, kayın hısımlığı kapsamında eşin veya hayat ortağının üstsoy ve altsoyu ile eşin ya da hayat ortağının kardeşlerini, ayrıca boşanma veya hayat ortaklığının sona ermesi hâlinde dahi devam eden bu hısımlık ilişkilerini ve bakım (koruyucu) ailesi ile bakım altındaki çocukları kapsamaktadır⁴⁷.

⁴⁵ Demiral Bakırman (n 1) 18.

⁴⁶ StGB § 247 Haus- und Familiendiebstahl:

"Ist durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt oder lebt der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so wird die Tat nur auf Antrag verfolgt."

⁴⁷ StGB § 11 Personen- und Sachbegriffe:

"(1) Im Sinne dieses Gesetzes ist

1-Angehöriger:

wer zu den folgenden Personen gehört:

a) Verwandte und Verschwägte gerader Linie, der Ehegatte, der Lebenspartner, der Verlobte, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Ehegatten oder Lebenspartner, und zwar auch dann, wenn die Ehe oder die Lebenspartnerschaft, welche die Beziehung begründet hat, nicht mehr besteht oder wenn die Verwandtschaft oder Schwägerschaft erloschen ist,

b) Pflegeeltern und Pflegekinder"

Söz konusu düzenleme, Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında, aile içi ilişkilerin korunması ve özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi amacıyla devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik bir ceza siyaseti tercihi olarak değerlendirilmektedir. § 247 StGB, cezai sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, ceza hukukunun ultima ratio niteliği gereğince aile içi uyuşmazlıklara ancak mağdurun iradesi doğrultusunda müdahale edilmesini öngören bir mekanizma olarak kabul edilmektedir.

İtalyan Ceza Kanunu'nda (Codice Penale) malvarlığına karşı suçlar bakımından akrabalık ilişkisine dayalı özel düzenleme, Art. 649 c.p. hükmünde yer almaktadır⁴⁸. Anılan madde uyarınca, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, gibi malvarlığına karşı suçların, eşe, üstsoya veya altsoya ya da aynı konutta birlikte yaşayan kardeşlere karşı işlenmesi hâlinde, fail hakkında ceza verilmez. Bu yönüyle Art. 649 c.p., Alman Ceza Kanunu'nun § 247 hükmünden farklı olarak, kovuşturmanın şikâyete bağlanmasıyla yetinmemekte; belirli ya yakın akrabalık ilişkileri bakımından doğrudan şahsî cezasızlık öngörmektedir.

Bununla birlikte, Art. 649 c.p. ile getirilen cezasızlık rejimi mutlak nitelikte olmayıp, madde metninde açıkça belirtilen bazı suç tipleri ve akrabalık ilişkileri bakımından istisnalara yer verilmiştir. Nitekim yağma/gasp ve benzeri cebir veya tehdit içeren fiiller bu kapsam dışında bırakılmış; ayrıca kanunda sayılan yakınlık derecelerinin ötesinde kalan hısımlık ilişkileri bakımından, cezai takibatın şikâyete bağlı tutulması suretiyle daha sınırlı bir koruma alanı benimsenmiştir.

⁴⁸ Codice Penale Art. 649

“Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti.

Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno:

1) del coniuge non legalmente separato; della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso;

2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato;

3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano.

I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, o della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli artt. 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.”

5237 sayılı TCK'da, malvarlığına karşı suçlar bakımından akrabalık ilişkisine dayalı özel düzenleme Kanun'un 167. maddesinde yer almaktadır⁴⁹. Anılan hükümde, yağma ve nitelikli yağma suçları hariç tutulmak suretiyle, malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından kademeli bir sorumluluk sistemi öngörülmüştür. Bu çerçevede, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler, üstsoy ve altsoy ile bu derecedeki kayın hısımları, evlat edinen ile evlatlık ve aynı konutta birlikte yaşayan kardeşler arasında söz konusu suçların işlenmesi hâlinde, fail hakkında cezaya hükmolunmayacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık, söz konusu suçların haklarında ayrılık kararı verilmiş eşler, aynı konutta birlikte yaşamayan kardeşler ile aynı konutta birlikte yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen ve ikinci dereceden kayın hısımları aleyhine işlenmesi durumunda, kanun koyucu mutlak cezasızlık rejimini terk etmiş; bu hâllerde kovuşturmanın şikâyet şartına bağlanmasını ve cezada indirim yapılmasını öngörerek, akrabalık bağının yoğunluğuna göre daha sınırlı ve ölçülü bir cezai sorumluluk rejimi benimsemiştir

Karşılaştırmalı ceza hukuku açısından Alman, İtalyan ve Türk hukuk sistemleri incelendiğinde, malvarlığına karşı suçlarda akrabalık bağının cezai sorumluluğa etkisinin farklı normatif teknikler aracılığıyla düzenlendiği görülmektedir. Alman Ceza Kanunu'nda (§ 247 StGB), akrabalık, vasilik, bakıcılık veya birlikte yaşama ilişkisi, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil, kovuşturmanın şikâyetine bağlanmasını öngören bir muhakeme şartı olarak düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nda (Codice Penale art. 649) ise kanun koyucu, belirli yakın akrabalık ilişkileri bakımından doğrudan şahsî cezasızlık kabul etmiş; bunun dışında kalan bazı hısımlık ilişkileri yönünden ise cezai sorumluluğu korumakla birlikte kovuşturmayı şikâyet tâbi kılmış, ancak herhangi bir cezada indirim mekanizmasına yer vermemiştir. TCK m. 167 ise bu iki sistemden farklı

⁴⁹ TCK m. 167

“Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep

(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

olarak, yakınlık derecesine göre mutlak cezasızlık ile şikâyeteye bağlılık ve cezada indirim seçeneklerinin birlikte öngörüldüğü kademeli ve karma bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir.

II. Malvarlığına Karşı Suçlarda Hısımlık (Akrabalık) İlişkileri ve Şahsi Cezasızlık Rejiminde Kayın Hısımlığının Yeri

A. Hısımlık (Akrabalık) Kavramı ve Ceza Hukukundaki İşlevi

1. Genel Olarak

Hısımlık, gerçek kişiler arasındaki hukuken tanınan yakınlık ilişkisini ifade eder; tüzel kişilerde söz konusu olamaz. Kişiler, ortak bir soydan gelmeleri sebebiyle birbirlerine bağlanabilirler. Bu tür yakınlık, kan bağına dayanmakta olup kan hısımlığı olarak adlandırılır. Bunun yanında evlenme, eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasında da bir yakınlık ilişkisi meydana getirir. Evlilikten kaynaklanan bu ilişki, kayın hısımlığı (sıhrî hısımlık) olarak nitelendirilir⁵⁰.

Son olarak evlât edinme müessesesi de evlât edinen ile evlâtlık arasında, ana-baba ile çocuk arasındaki ilişkiye benzer nitelikte bir bağ doğurur. Kan bağına dayanmayan, hukuk düzenince kurulan bu ilişki ise yapay hısımlık (sunî/cali hısımlık) olarak ifade edilmektedir⁵¹.

5237 sayılı TCK'da hısımlık ilişkilerinin belirli türlerine yer verildiği görülmektedir. Akrabalık ilişkilerinde esas olarak kan bağı dikkate alınmakta; üstsoy ve altsoy bakımından herhangi bir derece sınırlaması öngörülmemekte, yansoy hısımlığı bakımından ise en fazla üçüncü dereceye kadar olan akrabalık ilişkileri dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede TCK'da düzenlenen akrabalık kavramları arasında; üstsoy, altsoy, ana, baba, analık, babalık, üvey ana, üvey baba, kardeş, üvey kardeş, eş, teyze, dayı, amca, hala, yeğen, evlâtlık, evlât edinen, veli ile ikinci veya üçüncü dereceye kadar kan ya da kayın hısımlığı ve aile kavramı yer almaktadır⁵².

⁵⁰ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Medeni Hukuk* (36. Baskı, Beta 2024) 138-139; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku* (Legal 2014) 80; İhsan Erdoğan ve Dilşad A. Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (3. Baskı, Gazi 2020) 286.

⁵¹ Akıntürk ve Ateş (n 50) 141; Helvacı ve Erlüle (n 50) 80.

⁵² Veysel Candan Canoğlu, 'Türk Ceza Kanunu'nda Akrabalık Bağı' (2025) 83(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 828, 830.

2. Hısımlığın Türleri ve Derecesi

Hısımlık, temel olarak üç ana kategoriye ayrılmaktadır: kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve evlât edinmeden doğan (yapay/suni) hısımlık. Hısımlığın derecesi ise, kişiler arasındaki kan bağı veya soy ilişkisi çerçevesinde, bir kişiden diğerine ulaşmak için sayılan doğum sayısını ifade etmektedir.

Bu kısımda söz konusu hısımlık türleri ve hısımlık derecesinin belirlenmesine ilişkin esaslar sistematik biçimde ele alınacaktır.

a. Kan Hısımlığı

Kan hısımlığı, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 17/2 maddesinde, "biri diğerinden gelen ya da ortak bir kökten gelenler arasındaki hısımlık" şeklinde tanımlanmıştır. Bu çerçevede kan hısımlığı, kişinin ana ve babası ile onların soy çevresi arasında mevcut bulunan tabîi ve hukukî yakınlık bağına ifade etmektedir⁵³.

Kan hısımlığı, kural olarak ana ve baba yönünden olmak üzere iki taraflıdır ve doğum olgusuyla birlikte kendiliğinden meydana gelir⁵⁴. Ana bakımından hısımlık ilişkisi, doğumun gerçekleşmesiyle herhangi bir ek işleme ihtiyaç duyulmaksızın kurulmaktadır. Buna karşılık baba yönünden hısımlık, evlilik birliği içinde gerçekleşen doğumlarda kendiliğinden doğar. Evlilik dışında gerçekleşen doğumlarda ise çocuk ile baba arasındaki kan hısımlığının hukuken kurulabilmesi, çocuğun tanınmasına veya mahkeme kararıyla babalığa hükmedilmesine bağlıdır⁵⁵.

Kan hısımlığı, üstsoy-altsoy (usul fûru) hısımlığı ile yansoy hısımlığı olmak üzere iki ayrı türe ayrılmaktadır⁵⁶.

▣ *Üstsoy-altsoy (usul fûru) hısımlığı*; biri diğerinden gelen kişiler arasındaki hısımlık ilişkisi, altsoy-üstsoy hısımlığı olarak adlandırılmaktadır (TMK m. 17/1). Bu hısımlık türünde üstsoy, bir kimsenin ana ve babasını, büyükanne ve büyükbabalarını ve daha geriye doğru uzanan nesilleri; altsoy ise kişinin çocuklarını,

⁵³ Erdoğan ve Keskin (n 50) 262.

⁵⁴ Akıntürk ve Ateş (n 50) 139.

⁵⁵ Erdoğan ve Keskin (n 50) 262.

⁵⁶ Akıntürk ve Ateş (n 50) 139-140; Erdoğan ve Keskin (n 50) 262-263; Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk-I Başlangıç Hükümleri-Kişiler-Aile Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2023) 131.

torunlarını ve onların çocuklarını kapsayacak şekilde aşağıya doğru devam eden nesilleri ifade etmektedir. Altsoy-üstsoy hısımlığı, öğretide düz çizgi hısımlığı olarak da isimlendirilmektedir. Ana, baba ile çocuklar arasındaki altsoy-üstsoy hısımlığı ise soybağı olarak adlandırılır. Soybağı ilişkisi, taraflar arasında TMK'da (TMK m. 321-334) düzenlenen çeşitli hak ve yükümlülüklerin doğmasına yol açmaktadır.

☐ *Yansoy hısımlığı*; ortak bir kökten gelen kişiler arasındaki hısımlık ilişkisini ifade etmektedir. TMK m. 17/2 uyarınca bu ilişki yansoy hısımlığı olarak adlandırılmaktadır. Yansoy hısımlığının en belirgin örneğini kardeşler oluşturmaktadır. En az iki kişinin aynı kökten gelmesi hâlinde yansoy hısımlığının varlığından söz edilir. Bu kapsamda bir kişi ile kardeşleri, kardeş çocukları, amca, hala, dayı ve teyze ile bunların altsoyları arasındaki ilişkiler yansoy hısımlığı kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁷.

Yansoy hısımlığı, ortak kökün niteliğine göre tam kan ve yarım kan olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her iki kökün (ana ve baba) ortak olduğu durumlarda tam kan yansoy hısımlığı söz konusudur. Ana ve babası bir olan kardeşler arasındaki ilişki bu kapsamdadır. Buna karşılık yalnızca ana veya babadan birinin ortak olduğu durumlarda ise yarım kan yansoy hısımlığı ortaya çıkmaktadır. Ana bir, baba ayrı ya da baba bir, ana ayrı kardeşler arasındaki ilişki bu tür yansoy hısımlığa örnek teşkil etmektedir⁵⁸.

b. Kayın Hısımlığı (Sıhrî Hısımlık)

Kayın hısımlığı (sıhrî hısımlık), evlenme yoluyla kurulan hısımlık ilişkisidir. TMK m. 18 uyarınca eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları sayılmaktadır. Bu bağlamda kadının anne, baba, kardeş, kardeş çocukları ile büyükanne ve büyükbabası erkek eş bakımından kayın hısımlıdır. Aynı şekilde kadın eş de kocasının aynı derecedeki kan hısımlarıyla kayın hısımlığı ilişkisi içindedir. Kayın hısımlığının derecesi, eşin kendi kan hısımlarıyla olan hısımlık derecesiyle paralellik göstermektedir. Buna göre, eş ile diğer eşin anne veya babası arasında birinci derece kayın üstsoy-altsoy hısımlığı; kardeşleri arasında ise ikinci derece kayın yansoy hısımlığı söz konusu olmaktadır⁵⁹.

⁵⁷ Akıntürk ve Ateş (n 50) 139-140; Erdoğan ve Keskin (n 50) 262-263; Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 131.

⁵⁸ Erdoğan ve Keskin (n 50) 263; Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 131.

⁵⁹ Akıntürk ve Ateş (n 50) 141; Erdoğan ve Keskin (n 50) 264; Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 132.

Nişanlılık süreci dâhil olmak üzere evlilik öncesi dönemde kayın hısımlığı ilişkisi doğmamaktadır⁶⁰. Ancak evlenme ile oluşan kayın hısımlığı, evliliğin sonradan iptal edilmesi, ölüm veya boşanma sebebiyle sona ermesi hâlinde ortadan kalkmaz; varlığını sürdürür. Bununla birlikte, evlilik sona erdikten sonra eski eşlerin sonradan doğacak kan hısımları ile diğer eski eş arasında kayın hısımlığı doğmaz.

Kayın hısımlığı, eşlerden birinin bizzat kendisi ile diğer eşin kan hısımları arasındaki ilişkidir. Bu nedenle, her iki eşin kan hısımları arasında, örneğin kocanın annesi, babası ve kardeşleri ile karısının annesi, babası ve kardeşleri arasında herhangi bir hısımlık ilişkisi bulunmamaktadır. Eşler birbirinin hısımlı değildir; aralarında evlenme sözleşmesinin kurulmasıyla doğan eş olma ilişkisi bulunmaktadır⁶¹.

c. Yapay Hısımlık (Suni/Cali Hısımlık)

Yapay (sun'î) hısımlık, evlât edinme sebebiyle doğan yakınlık ilişkisidir. Evlât edinen ile evlâtlık arasında kurulan bu bağ, mahiyeti itibarıyla birinci derece üstsoy-altsoy ilişkisine benzer nitelik taşımaktadır. Söz konusu hısımlığın kaynağını ise evlât edinme işlemi, diğer bir ifadeyle mahkeme kararı oluşturmaktadır.

Kan hısımlığı ile kayın hısımlığı, kural olarak herhangi bir sebeple sona ermeyen sürekli ilişkiler niteliğindedir. Buna karşılık yapay hısımlık bakımından aynı durum söz konusu değildir. Zira evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması hâlinde, buna bağlı olarak yapay hısımlık ilişkisi de kendiliğinden sona ermektedir⁶².

Evlâtlık ilişkisi, kural olarak yalnızca evlât edinen ile evlâtlık arasında hısımlık bağı doğurmaktadır. Bu ilişki, tarafların diğer hısımları bakımından kendiliğinden bir hısımlık sonucu meydana getirmez⁶³.

d. Hısımlığın Derecesi

Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısına göre belirlenmektedir (TMK m. 17/1). Bu sayı, kişiler arasındaki soy çizgisinde yer

⁶⁰ Canoğlu (n 52) 839.

⁶¹ Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 132.

⁶² Akıntürk ve Ateş (n 50) 141; Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 132.

⁶³ Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 133.

alan doğumların toplamı esas alınarak tespit edilir. Buna göre çocuk ile ana ve babası arasında birinci derece; çocuk ile büyükanne ve büyükbabası arasında ise ikinci derece kan hısımlığı bulunmaktadır.

Yansoy hısımlığında derece hesabı, kişilerin ortak köke kadar olan uzaklığı ile ortak kökten diğer kişiye uzanan soy çizgisi esas alınarak belirlenmektedir. Bu kapsamda kardeşler arasında ikinci derece, amca, hala, dayı ve teyze ile yeğen arasında ise üçüncü derece kan hısımlığı bulunmaktadır. Yansoy hısımlığında birinci derece hısımlık söz konusu olmayıp, en yakın yansoy hısımlığı kardeşler arasındaki ikinci derece ilişkidir⁶⁴. Daha önce yukarıda da belirttiğimiz üzere TMK m. 18/1 uyarınca, iki kişi arasındaki kan hısımlığına göre belirlenen derece, bu kişilerden birinin eşi bakımından da aynı derecede kayın hısımlığı olarak kabul edilmektedir.

3. Ceza Hukukunda Hısımlığın İşlevi

Hısımlık ilişkisi, medeni hukuk bakımından bireylerin kişisel ve ailevi durumlarını belirleyen temel müesseselerinden biridir. Bu kapsamda hısımlık; miras hukuku, nafaka yükümlülükleri ve evlenme engelleri bakımından doğrudan sonuçlar doğurmakta, ayrıca medeni usul hukukunda hâkimin davaya bakamayacağı hâller ile tanıklık ve bilirkişilik gibi müesseseler üzerinde de belirleyici rol oynamaktadır⁶⁵. Bu yönüyle hısımlık, bireyler arasındaki hukuki ilişkilerin kurulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesinde önemli işlevler üstlenmektedir. Bununla birlikte hısımlık ilişkisi, yalnızca medeni hukuk alanıyla sınırlı bir etkiye sahip olmayıp ceza hukuku bakımından da çeşitli hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Ceza hukuku, hısımlığı yalnızca özel hukukta tanımlanan şekli bir aile ilişkisi olarak kabul etmemekte; suç politikası, toplumsal düzenin korunması ve hukuki değerlerin gözetilmesi çerçevesinde bu ilişkiye farklı sonuçlar bağlamaktadır. Bu nedenle hısımlık, ceza hukuku bakımından da ayrı bir değerlendirme ölçütü oluşturmakta ve hukuki sonuç doğuran işlevsel bir kavram olarak kabul edilmektedir.

Ceza hukukunda hısımlığın ilk ve en belirgin işlevi, bazı suç tipleri bakımından cezai sorumluluğun ağırlaştırılması veya hafifletilmesi (nitelikli haller) noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim bazı suçların yakın aile bireylerine karşı işlenmesi, failin aile bağından kaynaklanan güven ilişkisini ihlal etmesi ve mağ-

⁶⁴ Erdoğan ve Keskin (n 50) 263-264.

⁶⁵ Daha detaylı bilgi için bkzn. Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 133.

dur üzerindeki yakınlıktan faydalanması nedeniyle ceza hukuku bakımından daha ağır sonuçlara bağlanabilmektedir⁶⁶. Buna karşılık belirli suç tiplerinde ise aile bağının korunması, aile içi çatışmaların ceza hukuku alanına taşınmaması ve sosyal barışın muhafazası amacıyla hısımlık ilişkisine cezasızlık veya cezada indirim sonucu bağlanabilmektedir⁶⁷.

Hısımlığın ceza hukuku bakımından ikinci temel işlev alanı, ceza muhakemesi hukuku içinde ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, aile bağlarının doğurduğu sadakat, güven ve duygusal yakınlığı göz ardı etmeyerek, muhakeme sürecinde hısımlığa çeşitli hukuki sonuçlar bağlamıştır. Bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) yakın hısımlara tanınan tanıklıktan çekinme hakkı (CMK m. 45), maddi gerçeğin araştırılması ile aile birliğinin korunması arasında kurulan hassas dengenin en belirgin örneğidir. Bunun yanında hâkimin reddi ve yasaklılığı (CMK m. 22), bilirkişinin reddi (CMK m. 69) ile uzlaştırmacının tarafsızlığına (CMK m. 253/10) ilişkin düzenlemelerde de hısımlık, objektiflik ve adil yargılanma güvencesi bakımından belirleyici bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Böylece hısımlık, ceza hukukunda yalnızca suç ve ceza ilişkisini etkileyen maddi bir unsur değil; aynı zamanda muhakemenin meşruiyetini, tarafsızlığını ve etik temelini şekillendiren usulî bir müessese niteliği taşımaktadır.

Üçüncü olarak hısımlık, ceza hukukunda kusurluluk ve isnat değerlendirmeleri bakımından dolaylı fakat önemli etkiler doğurabilmektedir. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi; saikin belirlenmesi, güven ilişkisinin kötüye kullanılması, bağımlılık veya nüfuz etkisinin varlığı ve psikolojik baskının tespiti gibi hususlarda somut olayın değerlendirilmesine yön verebilmektedir⁶⁸. Bu yönüyle hısımlık, yalnızca hukuki statü ifade eden biçimsel bir bağ değil; fiilin gerçekleştiği sosyal zemini, taraflar arasındaki güç dengesini ve davranışın anlamını ortaya koyan işlevsel bir kriter niteliği taşımaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan malvarlığına karşı suçlar bakımından ise hısımlığın özel bir işlev kazandığı görülmektedir. Bu suçlarda kanun koyucu, belirli derecedeki akrabalık ilişkilerinde ceza hukukunun müdahalesini sınırlandırarak aile içi uyuşmazlıkların mümkün olduğunca özel alan içinde çözülmesini amaçlamaktadır. Bu bağlamda hısımlık, doğrudan suçun unsurlarını etkileyen

⁶⁶ İçel (n 2)308; Özen (n 2) 920.

⁶⁷ Özen (n 2) 920.

⁶⁸ Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi STRAFZUMESSUNG (Türk-Alman Hukuku)* (2. Baskı, Adalet2024) 252.

değil; buna karşılık cezalandırılabilirliğin sınırlarını/düzeyini belirleyen bir kriter olarak işlev görmektedir.

Sonuç olarak hısımlık, ceza hukukunda yalnızca kişisel durumu ifade eden bir ilişki biçimi değil; cezalandırma yetkisinin kapsamını etkileyen, muhakeme hukukunda sonuç doğuran ve suç politikası tercihlerini yansıtan çok yönlü bir hukuki müessesedir. Bu sebeple hısımlık, medeni hukuktan kaynaklanan bir kavram olmasına rağmen, ceza hukukunda kendine özgü amaç ve işlevler doğrultusunda yeniden şekillenmiş bağımsız alana sahiptir.

B. Hısımlık İlişkilerinin Şahsi Cezasızlık Sebebi Olarak Düzenlenmesinin Hukuki Amacı

2709 sayılı 1982 tarihli Anayasamızın 41. maddesi “Aile Türk toplumunun temelidir.” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm ile aile kurumu anayasal düzeyde özel bir koruma altına alınmıştır. Toplumun temeli olarak kabul edilen ailenin korunması ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması arasında denge kurulması amacıyla, daha önce de bahsedildiği üzere TCK’da farklı düzenleme teknikleri benimsenmiştir. Bu çerçevede, kişilere karşı işlenen suçların aile bireylerine yönelmesi hâlinde (örneğin TCK m.86/3-a, m.103/3-c) cezanın artırılması yoluna gidilerek aile içi güven ilişkisinin korunması amaçlanmıştır. Buna karşılık malvarlığına karşı suçlarda (TCK m.167) aile içi ilişkilerin niteliği dikkate alınarak cezasızlık veya indirim öngörülmüş, böylece aile birliğini koruyan ve ceza hukukunun müdahalesini sınırlayan daha esnek bir yaklaşım benimsenmiştir.

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin bazı hâllerde cezasızlık sebebi olarak kabul edilmesinin temel amacı, bu tür fiillerin toplumsal huzur ve sükûnu ceza hukukunun müdahalesini zorunlu kılacak ölçüde sarsmaması ve ceza tehdidi yoluyla yapılacak müdahalenin yarıardan ziyade aile içi ilişkiler bakımından daha ağır sosyal sonuçlar doğurabileceği düşüncesidir. Bu nedenle kanun koyucu, belirli akrabalık ilişkileri içinde ortaya çıkan malvarlığı ihtilaflarında ceza hukukunun müdahalesini sınırlayarak, aile içi ilişkilerin korunmasını ve ceza hukukunun istisnai niteliğini gözeterek bir yaklaşım benimsemiştir⁶⁹. Burada fiilin haksızlık ve kusur içeriğinde bir azalma yoktur; hatta güven ilişkisinin kötüye kullanılması nedeniyle daha ağır bir hak-

⁶⁹ Önder (n 11) 425; Demiral Bakırman (n 1) 156.

sızlık söz konusu olabilir. Buna rağmen, aile bağlarının korunması yönündeki üstün sosyal yarar nedeniyle ceza hukukunun müdahalesi sınırlandırılmıştır⁷⁰.

Hukuk düzeninde istikrarın ve toplumsal düzenin sağlanması, yalnızca ceza hukuku normlarıyla değil, diğer hukuk dallarının imkânlarıyla da temin edilebilmektedir. Bu nedenle ceza hukuku, müdahalesi zorunlu olmadıkça devreye girmemesi gereken son çare (ultima ratio) niteliğindedir⁷¹. Çalışmamızın konusunu oluşturan TCK m.167'nin gerekçesi⁷² de, aile içi ilişkiler çerçevesinde ortaya çıkan malvarlığına ilişkin bazı fiiller bakımından ceza hukuku müdahalesini sınırlamak ve bu alanı ultima ratio ilkesi doğrultusunda istisnai bir yaptırım alanı olarak konumlandırmaktır. Hısımlık ilişkisi bakımından TCK m.167'de ön-görülen şahsi cezasızlık ve cezada indirim düzenlemeleri de bu yaklaşımın bir yansımasıdır. Kanun koyucu, belirli hısımlık ilişkileri kapsamında ortaya çıkan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda ceza hukukunun müdahalesini sınırlandırarak, bu alanın aile içi ilişkiler ve özel hukuk düzenine özgü çözüm mekanizmaları çerçevesinde değerlendirilmesini tercih etmiştir. Böylece aile içi ilişkilerde ceza yaptırımına ancak zorunlu hâllerde başvurulmakta, ceza hukuku bu alanda ikincil ve istisnai bir araç olarak konumlandırılmaktadır.

Hısımlar arasında işlenen malvarlığına karşı suçlarda cezasızlık sebebinin kabul edilmesinin önemli gerekçelerinden biri, eşler ve diğer aile bireyleri arasında malvarlığının çoğu zaman kesin ve ayrıntılı biçimde ayrıştırılamaması, dolayısıyla mülkiyet ilişkilerinin hukuki olarak netleştirilmesinde karşılaşılan güçlüklerdir⁷³. Bu çerçevede cezasızlık düzenlemesinin gerekçesine ilişkin olarak iki temel yaklaşım öne çıkmaktadır. İlk yaklaşıma göre, özellikle eşler arasında “benim” ve “senin” ayrımı yerine “ortak malvarlığı” veya “bizim mülkiyetimiz”

⁷⁰ Ece Yükselen Ekinci, ‘Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Akrabalık İlişkisi’ (2017) 91(2017/4) İstanbul Barosu Dergisi 190, 192; Demiral Bakırman (n 1) 158.

⁷¹ Soner Demirtaş, ‘Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi’ (2019) 21(Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan) 491, 493.

⁷² 5237 sayılı TCK m. 167 gerekçesi: “İşlenen suç politikası nedeniyle, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş bulundukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Ancak, yağma ve nitelikli yağma suçları açısından bu şahsî cezasızlık sebebinden yararlanma kabul edilmemiştir. Şahsî cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezaî sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, malvarlığına karşı işlenen ve birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî nedenler gösterilmiştir.”

⁷³ Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi C. IV* (Adalet 2021) 6155; Demiral Bakırman (n 1) 158.

anlayışının hâkim olması, mülkiyetin bireysel niteliğini zayıflatmaktadır. İkinci yaklaşıma göre ise, aile içi malvarlığı ilişkilerinin doğası gereği ortaya çıkan ispat güçlükleri, ceza yargılamasının sağlıklı biçimde yürütülmesini güçleştirmekte ve bu nedenle ceza hukukunun müdahalesinin sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır⁷⁴.

C. Ayrılık Kararı, Boşanma ve Hısımlığın Devamı Sorunu

1. Genel Olarak

Boşanma kurumu, Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabı kapsamında 161 ila 184. maddeler arasında düzenlenmiştir. Evliliğin kural olarak ömür boyu sürmesi amaçlanmakla birlikte, eşlerden her koşul altında evlilik birliğini devam ettirmelerinin beklenmesi hukuken ve fiilen her zaman mümkün değildir. Bu sebeple kanun koyucu, belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde eşlere boşanma yoluna başvurma imkânı tanımıştır. Boşanma, evlilik birliğinin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanılarak, eşlerden birinin açacağı dava üzerine yetkili mahkeme kararıyla sona erdirilmesidir. Hukuki niteliği itibarıyla boşanma, eşler arasındaki evlilik bağına geleceğe etkili olarak ortadan kaldıran ve aile hukukuna özgü kurucu yenilik doğuran bir mahkeme kararıdır⁷⁵.

TMK m. 167 uyarınca boşanma davası açma hakkına sahip olan eş, dilerse ayrılığa hükmedilmesini talep edebilir. Ayrılığa evlilik birliği sona ermediğinden, eşlerin kişisel durumlarında herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Taraflar "evli" statülerini korumaya devam ederler⁷⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere, evlenme ile kurulan kayın hısımlığı bakımından medeni hukukta kabul edilen temel ilke, bu hısımlık ilişkisinin boşanma, ölüm veya evliliğin sonradan iptal edilmesi hallerinde kendiliğinden ortadan kalkmamasıdır. Nitekim boşanma sonrasında da eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasındaki kayın hısımlığı, hukuki ve teknik anlamda varlığını sürdürmektedir. Ayrılık kararında ise evlilik birliği sona ermediğinden, kayın hısımlığının devam ettiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Boşanmaya rağmen bu hısımlığın devam etmesinin temelinde de TMK m. 129/2'de öngörülen evlenme engelinin sürmesi yer almaktadır. Bununla birlik-

⁷⁴ Demiral Bakırman (n 1) 158.

⁷⁵ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (25. Baskı, Beta2024) 237; Yılmaz ve Yıldırım (n 56) 222-223.

⁷⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (n 75) 278.

te, medeni hukuk bakımından kabul edilen bu şekli süreklilik, ceza hukuku açısından her durumda aynı sonucu doğurmamakta; özellikle şahsi cezasızlık sebepleri yönünden farklı ve tartışmalı sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

2. Hısımlığın Devamı Sorunu

Evlilik birliğinin sona ermesi veya ayrılık kararı hâllerinde kayın hısımlığının ceza hukuku bakımından ne ölçüde sonuç doğurmaya devam edeceği, şahsi cezasızlık sebeplerinin kapsamı açısından önem arz eden meselelerden biridir. Özellikle boşanma ve ayrılık kararı sonrasında taraflar arasındaki aile bağlarının zayıflaması yahut tamamen ortadan kalkması, hısımlık ilişkisine dayalı ceza hukuku sonuçlarının yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Çünkü her iki durumda da taraflar arasındaki kişisel ve sosyal ilişkinin ciddi ölçüde zedeleniği yahut fiilen sona erdiği sıklıkla görülmektedir. Bu durum, evlilik sebebiyle kurulmuş kayın hısımlığının ceza hukuku bakımından etkilerinin yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Hukuk düzeninde normatif bütünlük esastır. Bu nedenle yürürlükteki kanunların birbiriyle çelişmediği varsayılır. Bu sebepler TCK'daki ve CMK'daki hısımlık ilişkileri şüphesiz TMK'ya göre belirlenecektir⁷⁷. Çünkü TCK m. 6'da yer alan tanımların sınırlı sayıda belirlenmiş olması, ceza hukukunda kullanılan tüm kavramların yalnızca bu maddede düzenlenenlerle sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim TCK'da yer alan birçok suç tanımında, farklı kanunlarda düzenlenen kavramlara atıf yapılmakta; zilyetlik, taşınır mal, bina, yerleşim yeri, elbirliği mülkiyeti, evlenme, orman ve serbest meslek gibi unsurlar ilgili özel kanun hükümleri çerçevesinde anlam kazanmaktadır. Yargı uygulamasında da bu kavramlar, ait oldukları mevzuattaki tanımlarıyla uyumlu biçimde yorumlanmakta ve sistematik bütünlük içerisinde değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte uygulamada, evliliğin sona ermesinden sonra suç işleyen kayın hısımlarının TCK'nın 167. maddesinde öngörülen lehe düzenlemeden yararlanmasının hakkaniyete uygun düşmediği; bu kapsamda TMK'nın 18/2. maddesindeki düzenlemenin aile ve miras hukukuna ilişkin olması nedeniyle ceza hukukuna teşmil edilemeyeceği ileri sürülerek, söz konusu hükmün uygulanmaması gerektiği yönünde kararların verildiği de görülmektedir⁷⁸.

⁷⁷ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Baskı, Legem 2024) 96; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri Cilt I* (81. Baskı, Adalet 2025) 172.

⁷⁸ Yargıtay 15 CD, 7302/11857, 25.06.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2024 **Yargıtay 25.06.2013 tarihli kararında özetle**; “*Saniğin alkollü şekilde eski ka-*

Örneğin Yargıtay 29.04.2014 tarihli kararında⁷⁹ özetle; “Katılan, Almanya’da ikamet ettiği dönemde gelini konumundaki sanığa 1990 yılında geniş kapsamlı bir vekâletname vermiş; bu suretle sanık, katılana ait taşınmazları satış da dâhil olmak üzere tasarrufa konu edebilme yetkisini elde etmiştir. Sonraki süreçte katılanın oğlu ile sanığın evliliği sona ermiş olmasına rağmen, sanık söz konusu vekâletnameye dayanarak katılanın paydaşı bulunduğu taşınmazı üçüncü kişiye devretmiş ve satış bedelini katılana teslim etmeyerek uhdesinde tutmuştur. Yargıtay, sanığın güven ilişkisine dayalı olarak tevdi edilen temsil yetkisini, verilmiş amacına aykırı biçimde kullanarak kendisine menfaat temin ettiğini kabul etmiş; bu fiilin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca mahkemece TCK m. 167 uygulanmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı değerlendirilmiş ve mahkûmiyet hükmü onanmıştır.” şeklinde karar vermiştir.

Karara muhalif kalan üye karşı oy gerekçesinde özetle; “TMK m. 18 uyarınca kayın hısımlığının evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmadığı, bu nedenle

yınvalidesi/kayınpederinin evine geldiği, kapı açılmayınca dışarı çıkıp müştekiye ait park halindeki aracın camını kırarak araca girdiği ve çakmakla aracı yaktığı tespit edilmiştir. Yargıtay, bu eylemin mala zarar verme suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir. Ancak yerel mahkemenin ceza belirleme yöntemini hatalı bulmuştur. Çünkü önce TCK 151/1 kapsamında temel ceza belirlenmeli, ardından aracın yakılması nedeniyle TCK 152/2-uyarınca artırma gidilmeliydi.” şeklinde karar vererek, cezanın yanlış hesaplanması nedeniyle hükmü bozmuştur. **Karara muhalif kalan üye karşı oy gerekçesinde özetle;** “TMK m. 18 uyarınca kayın hısımlığının evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmadığı, bu nedenle eski damat ile eski kayınpeder arasındaki sıhri hısımlığın devam ettiği; buna bağlı olarak TCK m. 167/1 kapsamında mala karşı suçlarda öngörülen şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması gerektiği, açık kanun hükmünün yorum yoluyla daraltılamayacağı ve aynı hısımlık ilişkisinin ağırlaştırıcı neden sayıldığı hâllerde lehe sonuç doğuran hükümlerin dışlanması çelişki oluşturduğu belirtilerek, hükmün ceza miktarı yönünden değil sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı gerekçesiyle” bozulması gerektiği savunulmuştur.; Yargıtay 2 CD, 13770/18589, 04.12.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2024 **Yargıtay 04.12.2024 tarihinde kanun yararına bozma başvurusu üzerine verdiği kararında özetle** “Murisin banka hesabındaki paranın ölümünden sonra ikinci eşi tarafından kendi hesabına aktarıldığı iddiasıyla, miras bırakanın çocuğu olan şikâyetçi, üvey annesi konumundaki şüpheli hakkında şikâyetle bulunmuştur. Cumhuriyet savcılığı, taraflar arasında mevcut akrabalık ilişkisini dikkate alarak TCK m.167 kapsamında şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğu gerekçeyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiş; bu karara yapılan itiraz da Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilmiştir. Ancak Yargıtay, kanun yararına bozma incelemesi sonucunda bu değerlendirmeyi hukuka uygun bulmamıştır. Kararda, murisin ölümüyle evliliğin sona erdiği, kayın hısımlığının medeni hukuk bakımından devam etmesinin ceza hukuku açısından kendiliğinden şahsi cezasızlık sebebi oluşturmayacağını” vurgulanmıştır.

⁷⁹ Yargıtay 15 CD, 16335/8391, 29.04.2014 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2024

eski kayınpeder ile eski gelin arasındaki sıhri hısımlığın devam ettiği belirtilmiş; TCK m. 167/1’de üstsoy-altsoy derecesindeki kayın hısımlarına karşı işlenen malvarlığı suçları bakımından öngörülen şahsi cezasızlık sebebinin somut olayda da uygulanması gerektiği savunulmuştur. Muhalef üyeye göre, ceza hukukunda diğer kanunlardaki tanımlardan yararlanılması olağan olup açık kanun hükmünün yorum yoluyla daraltılması mümkün değildir; ayrıca kayın hısımlığının bazı suçlarda ağırlaştırıcı neden kabul edilmesine karşın sanık lehine sonuç doğuran cezasızlık hükümlerinin reddedilmesi de tutarsızlık teşkil etmektedir. Bu sebeple sanık hakkında mahkûmiyet yerine ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini” ileri sürerek TCK m. 167’nin uygulanması gerektiğini savunmuştur.

Karşı oy, boşanma sonrasında da devam eden kayın hısımlığının yalnızca suçu ağırlaştıran nitelikli hâller bakımından değil, TCK’nın 167. maddesinde düzenlenen şahsî cezasızlık sebepleri yönünden de sanık lehine sonuçlar doğurabilecek ceza hukuku etkilerinin bulunduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Zira uygulamada Yargıtay, evliliğin sona ermesinden sonra işlenen suçlar bakımından cezanın artırılmasına ilişkin değerlendirmelerinde, TMK m. 18/2 hükmü uyarınca kayın hısımlığının devam ettiğini kabul eden kararlara da yer vermektedir. Bu kapsamda Yargıtay, bazı kararlarında kayın hısımlığının, onu meydana getiren evliliğin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkmayacağını gözeterek hüküm tesis etmektedir⁸⁰.

Kanaatimizce de, evliliğin boşanma ya da iptal yoluyla sona ermesinden sonra suç işleyen kayın hısımlar bakımından TCK m. 167’de öngörülen lehe düzenlemeden yararlanılması, hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, ceza hukukunda kanunilik ilkesi gereği şahsi cezasızlık sebeplerinin kıyas yoluyla genişletilmesi veya daraltılması mümkün değildir⁸¹. Bu sebeple

⁸⁰ Yargıtay CGK, 14-1397/265, 28.05.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2024) **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.05.2013 tarihli kararında özetle**; “Sanığın oğlundan boşanmış eski gelinine karşı işlediği cinsel saldırıya teşebbüs fiilinde, boşanmanın kayın hısımlığını sona erdirmediğini kabul ederek TCK m.102/3-c’deki nitelikli halin uygulanmasına karar vermiştir. Kurul, TMK m.18/2 uyarınca kayın hısımlığının evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacağını belirtmiş” böylece ceza hukuku bakımından da eski gelin ile kayınpeder arasındaki hısımlık ilişkisinin sürdüğünü kabul etmiştir. Karar, medeni hukukta devam eden kayın hısımlığının ceza hukukunda da sonuç doğuracağını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. Gunnar Duttge ve Yener Ünver, *Geseclichkeitsprinzip im Strafrecht-Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi* C. 3 (Seçkin, 2014).

mevcut normatif çerçeve içinde yorum yoluyla çözüm üretmenin de belirli sınırları bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu sorunun, evliliğin sona ermesinin ardından hısımlık ilişkisinin ceza hukuku bakımından doğurduğu sonuçların kanun koyucu tarafından açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi suretiyle giderilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Buna karşılık, evliliğin ölüm veya gaiplik gibi nedenlerle sona erdiği hâllerde ise somut olayın özelliklerine bağlı olarak TCK m. 167 hükmünün uygulanmasının hakkaniyete daha uygun düşebileceği değerlendirilmektedir. Somut bir örnek üzerinden ifade etmek gerekirse; eşin önceki evliliğinden doğan ve küçük yaşta olan çocuk, biyolojik ebeveynin vefatının ardından üvey baba tarafından fiilen büyütülmüş ve günlük yaşam içerisinde “baba” olarak kabul edilerek yetiştirilmiştir. Bu durumda, taraflar arasındaki ilişki yalnızca evlilikten doğan şekli bir kayın hısımlığı ile sınırlı olmayıp, süreklilik arz eden fiilî ve sosyal bir aile ilişkisi niteliği kazanmaktadır. Evliliğin eşin ölümüyle sona ermesi, bu sosyal gerçekliğe dayanan aile bağını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle, kayın hısımlığının fiilen devam ettiği bu tür durumlarda TCK m. 167’nin uygulanabilirliğinin sürmesi gerektiği düşünülmektedir.

Yargıtay’ın, her ne kadar hakkaniyet yönünden eleştiriye açık olsa da, kanunilik ilkesi çerçevesinde TCK m. 167 hükmünü TMK m. 18/2 ile birlikte değerlendirilerek, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra suç işleyen kayın hısımlar bakımından da anılan maddede öngörülen lehe düzenlemenin uygulanması gerektiği yönünde isabetli kararları bulunmaktadır⁸².

⁸² Yargıtay 23 CD, 19519/10613, 12.12.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2024 **Yargıtay 12.12.2016 tarihli kararında özetle;** “Saniğin eski eşinin babasına ait aracın lastiğini keserek mala zarar verme suçunu işlediği olayda, boşanmanın kayın hısımlığını sona erdirmediğini kabul etmiş ve bu nedenle TCK m.167’de düzenlenen şahsi cezasızlık/cezada indirim hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Daire, TMK m.18/2’deki “kayın hısımlığı evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” hükmünü ceza hukuku bakımından da geçerli sayarak, eski kayınpederin mağdur olduğu mala zarar verme suçunda akrabalık hükümlerinin uygulanmamasını bozma nedeni yapmıştır.” **Karara muhalif kalan üye karşı oy gerekçesinde özetle;** “Saniğin boşandığı eşinin babasına karşı işlediği mala zarar verme suçunda Medeni Kanun m.18/2’deki kayın hısımlığının ceza hukukuna taşınamayacağı vurgulanmıştır. Çoğunluğun aksine, bu düzenlemenin TCK m.167 kapsamında şahsi cezasızlık sebebi olarak uygulanmasının kanun koyucunun amacıyla bağdaşmadığı, aksi kabulün boşanma sonrası ihtilaflı kişiler arasında malvarlığına karşı işlenen suçları fiilen yaptırımsız bırakabileceği ve suç işlemeyi teşvik edebileceği belirtilmiştir.” Bu nedenle karşı oy, kayın hısımlığının boşanma sonrası ceza hukukunda dikkate alınmaması gerektiği görüşüyle bozma nede nine katılmamıştır.; Yargıtay 2 CD, 13770/18589, 04.12.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2024 **Yargıtay 09.05.2022 tarihli kararında özetle;** “Kamu ku-

Kanaatimizce, TCK m. 167 hükmünün evlilik birliğinin sona ermesinden (boşanma, evliliğin iptali) sonra kayın hısımları bakımından uygulanmaya devam etmesi hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Zira boşanma sonrasında eşler arasında dahi cezai sorumluluk genel hükümlere göre sürerken, yalnızca kanuni bağın devam ettiği gerekçesiyle kayın hısımları arasında lehe düzenlemenin uygulanması adalet duygusunu zedelemektedir. Esasen malvarlığına karşı suçlarda hısımlığa bağlı şahsi cezasızlık sebeplerinin temelinde aile içi dayanışmanın korunması, aile mahremiyetine ceza hukuku müdahalesinin sınırlandırılması ve ceza hukukunun son çare niteliği bulunmaktadır. Korunan menfaat, salt şekli bir akrabalık statüsü değil, fiilen varlığını sürdüren aile ilişkisidir. Oysa boşanmayla birlikte çoğu durumda taraf aileleri arasındaki sosyal temas, güven ilişkisi ve dayanışma zemini de sona ermektedir. Bu nedenle, yalnızca hukuken devam eden kayın hısımlığına dayanılarak TCK m. 167 hükmünün uygulanması, kurumun amacı (ratio legis) ve ceza adaletinin gerekleriyle örtüşmemektedir.

Benzer bir sorun ayrılık kararı bakımından da gündeme gelebilir. Her ne kadar ayrılık hâlinde evlilik bağı hukuken devam etmekteyse de, hâkim kararıyla ortak yaşamın sona erdirilmesi, evlilik birliğinin fiilen ağır şekilde sarsıldığını göstermektedir. Özellikle uzun süreli ayrılık durumlarında (TMK m. 171 uyarınca en az 1 yıl, en fazla 3 yıl) eşler ve aile çevreleri arasındaki sosyal, ekonomik ve fiilî bağların büyük ölçüde ortadan kalkması mümkündür. Bu nedenle, ayrılık kararı bulunan hâllerde kayın hısımlığına dayalı şahsi cezasızlık sebeplerinin doğrudan olarak uygulanması, kurumun amacı ve hakkaniyet ilkesi bakımından isabetli görünmemektedir.

Sonuç

Malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından şahsî cezasızlık sebepleri, ceza hukukunun yalnızca hukuki koruma işlevini değil, aynı zamanda aile ilişkilerinin gözetilmesi ve ceza adaletinin bireyselleştirilmesine yönelik ceza siyaseti tercihlerini de yansıtan istisnai düzenlemeler arasında yer almaktadır. Bu bağlamda

rum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçuna ilişkin iki sanık bakımından farklı sonuçlara ulaşılmıştır. İlk sanık yönünden mahkûmiyet hükmü, yargılamanın hukuka uygun yürütüldüğü, delillerin usulüne uygun toplandığı ve suç vasfının doğru belirlendiği gerekçesiyle onanmıştır. İkinci sanık yönünden ise, olayda aile içi hısımlık ilişkisi ve miras bağlamı dikkate alınmıştır. Sanığın, ölen oğlundan aldığı vekâletname ile ölümünden önce taşınmaz satışı gerçekleştirdiği iddia edilen olayda, katılanların sanığın gelini ve torunu olması nedeniyle” Türk Ceza Kanunu’nun 167/1-b maddesi kapsamında şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğu değerlendirilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 167. maddesi, akrabalık ilişkisini cezalandırılabilirlik üzerinde belirleyici bir unsur olarak kabul ederek, *“yakınlık ilişkisi”* ile *“cezalandırma ihtiyacı”* arasındaki gerilimi normatif bir dengeye kavuşturmayı amaçlamaktadır.

Anılan düzenleme, yalnızca kan hısımlığını değil, kayın hısımlığını da ceza sorumluluğunu etkileyen bir unsur olarak sistem içine dahil etmekte; böylelikle aile birliğinin sosyal ve hukuki işlevi dikkate alınarak ceza hukukunun müdahale alanı sınırlandırılmaktadır. Kanun koyucu, hısımlık ilişkilerini kademeli bir yapı içinde düzenleyerek, aile bağının yoğunluğu ile ceza sorumluluğu arasındaki ilişkiyi dengeli bir şekilde kurmuştur. Bu çerçevede eş, üstsoy ve altsoy ile belirli derecedeki kayın hısımları bakımından mutlak cezasızlık öngörülmüş; daha uzak hısımlık ilişkilerinde ise şikâyeteye bağlılık ve cezada indirim gibi daha esnek mekanizmalara yer verilmiştir.

Bununla birlikte, söz konusu sistemin en tartışmalı yönlerinden biri, kayın hısımlığının kapsamı ve özellikle evliliğin sona ermesinden sonra bu ilişkinin hukuken devam edip etmemesi meselesidir. TMK bakımından evlilik sona erse dahi kayın hısımlığının devam etmesi, ceza hukuku açısından sabit ve değiştirilemez bir bağlanma noktası oluşturmakta; bu durum ise şahsî cezasızlık sebebinin *“fiil anında mevcut olma”* şartı ile birlikte değerlendirildiğinde hukuki bir gerilim yaratmaktadır. Özellikle boşanma sonrasında taraflar arasındaki sosyal ve ekonomik bağların fiilen ortadan kalkmasına rağmen, cezasızlık rejiminin devam etmesi, ceza politikasının aile içi huzuru koruma amacıyla her zaman örtüşmemektedir. Bu noktada temel sorun, hukuken devam eden bir bağ ile fiilen sona ermiş sosyal ilişkinin birbiriyle uyuşmamasından kaynaklanmaktadır. Mevcut normatif yapı, hukuki ilişkinin sürekliliğini esas almakta; buna karşılık sosyal gerçekliği ikincil planda değerlendirmektedir. Oysa şahsî cezasızlık sebeplerinin temelinde yatan düşünce, kişiler arasındaki fiilî yakınlık ve ilişki yoğunluğudur. Bu nedenle, kayın hısımlığının evlilik sonrası dönemde otomatik olarak cezasızlık sonucunu doğurmaya devam etmesi, meşruiyet bakımından tartışmalıdır.

Karşılaştırmalı hukuk perspektifi de bu tartışmayı destekler niteliktedir. Alman hukukunda akrabalık ilişkisi daha çok muhakeme şartı ve şikâyeteye bağlılık çerçevesinde ele alınırken, İtalyan hukukunda bazı yakın akrabalık ilişkileri bakımından doğrudan cezasızlık kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise mutlak cezasızlık, şikâyeteye bağlılık ve cezada indirim mekanizmalarının birlikte yer aldığı karma bir sistem benimsenmiştir. Bu yapı, ceza politikası açısından esneklik

sağlamakla birlikte, özellikle kayın hısımlığının sınırlarının belirlenmesi bakımından uygulamada yorum farklılıklarına yol açabilmektedir.

Özellikle boşanma sürecinin devam ettiği hâller, şahsî cezasızlık sebeplerinin uygulanması bakımından normatif gerilimin en görünür olduğu alanlardan birini teşkil etmektedir. Zira boşanma, hükmün kesinleşmesiyle birlikte sonuç doğuran bir yargısal süreç olmakla birlikte, uygulamada bu sürecin uzun sürdüğü ve bu süre zarfında taraflar arasındaki fiilî birlikteliğin çoğu zaman önemli ölçüde ortadan kalktığı gözlemlenmektedir. Buna rağmen evlilik birliğinin hukuken devam ediyor sayılması, taraflar arasındaki sosyal gerçeklikle bağdaşmayan bir koruma rejiminin sürdürülmesine yol açmakta ve bazı durumlarda kötü niyetli davranışlara elverişli bir zemin hazırlayabilmektedir.

Bu çerçevede, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşler ve kayın hısımları arasında işlenen malvarlığına karşı suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturmanın şikâyet şartına bağlanması, daha dengeli bir çözüm olarak değerlendirilebilir. Böyle bir yaklaşım, ceza hukukunun son çare (ultima ratio) niteliğiyle uyumlu biçimde devlet müdahalesini sınırlarken, aynı zamanda fiilî durum ile hukuki statü arasındaki uyumsuzluğu azaltma potansiyeline sahiptir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 167/2. maddesinde, aralarında ayrılık kararı verilen eşler bakımından malvarlığına karşı işlenen suçların şikâyetle bağlı kılındığı düzenlenmiş olmakla birlikte, uygulamada her boşanma davasının ayrılık kararı ile sonuçlanmadığı açıktır. Ayrılık kararı, hâkimin takdirine bağlı olarak verilen istisnai nitelikte bir karar olup, boşanma davasının açılması kendiliğinden bu sonucun doğmasına yol açmamaktadır. Dolayısıyla mevcut düzenleme, boşanma sürecinde fiilen ayrılmış olan eşler bakımından her durumda koruyucu bir işlev görememektedir. Öte yandan, anılan hükmün kapsamı yalnızca eşler arasındaki ilişkiyle sınırlı olup, kayın hısımlığına dayanan şahsî cezasızlık sebeplerine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda önerilen düzenleme, umulur ki hısımlar arasında işlenen malvarlığına karşı suçların azalmasına katkı sağlayacaktır.

Nitekim aile ilişkilerinin fiilen sona erdiği ve taraflar arasında husumetin bulunduğu durumlarda, kayın hısımlığına bağlı şahsî cezasızlık sebeplerinin uygulanmaya devam etmesi, hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleri bakımından sorunludur. Bu bağlamda, ceza hukukunun son çare (ultima ratio) niteliği ile aile birliğinin korunması amacı arasındaki dengenin, yalnızca şekli hukuki bağlara dayanarak değil, somut olayın özelliklerini dikkate alan daha esnek bir yaklaşımla kurulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, malvarlığına karşı suçlarda kayın hısımlığının şahsî cezasızlık rejimi içindeki yeri, yalnızca teknik bir ceza hukuku meselesi olmayıp; aile kavramının sınırları, ceza hukukunun müdahale alanı ve hakkaniyet ilkesi arasındaki dengeyi doğrudan ilgilendiren hukuki bir konudur. O nedenle, kanun koyucunun mevcut düzenlemeyi gözden geçirerek, özellikle kayın hısımlığı bakımından sosyal gerçekliklerle daha uyumlu bir hukuki çerçeve tesis etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin kanunilik ilkesi çerçevesinde giderilmesi, hem sistematik tutarlılığın sağlanması hem de adalet ve ölçülülük ilkeleriyle uyumlu bir ceza hukuku pratiğinin oluşturulması bakımından önem taşımaktadır.

Kaynakça

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2022)
- Akgündüz A, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri: 2. Kitap II. Bâyezid Devri Kanunnâmeleri*, (Fey Vakfı 1990)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Medeni Hukuk* (36. Baskı, Beta 2024)
- ve --, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (25. Baskı, Beta 2024)
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019)
- Baba Y, 'Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları' (2013) 71(1) İÜHFM, 79-106
- Bekâr E, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar* (On iki Levha Yayınları 2018)
- Bulla W, *Der Irrtum über sogenannte persönliche Strafausschliessungsgründe* (Inauguraldissertation des Fachbereiches Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität 1972)
- Canoğlu VC, 'Türk Ceza Kanunu'nda Akrabalık Bağ'ı' (2025) 83 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 828-856
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta 2020)
- Demir B, 'İslam Ceza Hukukunda Aile İçi Hırsızlık (Türk Ceza Hukukunda Failin Ceza Almasını veya Ceza İndirimini Gerektiren Şahsi Sebepler Bağlamında)' (2012) 20 İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 341-365
- Demiral Bakırman B, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler* (On İki Levha Yayınları 2023)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2023)
- Demirtaş S, 'Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi' (2019) 21(Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan) DEÜHFD, 491-515
- Dönmezer S, 'Akraba Arasında Hırsızlık' (2011) 18(1-2) İÜHFD, 48-58
- Duttge G ve Ünver Y, *Gesellschaftsprinzip im Strafrecht-Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi* (Seçkin 2014)
- Dülger V, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Seçkin 2023)
- Erdoğan İ ve Keskin D A, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (3. Baskı, Gazi 2020)
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Adalet 2015)
- Gedik D, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri* (Adalet 2010)
- Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi C. IV* (Adalet 2021)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Adalet 2021)

- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku* (Legal 2014)
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2023)
- Kangal ZT, 'Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler' (2011) 7(85-86) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 38-60
- 'Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme' in Walter Gropp, Bahri Öztür, Adem Sözüer ve Liane Wörner (eds.), *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht ve Strafprozessrecht: Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*, (Nomos 2010)
- Karadeniz Çelebician Ö, *Roma Hukuku* (17. Baskı, Turhan 2014)
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2025)
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu C, *Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Algılanması ve Cezalandırılma Şekilleri, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri* (On iki Levha 2016)
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II* (Beta 1989)
- Özbek VÖ, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P ve Büyükbaş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2025)
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri Cilt I* (81. Baskı, Adalet 2025)
- , *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2025)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Seçkin2025)
- Öztürk B ve Erdem RM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (25. Baskı, Seçkin 2025)
- Rado T, 'Gaius'a göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu' (2011) 18(1-2) İÜHFD, 479-519
- Roxin C und Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre* (5. Auflage, 2020)
- Sarıtaş E ve Canseven Algan H, 'Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata' (2023) 11(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 1-25
- Savaş A, 'Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi' (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 537-582
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Legem 2024)
- , *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Baskı, Legem2024)
- Sözüer A, 'Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını' (2019) 21(Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan) 3031-3050
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Savaş 2021)
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Auflage, 2013)

- Yerdelen E, *Cezanın Belirlenmesi STRAFZUMESSUNG (Türk-Alman Hukuku)* (2. Baskı, Adalet 2024)
- Yılmaz S ve Yıldırım A, *Medeni Hukuk-I Başlangıç Hükümleri-Kişiler-Aile Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2023)
- Yükselen Ekinci E, 'Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Akrabalık İlişkisi' (2017) 91(2017/4) İstanbul Barosu Dergisi, 190-199
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (8. Baskı, Beta 2021)

Elektronik Kaynaklar

- Yargıtay 15 CD, 7302/11857, 25.06.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> 23 Kasım 2024
- Yargıtay 15 CD, 16335/8391, 29.04.2014 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> 23 Kasım 2024
- Yargıtay 2 CD, 13770/18589, 04.12.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> 23 Kasım 2024
- Yargıtay 2 CD, 13770/18589, 04.12.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> 23 Kasım 2024
- Yargıtay 23 CD, 19519/10613, 12.12.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> 23 Kasım 2024
- Yargıtay CGK, 14-1397/265, 28.05.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> 23 Kasım 2024

Sınır Aşan Suçlarla Mücadelede Ortak Soruşturma Ekipleri^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Sibel CAN^(**)

Öz

Sınır aşan suçluluğun giderek karmaşıklaşması, ulusal ceza adalet sistemlerinin klasik adli yardımlaşma mekanizmalarıyla etkin bir soruşturma yürütmesini zorlaştırmaktadır. Ortak soruşturma ekipleri (Joint Investigation Teams - JITs), bu bağlamda, iki veya daha fazla devletin adli ve kolluk makamlarının belirli bir suç ya da suçlar bakımından, belirli bir süre ve amaç çerçevesinde ortak soruşturma yürütmesine imkân tanıyan sui generis bir adli iş birliği modeli olarak ortaya çıkmıştır. Bu çalışma, söz konusu kurumu uluslararası ceza hukuku perspektifinden ele alarak, hukuki niteliğini, normatif dayanaklarını ve operasyonel işleyişini incelemeyi amaçlamaktadır. Makalede, ortak soruşturma ekiplerinin devlet egemenliğinin devrine dayalı ulus-üstü organlar değil, esasen faaliyetin yürütüldüğü devlet hukukuna (lex loci) bağlı, fonksiyonel ve sınırlı bir egemenlik paylaşımına dayanan adli iş birliği aracı olduğu savunulmaktadır. Ortak soruşturma ekiplerinin klasik adli yardımlaşmaya göre sağladığı hız, koordinasyon ve düşük maliyete ilişkin avantajlar ile delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi bakımından ortaya çıkan riskler karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Türkiye açısından ise ortak soruşturma ekibi kurulmasına imkân veren uluslararası sözleşmelere taraf olunmasına rağmen, 6706 sayılı Kanun'da kapsamlı bir iç hukuk düzenlemesinin bulunmaması, özellikle talep-anlaşma usulleri ile ortak soruşturma ekibi kapsamında elde edilen delillerin Türk ceza muhakemesinde kullanılabilirliği konusunda hukuki belirsizlikler yaratmaktadır. Çalışma, ortak soruşturma ekipleri

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 24.05.2026.

Atıf Şekli: Sibel Can, 'Sınır Aşan Suçlarla Mücadelede Ortak Soruşturma Ekipleri' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195,238.

DOI: 10.52273/sduhfd..1928724.

^(**) Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Kırıkkale-Türkiye.

E-posta: sibelcan@kku.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-8569-4088.

mekanizmasının hem etkinlik hem de hukuki güvenlik yönleri birlikte gözetilerek, Türk hukukunda açık bir yasal çerçeveye desteklenmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ortak Soruşturma Ekipleri (JITs), Sınır Aşan Suçlar, Uluslararası Adli İş Birliği, Lex Loci İlkesi, Sınır Ötesi Deliller.

Joint Investigation Teams in Combating Transnational Crime

Abstract

The increasing complexity of transnational crime makes it difficult for national criminal justice systems to conduct effective investigations through traditional mutual legal assistance mechanisms. In this context, Joint Investigation Teams (JITs) have emerged as a *sui generis* model of judicial cooperation, enabling the judicial and law enforcement authorities of two or more States to conduct joint investigations, for a defined period and purpose, into specific offence(s). This article examines JITs from the perspective of international criminal law, with a view to analysing their legal nature, normative foundations and operational functioning. The article argues that JITs do not constitute supranational bodies based on a transfer of state sovereignty; rather, they represent a mechanism of judicial cooperation grounded in the law of the state where the investigative activity is conducted (*lex loci*), reflecting a functional and limited sharing of sovereignty. The advantages of JITs over classical mutual legal assistance, in terms of speed, coordination and lower costs, as well as the risks created in relation to the collection and assessment of evidence, are examined on a comparative basis. From the Turkish perspective, although Türkiye is party to several international conventions allowing for the establishment of JITs, the absence of a comprehensive domestic framework in Law No. 6706 creates legal uncertainties, particularly concerning request and agreement procedures and the admissibility of evidence obtained within JITs in Turkish criminal proceedings. The study concludes that the JIT mechanism should be supported by a clear legal framework in Turkish law, taking into account both efficiency and legal certainty.

Keywords

Joint Investigation Teams (JITs), Transnational Crime, International Judicial Cooperation, *Lex Loci* Principle, Cross-Border Evidence.

Extended Summary

This article examines Joint Investigation Teams (JITs) as a *sui generis* model of international judicial cooperation in criminal matters, focusing on their legal nature, normative foundations and practical operation in the fight against transnational crime. It argues that, although JITs have become a central instrument in European practice, their doctrinal status and domestic implementation - particularly in Türkiye - remain under-theorised and fragmented. Building on international and regional instruments, case-oriented guidance and the emerging academic literature, the article reassesses JITs from an international criminal law perspective and evaluates the need for a clearer domestic framework in Turkish law.

The starting point of the analysis is the growing mismatch between the complexity of transnational criminality and the limitations of traditional mutual legal assistance (MLA) mechanisms. Conventional MLA is often slow, formalistic and ill-suited to dynamic, intelligence-driven investigations into organised crime, terrorism, trafficking in human beings, cybercrime and economic offences. Against this background, JITs allow judicial and law enforcement authorities of two or more States to conduct joint investigations for a defined period and purpose in relation to specific offences, going beyond mere exchange of information or evidence. The article traces the evolution of the “joint team” idea from early references in UN instruments on drug trafficking and organised crime, through the Naples II Convention and the Tampere Programme, to the EU 2000 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance (CETS 182) and the 2002/465/JHA Framework Decision.

On the basis of these instruments, the article advances a central doctrinal claim regarding the legal nature of JITs. It contends that JITs are not supranational bodies based on a transfer of sovereignty to an international organ, but rather coordination mechanisms grounded in the law of the State in which investigative measures are carried out (*lex loci*). The JIT leader is appointed under the law of the host State and exercises direction over the team; foreign members participate in investigative activities subject to the same procedural rules and judicial authorisation requirements that apply to domestic authorities. This structure, as clarified in the Explanatory Report to CETS 182 and in the practice-oriented guidelines of the JITs Network, reflects a functional and limited sharing of sovereign powers, rather than a derogation from State sovereignty.

The article then analyses the operational functioning of JITs, drawing on evaluation reports and practitioner guidance. It highlights the advantages of JITs over classical MLA in terms of speed, flexibility, real-time information sharing, coordinated investigative strategies and reduced transaction costs. At the same time, it identifies several legal risks and open questions, particularly concerning the collection, transfer and admissibility of evidence. These include the applicable law to investigative measures in multi-State operations, potential tensions between *lex loci* and *forum regit actum*, safeguards for defence rights, and the protection of fundamental rights in cross-border surveillance, interception and digital evidence gathering. The article

argues that the acceptance of *lex loci* within JITs enhances efficiency and predictability but also requires robust *ex ante* coordination and clear documentation to avoid later challenges to the lawfulness and usability of evidence in domestic proceedings. Additionally, the author specifically advocates for a “rebuttable presumption of lawfulness” for evidence gathered in accordance with the *lex loci*, in order to bridge the gap between divergent national procedural standards and to reduce the risk of subsequent challenges to the admissibility of JIT-based evidence.

A substantial part of the study is devoted to the Turkish legal context. Türkiye is party to a number of multilateral instruments that provide for the establishment of joint investigation teams or joint investigative bodies, including the 1988 Vienna Convention, the UN Convention against Transnational Organized Crime (Palermo), the UN Convention against Corruption (UNCAC), relevant Council of Europe instruments and the Convention on Police Cooperation for Southeast Europe (PCC SEE). These treaties offer a sufficient international legal basis for Türkiye to set up JITs both with EU Member States and with neighbouring countries in the Western Balkans. However, Turkish domestic law does not yet contain a comprehensive and systematic regulation of JITs. Law No 6706 on International Judicial Cooperation in Criminal Matters does not clearly address crucial issues such as the procedures for initiating and agreeing on a JIT, the status and powers of foreign members on Turkish territory or the admissibility of evidence obtained within a JIT in Turkish criminal proceedings. In light of these gaps, the article examines how investigative acts performed abroad within a JIT should be assessed in terms of lawfulness, chain of custody and probative value when introduced before Turkish courts; whether the *lex loci* approach is compatible with existing rules on international rogatory letters; and how to prevent forum shopping or circumvention of domestic safeguards through “outsourcing” sensitive measures to partner States.

The article concludes that JITs offer a promising and practically indispensable tool in the fight against transnational crime, especially in complex, multi-jurisdictional cases where traditional MLA is insufficient. Nevertheless, their successful and rights-compliant use requires a clear and detailed domestic framework. For Türkiye, this means that Law No 6706 and related legislation should be amended to expressly regulate the establishment, composition, powers and oversight of JITs, as well as the standards for the admissibility of evidence obtained through them. The study suggests that such reforms should strike a careful balance between efficiency and legal certainty, aligning Turkish law with European best practices while preserving constitutional guarantees and fundamental rights. In doing so, Türkiye can both enhance its capacity to participate effectively in JITs and contribute to the broader development of international criminal cooperation.

Giriş

Sınır aşan suçluluk biçimlerinin giderek çeşitlenmesi ve karmaşıklaşması, ulusal ceza adalet sistemlerinin klasik araçlarla etkin bir soruşturma ve kovuşturma yürütmesini zorlaştırmaktadır. Özellikle örgütlü suçlar, insan ticareti, terörizm, siber suçlar ve ekonomik suçlar gibi alanlarda suçun icrası, delillerin toplanması ve faillerin tespiti çoğu zaman birden fazla devletin yetki alanını ilgilendirmekte; bu durum, devletler arası adli iş birliği mekanizmalarının önemini artırmaktadır. Ancak geleneksel adli yardımlaşma usulleri, çoğu zaman bürokratik, yavaş ve sınırlı bir etki doğurmakta; suçla mücadelede zaman ve etkinlik kaybına yol açmaktadır.

Bu bağlamda, ortak soruşturma ekipleri, uluslararası ceza hukuku alanında ortaya çıkan yeni ve işlevsel bir adli iş birliği modeli olarak dikkat çekmektedir. Ortak soruşturma ekipleri, iki veya daha fazla devletin yetkili adli makamlarının, belirli bir suç veya suçlar bakımından, belirli bir süreyle ve ortak bir amaç doğrultusunda birlikte soruşturma yürütmesini ifade etmektedir. Bu mekanizma, klasik adli yardımlaşma anlayışından farklı olarak, devletler arasında sadece bilgi ve delil aktarımını değil, aynı zamanda eş zamanlı, koordineli ve ortak bir soruşturma faaliyeti yürütülmesini mümkün kılmaktadır. Çalışmada ortak soruşturma ekiplerinin egemenlik devrine dayalı ulus-üstü yapılar değil; lex loci ilkesine bağlı, fonksiyonel ve sınırlı bir egemenlik paylaşımına dayanan sui generis bir iş birliği modeli olduğu kabul edilmektedir.

Ortak soruşturma ekipleri, özellikle Avrupa Birliği hukukunda kurumsallaşmış; Eurojust ve Europol gibi yapılar aracılığıyla uygulamada yaygınlık kazanmıştır. Bununla birlikte, bu mekanizmanın yaygınlaşması, ceza hukuku bakımından önemli teorik ve pratik sorunları da beraberinde getirmektedir. Yabancı devlet görevlilerinin bir devletin topraklarında soruşturma faaliyeti yürütmesi, delillerin hangi hukuk sistemine göre toplanacağı ve değerlendirileceği, savunma haklarının nasıl korunacağı, insan hakları standartlarının hangi ölçütlere göre uygulanacağı ve tüm bu süreçlerin devlet egemenliği ilkesiyle nasıl bağdaştırılacağı, ortak soruşturma ekiplerine ilişkin temel tartışma alanlarını oluşturmaktadır.

Türk hukuku açısından bakıldığında ise ortak soruşturma ekiplerine ilişkin açık ve sistematik bir yasal düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Her ne kadar Türkiye'nin ortak soruşturma ekiplerinin kurulmasına imkân veren çok taraflı sözleşmelere taraf olmasına rağmen, 6706 sayılı Kanunda ortak soruşturma ekibi kurulması, işleyişi, görev ve yetkileri ile bu kapsamda elde edilen

delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilirliğine ilişkin açık ve sistematik bir düzenlemenin bulunmaması çalışmanın temel problem alanlarından birini oluşturmaktadır.

Bu çalışma, ortak soruşturma ekiplerini yalnızca uluslararası adli iş birliği mekanizması olarak ele almamakta; aynı zamanda sınır aşan suçlarla mücadelede ortaya çıkan sorunları ceza muhakemesi hukuku ve uluslararası ceza hukuku bağlamında incelemektedir. Çalışmada ortak soruşturma ekipleri kavramsal ve normatif yönleriyle ele alınacak; bu mekanizmanın hukuki dayanakları, işleyişi ve uygulamadaki sorunları incelenecek; özellikle delillerin elde edilmesi ve kullanılması, egemenlik ve insan hakları boyutları üzerinde durulacaktır. Ayrıca, Türk hukuku bakımından ortak soruşturma ekiplerinin uygulanabilirliği ve mevcut hukuki çerçevenin yeterliliği değerlendirilecek; gerekli görülen normatif düzenleme önerileri ortaya konulacaktır.

I. Ortak Soruşturma Ekiplerinin Hukuki Temeli ve Yapısı

A. Hukuki Temel

Ortak soruşturma ekiplerinin oluşumuna ilişkin ilk fikirler esasen 1960'lı yıllara kadar uzanmaktadır. Avrupa Birliği bakımından, ortak soruşturma ekiplerinin faaliyetlerini düzenleyen uluslararası belgelerin oluşum sürecinin, “*ortak soruşturma ekipleri*” teriminin ilk kez 1967 tarihli Gümrük İdareleri Arasında Karşılıklı Yardıma İlişkin Napoli Sözleşmesi’nin revizyonu ve güncellenmesiyle görevli çalışma grubunun faaliyetleri kapsamında ortaya çıkmasıyla başladığı kabul edilebilir. Bu öneri Alman delegasyonu tarafından ileri sürülmüştür. Alman delegasyonu, bu ekiplerin Alman polis teşkilatının federal polis birimleri arasında iş birliğini sağlayan “*Gemeinsame Ermittlungsgruppen*” (ortak soruşturma grupları) deneyimine dayanarak oluşturulmasını önermiştir¹.

1988 Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi (Viyan) ile “ortak ekip” kavramının uluslararası hukuk literatürüne girmiştir. Ortak soruşturma fikri ilk olarak tüm suçlar için değil, sınır aşan karakteri en belirgin olan “uyuşturucu kaçakçılığı” ile mücadele için bir ihtiyaç olarak belirmiştir. Sözleşme bu ekiplerin kurulmasını bir seçenek olarak sunar; ancak

¹ Dilshodjon Alisherovich Egamberdiev, ‘International Legal Mechanism for Establishing Joint Investigation Teams among States in the European Region’ (2024) 1(6) American Journal of Education and Evaluation Studies 54, 55.

ekiplerin somut olarak nasıl işleyeceği (yetkiler, liderlik, delil paylaşımı) genellikle ilgili devletler arasındaki ikili veya çok taraflı ek anlaşmalara bırakılmıştır. Ayrıca Sözleşme kapsamındaki iş birliğinin her zaman taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerine ve egemenlik haklarına saygı çerçevesinde yürütüleceği belirtilerek egemenlik hakkına vurgu yapılmıştır (m.9/1-c). Bu Sözleşme henüz “soruşturma” kelimesi eklenmeden, sadece “ortak ekipler” (joint teams) kurulmasını tavsiye etmektedir. Türkiye Viyana Sözleşmesini 22 Kasım 1995 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme, 25 Mart 1996 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

“Ortak ekip” kavramı, 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması’nda, Avrupa Birliği üyesi devletlerin polis güçleri arasında ceza soruşturmalarında yürütülen iş birliğinin bir aracı olarak yer almıştır. Ortak soruşturma ekipleri kavramı, farklı yargı yetkilerine sahip kolluk görevlilerinin örgütlü suçların soruşturulmasında ekip hâlinde çalışmasını, bilgi ve delillerin etkili biçimde paylaşılmasını öngördüğü için umut verici bir strateji olarak değerlendirilmiştir. 1999 yılında Finlandiya’nın Tampere kentinde gerçekleştirilen Avrupa Konseyi toplantısında, Avrupa Birliği’nde Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı oluşturulmasına ilişkin tartışmalar kapsamında Avrupa Konseyi “Tampere Programı”nın kabul edilmesine karar vermiştir. Bu program, ortak soruşturma ekiplerinin kullanılmasına ilişkin ilk hukuki belge niteliğini taşımaktadır. Programda Amsterdam Antlaşması’nda öngörüldüğü şekilde üye devletlerin gecikmeksizin ortak soruşturma ekipleri kurmalarını sağlayacak yükümlülüklerin getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır².

Ortak soruşturma ekiplerinin kurulmasının modern dönemi 2000’li yıllar itibarıyla başlamıştır. 2000 Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Palermo-UNTOC) Sadece uyuşturucuyu değil, tüm sınır aşan örgütlü suçları kapsayacak şekilde alanı genişletmiştir. Sözleşme Taraf devletlere, yetkili makamları vasıtasıyla “ortak soruşturma mercileri” oluşturmak amacıyla ikili veya çok taraflı anlaşmalar yapmalarını tavsiye etmektedir (m.19)³. Türkiye söz konusu Sözleşmeyi 25 Mart 2003 tarihi itibarıyla onaylamıştır.

² Egamberdiev (n 1) 55.

³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 15 Kasım 2000 tarihli 55/25 sayılı kararıyla kabul edilen Uluslararası Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi, uluslararası organize suçlarla mücadelede en önemli uluslararası araçtır. Sözleşme, 12-15 Aralık 2000 tarihlerinde İtalya’nın Palermo kentinde bu amaçla düzenlenen Yüksek Düzeyli Siyasi Konferans’ta üye devletlerin imzasına açılmış ve 29 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ayrıca, organize suçun belirli alanlarını ve tezahürlerini hedef alan üç Protokol ile tamamlanmaktadır: İnsan Ticaretini, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretini Önleme, Bastırma ve Cezalandırma Protokolü; Kara,

18 Aralık 1997 tarihinde Brüksel’de imzalanan Napoli II Sözleşmesi (Gümrük İdareleri Arasında Karşılıklı Yardım ve İşbirliği Sözleşmesi), AB bünyesinde ortak soruşturma ekibi mekanizmasını açıkça ve detaylı bir şekilde düzenleyen ilk sözleşmelerden biridir. Diğer genel sözleşmelerden farklı olarak, bu sözleşme özellikle “gümrük suçları” ve gümrük idarelerinin operasyonel iş birliğine odaklanır.

2000 AB Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi (m. 13), Palermo ile eş zamanlı olarak, AB düzeyinde bu mekanizmayı daha operasyonel ve bağlayıcı bir çerçeveye oturtmuştur. Ortak soruşturma ekiplerinin sadece bilgi paylaşımı değil, “eşgüdümlü hareket” gerektiren kapsamlı soruşturmalar için kurulabileceğini hükme bağlamıştır. Palermo Sözleşmesi küresel bir çerçeve sunarken, AB Sözleşmesi bu ekiplerin operasyonel liderliğini, delil toplama usulünü ve personel yetkilerini detaylandırarak mekanizmayı “uygulanabilir” bir protokol haline getirmiştir.

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 2001 Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Hakkında Sözleşmeye Ek Protokol (CETS No. 182), ortak soruşturma ekibinin liderlik yapısı, üye hakları ve delil toplama yetkileri gibi teknik ayrıntıları standartlaştırarak en temel normatif referans halini almıştır. CETS No. 182, ortak soruşturma ekiplerini uluslararası ceza hukuku alanında açık biçimde düzenleyen temel normatif metinlerden biridir. Protokol’ün 20. maddesi, ortak soruşturma ekiplerinin kurulmasına, yapısına ve faaliyetlerine ilişkin genel çerçeveyi ortaya koymakta; bu mekanizmayı klasik adli yardımlaşma usullerinin ötesine geçen, operasyonel ve eşgüdümlü bir soruşturma modeli olarak tanımlamaktadır.

Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol; ve Ateşli Silahların, Parçalarının, Bileşenlerinin ve Mühimmatının Yasadışı Üretimi ve Ticaretine Karşı Protokol. Ülkeler, Protokollerin herhangi birine taraf olabilmeleri için önce Sözleşmenin kendisine taraf olmalıdırlar. Bu Sözleşme, uluslararası organize suçla mücadelede önemli bir ilerlemeyi temsil etmekte ve Üye Devletlerin bu tür suçların ciddiyetini ve bu sorunlarla mücadele etmek için yakın uluslararası iş birliğini teşvik etme ve geliştirme ihtiyacını kabul ettiklerini göstermektedir. Bu belgeyi onaylayan Devletler, uluslararası organize suçla mücadeleye yönelik bir dizi önlem almayı taahhüt ederler; bunlar arasında yerel suçlar (organize suç örgütüne katılma, kara para aklama, yolsuzluk ve adaleti engelleme) oluşturulması; iade, karşılıklı hukuki yardım ve kolluk iş birliği için yeni ve kapsamlı çerçevelerin benimsenmesi; ve ulusal makamların gerekli kapasitesini oluşturmak veya yükseltmek için eğitim ve teknik yardımın teşvik edilmesi yer almaktadır. Bkz. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), ‘United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC)’ <<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>> Date of Access 21 December 2025.

2002/465/JAI sayılı Konsey Çerçeve Kararı, Avrupa Birliği (AB) hukukunda ortak soruşturma ekipleri mekanizmasının operasyonel olarak hayata geçirilmesini sağlayan en kritik belgelerden biridir. Çerçeve Karar, 2000 tarihli Sözleşme'nin onaylanmasını beklemeden, ortak soruşturma ekibine ilişkin hükümlerin üye devletlerce hızla iç hukuka aktarılmasını sağlamak amacıyla çıkarılmıştır. 2001 tarihli 2. Ek Protokol'de (CETS No 182) yer alan pek çok kural, aslında bu Çerçeve Karar ile standart hale getirilmiştir. Karar, ortak soruşturma ekiplerinin sadece teorik bir iş birliği değil, sahada kolluk kuvvetlerinin birlikte çalışabileceği somut bir "operasyonel birim" olduğunu tescil etmiştir.

31 Ekim 2003 tarihinde kabul edilen ve 14 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe giren United Nations Convention Against Corruption (Yolsuzluğa Karşı BM Sözleşmesi-UNCAC) de ortak soruşturma ekiplerine ilişkin hüküm içermektedir. Sözleşmenin 49. maddesi, Palermo Sözleşmesi'ndeki (m. 19) modeli örnek alarak, "ortak soruşturma mercileri" kurulmasını yolsuzluk suçları özelinde de düzenlemiştir. Buna göre taraf devletler, bir veya birden fazla devleti ilgilendiren ve eşgüdümlü soruşturma yürütülmesini gerektiren olaylarda, ortak soruşturma mercileri kurmayı değerlendireceklerdir. Böylece UNCAC, özellikle yolsuzluk suçlarının çoğu zaman sınır aşan mali hareketler ve uluslararası para transferleriyle bağlantılı olması nedeniyle, klasik adli yardımlaşma mekanizmalarının ötesine geçen daha doğrudan ve operasyonel iş birliği modellerini teşvik etmektedir. Bu yönüyle UNCAC, Palermo Sözleşmesi'nde benimsenen yaklaşımı yolsuzluk suçları bakımından tekrar etmiş ve ortak soruşturma ekiplerinin yalnızca örgütlü suçlarla sınırlı olmayıp, ekonomik ve kamusal nitelikli sınır aşan suçlarda da kullanılabileceğini ortaya koymuştur. Türkiye, bu sözleşmeyi 9 Aralık 2006 tarihinde onaylayarak iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.

Güneydoğu Avrupa Polis İşbirliği Anlaşması (Convention on Police Cooperation for Southeast Europe - PCC SEE), bölge ülkeleri arasında sınır aşan suçlarla mücadeleyi güçlendirmek amacıyla imzalanmış. 5 Mayıs 2006 tarihinde Viyana'da imzalanmış; Arnavutluk, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Makedonya, Moldova, Karadağ, Romanya ve Sırbistan gibi bölge ülkelerini bir araya getirmiştir. Geleneksel polis iş birliğinin ötesine geçerek; sıcak takip, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, kontrollü teslimat ve özellikle ortak soruşturma ekipleri kurulması gibi modern operasyonel yöntemleri yasal zemine oturtmuştur. PCC SEE, içerik ve yöntem olarak 2000 tarihli AB Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi ile büyük benzerlik gösterir. Bu durum, AB üyesi olmayan bölge ülkelerinin (Türkiye gibi aday/ortak ülkeler dahil) AB standartlarında bir adli iş birliği yürütmesini sağlar. Türkiye bu anlaşmaya taraftır ve an-

laşma 2012 yılında iç hukukumuzda onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye açısından bu anlaşma, sadece AB ülkeleriyle değil, aynı zamanda Balkan coğrafyasındaki komşularıyla da ortak soruşturma ekibi kurulabilmesi için somut ve yürürlükte olan bir yasal dayanak teşkil etmektedir.

Yukarıda zikredilen temel çok taraflı sözleşmelerin yanı sıra, devletler arasındaki ikili adli iş birliği antlaşmaları ve belirli suç kategorilerine odaklanan özel bölgesel düzenlemelerde de (örneğin; Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların İadesi ve Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşması (m.5), AB ile İzlanda ve Norveç Arasındaki Adli Yardımlaşma Anlaşması gibi AB ile üçüncü devletler arasındaki operasyonel iş birliği anlaşmaları) ortak soruşturma ekiplerinin kurulmasına yönelik spesifik hükümlere yer verilmektedir. Bu tür özel düzenlemeler, genel sözleşmelerin çizdiği çerçeveyi somutlaştırmakta ve taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerine uygun, daha esnek ve hızlı iş birliği modelleri sunmaktadır.

Türkiye, CETS No. 182'ye taraf olmasına rağmen, konuya ilişkin detaylı bir iç hukuk düzenlemesi yapmamıştır. Esasen Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu Tasarısında yer alan “tutuklu veya hükümlülerin geçici nakli”, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi”, sınır aşan suçların soruşturulmasında “ortak soruşturma ekibi kurulması” gibi hususlar Kanun kapsamına alınmamıştır⁴. Buna karşın Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ortak soruşturma ekibinin kurulabilmesi mümkündür.

6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu m.3/1/a'ya göre, yabancı devletlerin adli iş birliği taleplerinin kabulü ile Türk adli mercilerinin yapacağı iş birliği taleplerinin uygunluğu konusunda karar vermek yetkisi Merkezi Makam sıfatıyla Adalet Bakanlığı'na aittir. Bakanlık bünyesinde ise Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü yetkilidir (1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 45).

⁴ Tasarının ilk halinde yer alan “Ortak soruşturma ekibi kurulması” başlıklı 14. maddesi “(1) Türkiye ile yabancı devletlerin birlikte taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda hüküm bulunması kaydıyla, Türkiye’de veya yabancı ülkelerde koordinasyonun zorunlu olduğu sınır aşan suçların soruşturmalarını yürütmek üzere, ilgili devletlerin yetkili makamlarının katılımıyla, belirli bir süre için ortak soruşturma ekipleri kurulabilir. (2) Ortak soruşturma ekipleri, merkezî makamların mutabakatıyla kurulur. Merkezî Makam tarafından yabancı devletlerle mutabakat sağlanmadan önce yetkili adli makamların görüşü alınır. Gerek görülmesi hâlinde ortak soruşturma ekibine Merkezi Makam temsilcileri de katılabilir. Türkiye’de kurulacak ortak soruşturma ekibinin koordinasyonu ve yönetimi Türk adli makamlarına ait olup, aksine bir karar verilmedikçe yabancı devlet görevlileri, soruşturma işlemleri sırasında hazır bulunabilir. (3) Soruşturma sonucunda elde edilen bilgiler karşılıklı olarak paylaşılır.” şeklinde idi.

B. Hukuki Niteliği

Ortak soruşturma ekipleri, iki veya daha fazla devletin yetkili makamları (yargısal makamları ve kolluk makamları) arasında yapılan bir anlaşmaya dayanan; sınırlı bir süre ve belirli bir amaç için kurulan; ilgili devletlerden bir veya daha fazlasında ceza soruşturması yürütmek üzere oluşturulan uluslararası bir iş birliği aracıdır⁵. Ortak soruşturma ekiplerinin tanımında beş temel unsur ön plana çıkmaktadır: Çok-ülkeli iş birliği (en az iki ülkenin yetkili makamları), belirli amaç (tanımlanmış suçlar), belirli dönem, belirli coğrafi alan, sınırlı süre, ortak soruşturma faaliyeti (operasyon birden fazla ülkede yürütülür), karşılıklı anlaşma (yazılı protokol /anlaşma)⁶.

CETS No. 182 m.20 uyarınca ortak soruşturma ekipleri, iki veya daha fazla taraf devletin yetkili makamları arasında, karşılıklı anlaşma temelinde kurulan geçici adli iş birliği araçlarıdır⁷. Bu ekiplerin kuruluşu, belirli bir suç veya suçlar bakımından, belirli bir amaç ve süre ile sınırlandırılmıştır. Bu yönüyle ortak soruşturma ekipleri, sürekli veya kurumsallaşmış organlar olmayıp, somut soruşturma ihtiyacına özgülenmiş ad hoc yapılar olarak tasarlanmıştır. Amacı tamamlanınca veya süre dolunca sonlandırılmaktadır.

Ekiplerin bileşimi, taraf devletlerarasında yapılan anlaşmada belirlenmekte; soruşturmanın niteliğine göre savcılar, hâkimler, kolluk görevlileri ve uzman personel ekip içinde görevlendirilebilmektedir. Diğer devletlerden gelen görevliler, ev sahibi devlet bakımından “görevlendirilmiş üyeler” sıfatıyla ekibe katılmakta; bu kişilerin yetki ve görev alanları, hem kendi ulusal hukukları hem de ekip kurulmasına ilişkin anlaşma hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir⁸.

⁵ Venelin Terziev, Marin Petkov and Dragomir Krastev, ‘Concept of Joint Investigation Teams’ (2021) 7(19) IJASOS - International E-Journal of Advances in Social Sciences 324, 324; The Network of National Experts on Joint Investigation Teams (JITs Network), *Joint Investigation Teams: Practical Guide* (Publications Office of the European Union 2017) 4; Council of Europe and European Union, *Guidelines on the Use of Joint Investigation Teams - JIT THB WB Project (Use of Joint Investigation Teams (JIT) to Fight Trafficking in Human Beings (THB) in the Western Balkans (WB) Project)* (2013) 6; Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü (DİABGM), *Avrupa Birliğinde Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği* (ed Ahmet Ulutaş, Adalet Bakanlığı, Ankara 2021) 113.

⁶ The Network of National Experts on Joint Investigation Teams (JITs Network), *Joint Investigation Teams: Practical Guide* (Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021) 7; Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 6.

⁷ JITs Network (n 6) 7.

⁸ JITs Network, *Joint Investigation Teams: Practical Guide* (n 5) 8.

Ortak soruşturma ekipleri, sınır aşan suçlarla mücadelede klasik adli yardımlaşma yöntemlerinin yetersizliğini giderme amacına matuf sui generis bir adli yardımlaşma yöntemi olarak tanımlanmaktadır⁹. Bu ekipler ne uluslararası kuruluş ne de yeni bir devlet organıdır. Aksine, aynı soruşturmayı koordine eden, resmî olarak tanınan, sınır ötesi iş birliğinin düzenlenmiş bir şeklidir.

Ortak soruşturma ekibi kurulması kontraktüel nitelikte bir iş birliği modelidir. Nitekim ortak soruşturma ekibi iki ülke arasındaki yazılı anlaşma (mutually agreed protocol) ile kurulmaktadır. Bu anlaşma, uluslararası antlaşma niteliğine haiz olmayıp, sadece iki ülkenin yetkili makamları arasındaki resmi anlaşmadır.

Kanaatimizce CETS No. 182 m.20 çerçevesinde ortak soruşturma ekipleri, ne tamamen uluslararası bir yargı organı ne de salt ulusal bir soruşturma birimi olarak nitelendirilebilir. Hukuki nitelikleri itibarıyla, devletlerin egemenlik yetkilerini bütünüyle devrettiği yapılardan değil, fonksiyonel ve sınırlı bir egemenlik paylaşımına dayanan adli iş birliği mekanizmalarından söz edilmektedir. Madde 20'de benimsenen model, yabancı görevlilerin soruşturmaya katılımını mümkün kılarken, soruşturmanın hukuki çerçevesi, delil toplama usulleri ve sorumluluk rejimini esas itibarıyla faaliyetin yürütüldüğü devletin hukukuna tabi kılarak egemenlik ilkesini koruyucu bir denge kurmayı amaçlamaktadır.

Bu çerçevede ortak soruşturma ekibi, egemenliğin devri anlamına gelen ulus-üstü bir yetki aktarımı değil; sınır aşan suçlarla mücadelede ortaya çıkan pratik ihtiyaçlara cevap veren, bir egemenlik paylaşımı olarak görülmelidir. Devletler, soruşturma ve kovuşturma yetkilerini yeni ve bağımsız bir organa bırakmamakta; aksine, kendi yetkilerini belirli bir olay, süre ve coğrafi alan bakımından koordine ederek birlikte kullanmaktadır. Sonuç olarak CETS No. 182 m.20, ortak soruşturma ekiplerini, sınır aşan suçlarla mücadelede etkinliği artırmayı hedefleyen; ancak bunu yaparken hukuki güvenlik, devlet egemenliği ve ulusal ceza muhakemesi ilkelerini dışlamayan, dengeli bir iş birliği modeli olarak tasarlamaktadır. Bu yönüyle söz konusu düzenleme, ortak soruşturma ekiplerinin uluslararası ceza hukuku içindeki yerini ve sınırlarını belirleyen temel normatif kaynaklardan biri olarak değerlendirilebilir.

⁹ DiABGM, *Avrupa Birliğinde Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği* (n 5) 113.

C. Ortak Soruşturma Ekiplerinin Diğer İşbirliği Araçları ile Karşılaştırılması

Ortak soruşturma ekipleri, klasik karşılıklı adli yardımlaşma (MLA) prosedürlerine başvurulmasına gerek olmaksızın, bilgi ve delilin doğrudan toplanmasına ve paylaşılmasına imkân tanır. Ekibin faaliyet gösterdiği devletin mevzuatına uygun şekilde elde edilen bilgi ve deliller, ortak soruşturma ekibi anlaşmasına dayanılarak doğrudan paylaşılabilir. Ekibe görevlendirilen üyeler, ulusal mevzuatta öngörülen sınırlar veya ekip lideri tarafından belirlenen çerçevede içinde, kendi devletleri dışında yürütülen soruşturma tedbirlerine katılma ve hazır bulunma hakkına sahiptir. Bu nedenlerle ortak soruşturma ekipleri, birden fazla devlette paralel olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların koordinasyonunu kolaylaştıran, son derece etkin ve etkili bir iş birliği aracı oluşturmaktadır¹⁰.

Klasik adli yardımlaşma prosedürlerinde talep eden devlet, talep edilen devletten belirli konularda yardım ister; talebin iletilmesi, işleme alınması ve yanıtlandırılması, her devletin kendi iç prosedürlerine tabi olduğu için çoğu zaman uzun sürer. Ortak soruşturma ekiplerinde ise taraf devletlerin makamları eşzamanlı ve ortak bir amaç doğrultusunda çalışır; bilgi alışverişi doğrudan ve operasyonel düzeyde gerçekleşir. Bu model, zahmetli adli yardımlaşma araçlarının prosedürlerini büyük ölçüde devre dışı bırakarak sınır aşan suçların soruşturulmasında karşılıklı güveni güçlendirir, kolluk birimleri arasında istihbarat, bilgi ve deneyim paylaşımını kurumsal bir çerçeveye oturtur¹¹.

Ayrıca ortak soruşturma ekipleri, uzmanlık ve kaynakların bir araya getirilmesi sayesinde soruşturma maliyetlerinin azaltılmasına, bazı durumlarda soruşturmanın daha erken başlatılmasına ve tespit-cezalandırma süreçlerinin hızlanmasına katkıda bulunur¹²; görevlendirilmiş üyelerin özellikle tanık ve mağdur ifadelerine birlikte katılması ise birden fazla ifade alınması ihtiyacını azaltarak yeniden travmatizasyona yol açabilecek durumların önüne geçebilir¹³.

¹⁰ Terziev, Petkov and Krastev (n 5) 324; Council of the European Union, s.4; Council of Europe and European Union, JIT THB WB Project (n 5) 7; Conny Rijken, 'Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems. Lessons Learnt from the First Efforts to Establish a JIT' (2006) 2(2) Utrecht Law Review 99, 102.

¹¹ Mehmet Ökmen, 'Setting up Joint Investigation Teams as a Type of International Legal Assistance' (2020) 19 (1) İKÜHFD 113, 115.

¹² Ökmen (n 11) 115.

¹³ Deborah Nidel, 'Structural Ambiguity: Typologizing Joint Investigation Teams in the European Union' (2025) 3 (2) Transnational Criminal Law Review 153, 163.

Ortak soruşturma ekipleri sınır aşan ve özellikle örgütlü suçlarda sağladığı faydalara rağmen çok nadir başvurulmuş bir adli yardımlaşma aracıdır. Bu durumun başlıca sebepleri arasında kaynak azlığı, ülkelerarasındaki dil, kültür, soruşturma stratejileri farklılıkları, elde edilen delillerin iç hukukta kullanımına ilişkin belirsizlikler ve ortak soruşturma ekibi anlaşmasına sonradan yeni ülkele- rin dahil edilmesi gerekliliğinden kaynaklanan problemler yer almaktadır¹⁴.

Ortak soruşturma ekibi kurulmasının, diğer adli iş birliği araçlarının devre dışı kalması sonucunu doğurup doğurmayacağı da önemlidir. Ortak soruşturma ekipleri, bilgi ve delillerin toplanmasını ve paylaşılmasını kolaylaştırdığından, ilke olarak, taraflar arasında aynı amaç ve kapsama sahip adli iş birliği araçları- nın kullanılmasını çoğu durumda gereksiz kılar. Bununla birlikte ortak soru- turma ekibi içindeki iş birliği, sıklıkla ekibe taraf olmayan üçüncü devletlerle yürütülen klasik adli yardımlaşma süreçleriyle paralel ilerler; ayrıca ekibin ku- rulması, amacı veya kapsamı farklı olan diğer araçların - özellikle kişi teslimine ilişkin mekanizmaların, örneğin Avrupa Tutuklama Emri'nin - kullanılmasına engel teşkil etmez. Böylece ortak soruşturma ekipleri, klasik araçların yerini tamamen alan değil, onları tamamlayan ve hızlandıran bir iş birliği modeli nite- liği kazanır¹⁵.

II. Ortak Soruşturma Ekibi Kurulmasının Şartları

A. Sınır Aşan (Transnational) Nitelik

Ortak soruşturma ekiplerinin en önemli özelliklerinden biri, yapısal olarak sınır aşan suçlara özgülenmiş olmasıdır¹⁶. Uygulama rehberlerinde, en az iki ülkede sınır aşan bir soruşturmanın yürütülmesinin zorunlu olduğu, soruşturma- nın karmaşık olacağı, suçun en az iki devleti etkilediği ve ortak soruşturma ekibi kurulmadığı takdirde başarılı bir soruşturmanın güçleşeceği durumlarda ekibin kurulmasının uygun olduğu vurgulanmaktadır¹⁷.

UNTOC m. 3/2'ye göre, *"Bu maddenin 1. fıkrası bakımından bir suç aşağı- daki durumlarda sınıraşan niteliktedir: (a) Suç birden fazla devlette işlendiğin-*

¹⁴ DiABGM, *Avrupa Birliğinde Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği* (n 5) 114.

¹⁵ JITS Network (n 6) 19.

¹⁶ Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 6.

¹⁷ Willem Geelhoed, 'Joint Investigation Teams in the Netherlands - What Lessons can be Lear- ned from the Dutch Model?' (2018) 11 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 465, 470.

de; (b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde; (c) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığında; veya (d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda.” Bu tanım, ortak soruşturma ekibinin kurulmasını haklılaştıran tipik vakaların çerçevesini de büyük ölçüde yansıtır.

2000 tarihli AB Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi m.13/2’ye göre de ortak soruşturma ekipleri özellikle şu hâllerde kurulabilir: (i) bir üye devletin yürüttüğü soruşturmanın, diğer devletlerle bağlantıları bulunan zor ve kapsamlı olması veya (ii) birden fazla üye devlette, olayın koşulları itibarıyla koordine ve eşgüdümlü hareket edilmesini gerekli kılan ceza soruşturmalarının yürütülmesi. Her iki durumda da sınır aşan niteliğin objektif olarak mevcut olması aranmakta; hüküm, ortak soruşturma ekiplerinin ancak belirli bir amaç ve sınırlı bir süre için, birden fazla devleti ilgilendiren ve eşgüdümlü soruşturmayı zorunlu kılan hallerde kurulabileceğini öngörerek mekanizmayı gereklilik ve orantılılık ilkele-riyle sınırlandırmaktadır¹⁸.

Esas olan, ortak soruşturma ekibinin konusunu oluşturan suçun sınır aşan karakter taşımasıdır; suç türü bakımından genel bir sınırlama öngörülmemiştir. Terörizm tehdidi ortak soruşturma ekiplerinin ortaya çıkışında itici güç olmuş olsa da günümüzde ortak soruşturma ekiplerinin önemli bir kısmı organize suç, mali suçlar ve insan ticareti gibi klasik sınır aşan suç türlerine odaklanmaktadır; son dönem uygulamalarında ise temel uluslararası suçlara (Ör, savaş suçları) ilişkin yurt dışında işlenen fiillerle ilgili soruşturmaları kolaylaştırmak için de ortak soruşturma ekipleri modeline başvurulduğu gözlenmektedir¹⁹.

Bir ortak soruşturma ekibine katılım için ulusal bir soruşturmanın açılmış olmasının ön koşul sayılıp sayılmayacağı konusunda yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Güncel eğilim, en azından taraf devletlerden birinde devam eden bir iç soruşturmanın varlığını yeterli görme yönündedir; bununla birlikte bazı ulusal hukuklar, bir devletin ortak soruşturma ekibi kurabilmesi veya katılabilmesi için kendi ülkesinde bir ceza soruşturmasının başlatılmış olmasını açıkça şart koşmaktadır²⁰. AB içi uygulamada ise bazı üye devletler, 2000 tarihli

¹⁸ JITs Network, Joint Investigation Teams: Practical Guide (n 5) 6.

¹⁹ Nidel (n 13) 153.

²⁰ Nidel (n 13) 159.

AB MLA Sözleşmesi m.13'ün lafzının, ilgili devlette hâlihazırda yürütülen bir soruşturma olmasa dahi, karmaşık ve yoğun çaba gerektiren soruşturmaları desteklemek amacıyla ortak soruşturma ekibi kurulmasına imkân verdiği yönünde yorum yapmaktadır²¹.

Uygulamada ortak soruşturma ekibi kurulan vakaların büyük çoğunluğunda, ilgili devletlerde paralel soruşturmalar hâlihazırda yürürlükte²²; bu, tarafların stratejilerini erken aşamada uyumlaştırmasına ve eylemlerini daha etkili biçimde koordine etmesine imkân tanımaktadır. Ancak ortak soruşturma ekibi kurulmasının gündeme geldiği her durumda tüm ilgili devletlerde soruşturma açılmış olması zorunlu değildir; kimi örneklerde soruşturma yalnızca bir veya birkaç devlette başlamakta, ortak soruşturma ekibi kurulması ise diğer devletlerde ulusal soruşturmaların tetikleyicisi işlevi görmektedir²³. Soruşturmaların bulunduğu aşama da kararda rol oynar: ortak soruşturma ekiplerinin önemli bir kısmı erken aşamada kurulmakla birlikte, soruşturmanın daha ileri bir safhada olduğu hallerde de ekip oluşturulduğu; buna karşılık ulusal soruşturmalar arasında aşırı aşama farklılıklarının, ortak soruşturma ekipleri modelinin diğer iş birliği biçimlerine kıyasla sağlayacağı katkırı azaltabileceği ve özellikle soruşturması daha erken aşamada olan devlet bakımından belirli riskler yaratabileceği ifade edilmektedir²⁴.

Tarafı olduğumuz CETS No. 182 m.20'de de, özellikle bir devletin yürüttüğü ceza soruşturmasının diğer devletlerle bağlantılı, zor ve kapsamlı olması veya birden fazla devletin olayın koşulları itibarıyla koordineli ve birlikte hareket edilmesini gerektiren soruşturma yürütüyor olması hâllerinde ortak soruşturma ekibi kurulabileceği öngörülmektedir. Kanaatimizce, bir ortak soruşturma ekibi kurulması talebi bakımından en azından taraf devletlerden birinde hâlihazırda devam eden bir ceza soruşturmasının bulunması gereklidir; buna karşılık, başka devletlerden gelen ekip kurma talepleri, suç ihbarı işlevi de görebilecek "tetikleyici" nitelikte kabul edilerek, iç hukukta soruşturma açılması sürecini

²¹ JITS Network (n 6) 14.

²² Uygulamada JIT'lerin önemli bir kısmı, ulusal soruşturmaların erken aşamalarında kurulmuş olup, bu durum ilgili ülkelerin stratejilerini uyumlaştırmalarına ve eylemlerini etkili biçimde koordine etmelerine imkân tanımıştır. Bazı JIT'ler ise soruşturmada ilk ilerlemeler kaydedildikten sonra, ancak henüz kesin gelişmeler yaşanmadan önce oluşturulmuştur. Bkz. JITS Network, *Fifth JITS Evaluation Report* (Publications Office of the European Union 2025) 9.

²³ JITS Network (n 6) 14.

²⁴ Nidel (n 13) 160.

başlatan bir unsur olarak değerlendirilebilir. Bu ayrım, hem sınır aşan nitelik şartının somutlaştırılması hem de ortak soruşturma ekiplerinin gereklilik-orantılılık ekseninde sınırlandırılması bakımından isabetlidir.

B. Belirli Amaç (Specific Purpose) Şartı

Ortak soruşturma ekipleri belirli bir konu/lar ve belirlenmiş bir coğrafi alan ile sınırlı olarak kurulmalıdır²⁵. Bir ortak soruşturma ekibinin kurulabilmesi için, öncelikle ilgili devletlerin yetkili makamlarının, böyle bir iş birliği çerçevesinin oluşturulmasına yönelik ortak bir amaç ve menfaat tespit etmeleri gerekmektedir²⁶. Genel araştırma amacıyla ortak soruşturma ekibi kurulamaz. Soruşturma konusu suç açıkça tanımlanmış olmalı, şüpheliler belirlenebilir olmalı ve bu kişilerin suç içindeki rolleri tespit edilebilir nitelikte olmalıdır²⁷.

Bu bağlamda ortak soruşturma ekiplerinin kurulabilmesi için hem “belirli bir amaç” hem de somut bir ceza soruşturmasının varlığı aranır; bu şart, soruşturmanın soyut bir suç olgusuna değil, belirli bir olaya veya olay grubuna yönelmiş olmasını gerektirir. Örneğin, Anvers Limanı üzerinden gerçekleştirilen belirli bir kokain sevkiyatına ilişkin soruşturma bakımından ortak soruşturma ekibi kurulması ölçütü karşılayabilirken, “Anvers Limanı üzerinden genel olarak uyuşturucu kaçakçılığı” olgusunun bütününe yönelik yapısal bir inceleme bu kapsamda değerlendirilemez. Nitekim özellikle faili henüz kesin olarak belirlenmemiş, suçun örgütsel yapısına odaklanan yapısal soruşturmaların ortak soruşturma ekibi bünyesine alınması bu özel amaç kriterini zorlayabilmektedir; bu konuda devletlerin katılım imkânı ulusal hukuklarına göre değişmektedir²⁸.

Uluslararası sözleşmelerde genellikle ortak soruşturma ekiplerinin kurulması belirli suç tipleriyle sınırlanmamakta; buna karşılık uygulamada ortak so-

²⁵ Council of Europe, *JIT THB WB*, s.6; EUROJUST’un 2024 faaliyet raporlarına göre Eurojust, yıl boyunca 300’den fazla JIT’e aracılık etmiştir. 2024 yılında yeni imzalanan JIT’ler, Ajansın ele aldığı 14 suç türünden 9’unu kapsıyordu; bunlar arasında kara para aklama ve göçmen kaçakçılığı yer alıyordu. 2024 yılında en fazla sayıda JIT, uyuşturucu kaçakçılığı (39) ve dolandırıcılık (33) mücadele etmek için kurulmuştur. Bkz. Eurojust, ‘Judicial cooperation instruments’ in Eurojust Annual Report 2024 (webpage) <<https://www.eurojust.europa.eu/annual-report-2024/judicial-cooperation-instruments>> Date of Access 22 December 2025.

²⁶ JITs Network (n 6) 12.

²⁷ Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 6.

²⁸ Nidel (n 13) 159.

ruşturma ekiplerinin ağırlıklı olarak organize suç, uyuşturucu ve insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, terör finansmanı, kara para aklama ve siber suçlar gibi sınır aşan ve koordinasyon gerektiren suç alanlarında kullanıldığı görülmektedir²⁹.

Bir ortak soruşturma ekibi kurulmasında hukuki gerekliliklerin yanı sıra uygulamada birtakım pratik hususlara da dikkat edilmektedir. Bu hususlara, soruşturma konusu olan suç ağının ve faaliyetlerin karmaşıklığı ve sofistikasyon düzeyi, ilgili devletlerde yürütülmesi gereken soruşturma faaliyetlerinin sayısı ve karmaşıklığı, soruşturmanın ilgili devletler arasındaki bağlantı derecesi ile ulusal soruşturmaların bulundukları aşamalar örnek gösterilebilir³⁰.

C. Sınırlı Süre (Limited Duration) Şartı

Sınırlı süre şartı, ortak soruşturma ekibinin belirli bir amaç için kurulan geçici bir iş birliği mekanizması olmasının doğal sonucudur. Buna göre ortak soruşturma ekibinin faaliyet süresi baştan sınırlı bir zaman dilimiyle belirlenmeli³¹; başlangıç ve bitiş tarihleri ile varsa uzatma koşulları kurucu anlaşmada açıkça gösterilmelidir.

Uygulama rehberlerinde, iş birliği çerçevesinde kopukluk yaşanmaması için sürenin sona ermesinden önce olası uzatma ihtiyacının zamanında değerlendirilmesi ve devam eden bir ortak soruşturma ekibinden tek taraflı çekilmekten mümkün olduğunca kaçınılması tavsiye edilmektedir³². Ortak soruşturma ekiplerinin geçici karakteri, iç hukukta kalıcı bir kurumsal değişiklik yapılmasını gerektirmeyen, belirli soruşturmalar için öngörülmüş bir koordinasyon modeli olduğunu gösterir; bu da personel, bütçe, tesis ve uygulanacak mevzuat bakımından, ekibi daimi bir uluslararası organ değil, taraf devletlerin ulusal yapılarına dayanarak işleyen esnek bir adli iş birliği aracı olarak konumlandırır.

²⁹ Eurojust, Supporting judicial authorities in the use of joint investigation teams (Factsheet, June 2020) <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_06_jits_factsheet_en.pdf> Date of Access 27 January 2026.

³⁰ JITS Network (n 6) 14; Terziev, Petkov and Krastev (n 5) 326.

³¹ Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 6; Edwin Bakker and Joseph Powderly, *Joint Investigation Teams: Added Value, Opportunities and Obstacles in the Struggle against Terrorism* (Expert Meeting Paper, International Centre for Counter-Terrorism - The Hague 2011) 2.

³² Terziev, Petkov and Krastev (n 5) 327.

D. Talep ve Anlaşma

CETS No. 182 m.20/1 uyarınca, ortak soruşturma ekibi kurulması talebi, ekibi kuracak taraf devletlerden herhangi biri tarafından yapılabilir. Bu çerçevede, potansiyel ekip ortaklarının yetkili makamlarıyla irtibata geçilerek somut olay hakkında bilgi alışverişinde bulunulması ve belirli bir vakia bakımından ortak soruşturma ekibi kurulmasının imkânlarının araştırılması gerekir. Uygulama rehberleri, resmî talep gönderilmeden önce, diğer potansiyel ortak soruşturma ekibi üyeleriyle ortak soruşturma ekibi kurulmasına ilişkin niyet ve imkânlar hakkında gayri resmî temaslarda bulunulmasını isabetli görmektedir³³.

Ortak soruşturma ekibinin fiilen kurulabilmesi için, her ilgili devlette yetkili makamlar tarafından bu ekibin kurulmasına yönelik bir karar alınması gerekir; ulusal mevzuat genellikle ortak soruşturma ekibi kurulmasında hangi adli veya idari makamın yetkili olduğunu belirlemektedir³⁴.

Türkiye bakımından 6706 sayılı Kanun'da "ortak soruşturma ekibi kurma talebi"ne özgü bir prosedür açıkça düzenlenmemiştir; bu nedenle, ekip kurma talebinin kim tarafından ve hangi usulle yapılacağı hususunun ikincil düzenlemeler veya uygulama pratiğiyle netleştirilmesi gerekecektir.

Talebin olumlu karşılanmasından sonra ortak soruşturma ekibi kuruluş anlaşmasının yapılması gerekmektedir. Nitekim ortak soruşturma ekiplerinin, belirli bir amaç doğrultusunda ve belirli bir süre için, ortak soruşturma yürütmek üzere en az iki veya daha fazla devlet arasında akdedilen bir sözleşme niteliği taşıması nedeniyle, bir ortak soruşturma ekibinin kurulabilmesi için resmî bir anlaşmanın hazırlanması zorunludur³⁵. Bu ekiplerin kurulmasını kolaylaştırmak üzere, Avrupa Konseyi ve AB çerçevesinde bağlayıcı olmayan model anlaşmalar geliştirilmiştir³⁶. Ortak soruşturma ekibi model anlaşması, uygulayıcıların somut olayın özel ihtiyaçlarına göre uyarlayabilecekleri bağlayıcı olmayan ortak bir asgarî çerçeve sunmaktadır. Bu nedenle, standart hükümler kimi zaman ulusal mevzuatın gereklerini veya ad hoc düzenlemeleri yansıtacak şekilde yeniden kaleme alınabilmektedir. Bu durum ise taraflara kendi koşullarına göre düzenleme yapma esnekliği sağlamaktadır.

³³ Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 8.

³⁴ JITS Network (n 6) 16; Nidel (n 13) 157.

³⁵ Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 9.

³⁶ Council Resolution on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT) OJ C 18/1, <<https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/jit-2017-model-en.pdf>> Date of Access 24 December 2025.

Rehberlerde, ortak soruşturma ekibi anlaşmasında asgari olarak; ekibin amacı, hukuki imkânlar ve/veya sınırlamalar, ekibin lideri, üyeler ve diğer katılımcılar, finansman düzenlemeleri ile Europol ve Eurojust tarafından sağlanabilecek destek türlerinin yer alması gerektiği belirtilir. Bu unsurların açık biçimde düzenlenmesi, hem operasyonel işleyişte belirsizlikleri azaltmakta hem de ortak soruşturma ekibinin hukuki çerçevesini şeffaf ve öngörülebilir kılmaktadır³⁷.

Ortak soruşturma ekibi anlaşmasının mutlaka yazılı olmalıdır, sözlü anlaşma ekibi kurmaya yeterli değildir. Ortak soruşturma ekibini kuran anlaşmanın herhangi bir tereddüde yol açmamak veya imzalayanları yeni bir talepte bulunma ihtiyacına düşürmemek için mümkün olduğunca açık olması gerekmektedir³⁸.

III. Ortak Soruşturma Ekiplerinin Operasyonel Yapısı

Ortak soruşturma ekipleri, birden fazla devletin adli ve kolluk makamlarının, belirli bir ceza soruşturmasını birlikte yürütmek amacıyla geçici olarak oluşturduğu, sözleşmeye dayalı ve hedef odaklı bir iş birliği yapısıdır. Bu iş birliği modelinin yapısal özelliği, taraf devletlerin egemenliklerini tamamen devretmeksizin, kendi savcı ve polislerinin yetkilerini belirli bir süre ve konu bakımından ortak bir çatı altında koordine etmelerine imkân tanınmasıdır.

Çok taraflı bir ortak soruşturma ekibi kurulması otomatik olarak tek ve büyük bir ortak soruşturma anlamına gelmemektedir. Ortak soruşturma ekibi esasen, farklı soruşturmalar arasında örtüşme bulunan durumlarda ülkeler arasındaki iş birliğini düzenleyen bir çerçeve sunmaktadır. Bununla birlikte bu durum, soruşturmanın konusuna bağlıdır: ortak soruşturma ekibi tek bir olayı (örneğin uluslararası bağlantıları olan bir kasten öldürme suçu) araştırmak amacıyla kurulmuşsa, fiilen tek ve büyük bir ortak soruşturmaya benzer bir yapı ortaya çıkabilecektir. Buna karşılık ekip birden fazla olay veya kişi arasındaki bağlantılar nedeniyle kurulmuşsa, yapı daha parçalı bir nitelik gösterebilecektir³⁹.

Ekip bütünleşmesi ve operasyonların yürütüldüğü yer bakımından ortak soruşturma ekipleri arasında büyük farklılıklar görülebilir. Ekip, yalnızca anlaşmayı müzakere etmek ve imzalamak için bir araya gelen, faaliyetlerini ayrı ayrı yürüten bir yapı olabileceği gibi; geçici görevlendirilmiş üyelerin diğer tarafın

³⁷ Council of Europe and European Union, *JIT THB WB Project* (n 5) 9.

³⁸ Ökmen (n 12) 116.

³⁹ Nidel (n 13) 165.

ofisinde birlikte çalıştığı daha entegre bir model de olabilir; ya da bu iki uç arasında bir çözüm benimsenebilir. Benzer şekilde ortak soruşturma ekibi, yalnızca e-posta yoluyla karşılıklı bilgi alışverişini kolaylaştıran bir çerçeve olarak kalabileceği gibi, taraflar arasında yoğun koordinasyon ve istişare gerektiren bir iş birliği modeli de oluşturabilir. Tam da bu esneklik, ortak soruşturma ekibini soruşturmacılar açısından son derece işlevsel kılarken, dışarıdan bakanlar için kavranmasını güçleştiren bir araç hâline getirmektedir⁴⁰.

Ortak soruşturma ekibi anlaşmasına taraf olan her bir devlet, aşağıda açıklanacak kişileri görevlendirir.

A. Ortak Soruşturma Ekibi Lideri

Ortak soruşturma ekibi faaliyetleri, ekibin faaliyet gösterdiği devletin mevzuatına uygun olarak ve bu devlet tarafından atanan ekip liderinin gözetimi altında yürütülür. Ekip lideri, ev sahibi ülkenin yetkili makamının temsilcisidir. Özellikle ekibin ilgili devletin topraklarında faaliyet gösterdiği durumlarda bu faaliyetlerin denetlenmesinden sorumludur⁴¹. Ekip lideri, kendi ulusal hukukunun gereklerine uygun şekilde hareket etmek zorundadır⁴². CETS No.182 m.20/3/a uyarınca *“Ekibin lideri ekibin faaliyet gösterdiği tarafın suç soruşturmalarına katılan yetkili makamın temsilcisi olacaktır. Ekibin lideri, ulusal kanunlar kapsamında kendisinin yetkisi çerçevesinde hareket eder.”*

Ulusal mevzuatlar, genellikle hangi makamın ekip lideri olarak hareket etmeye yetkili olduğunu açıkça belirlemektedir⁴³. Çoğu devlette bu görev savcı veya soruşturma hâkimi gibi yargısal mercilere verilmekte; örneğin Avusturya’da ekip lideri savcı iken, Fransa’da savcı veya soruşturma hâkimi, İspanya’da ise savcı ya da soruşturmada sorumlu polis memuru lider olarak atanabilmektedir; ağır suçlarda ise kural olarak savcı liderliği üstlenir. Mevzuat ve uygulamadaki farklılıklara rağmen, ekip lideri sıfatının genellikle yargısal bir makamda yoğunlaştığı görülür⁴⁴.

⁴⁰ Nidel (n 13) 165.

⁴¹ Terziev, Petkov and Krastev (n 5) 326.

⁴² Explanatory Report to the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (Strasbourg 2001) ETS No 182, para 165.

⁴³ JITS Network (n 6) 16.

⁴⁴ Maria Cecilia Rebecchi, ‘Joint Investigation Teams: A Reachable Solution to Catch Unreachable Criminals’ (2016) 7 (Special Conference Issue) *Queen Mary Law Journal* 95, 99.

Kurulan ortak soruşturma ekibine her ülke bir lider atayabilir. Hatta aynı ülkenin birden fazla lider ataması da mümkündür. Nitekim uygulamada ortak soruşturma ekibi tarafından soruşturulan suçların, aynı devlet içinde farklı makamlar tarafından yürütülen birden fazla bağlantılı soruşturmanın konusunu oluşturması hâlinde güçlük ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, söz konusu soruşturmanın ulusal düzeyde merkezleştirilmemesi halinde birden fazla ekip lideri görevlendirilmesi kaçınılmaz olacaktır⁴⁵. Ekip içerisindeki liderlik soruşturmalar birden fazla devlette yürütülür ise değişecektir⁴⁶. Ayrıca CETS No.182'nin açıklayıcı raporunda ortak soruşturma ekibinin birden fazla devlette soruşturma yürütmesi hâlinde, ilgili soruşturma amacı bakımından ekip liderliğinin değişeceği ifade edilmektedir⁴⁷.

B. Ortak Soruşturma Ekibi Üyeleri

Ekip üyeleri operasyonel faaliyetleri yerine getirecek olan kişilerdir. Ekibin faaliyet gösterdiği devletten ortak soruşturma ekibine katılan kolluk kuvvetleri veya yargı mensubu üyeleridir. Bu kişiler, ulusal mevzuatları uyarınca zaten soruşturma yetkisine sahip olduklarından, ortak soruşturma ekibi çerçevesinde de tam yetkili kabul edilirler ve statülerinin ayrıca tanımlanmasına ihtiyaç duyulmaz⁴⁸.

C. Görevlendirilmiş Üyeler (Seconded Members)

1. Genel Olarak

Kendi devletleri dışındaki bir devlette hazır bulunduklarında ve soruşturma faaliyetlerine katıldıklarında, görevlendirilen üyeler “görevlendirilmiş ekip üyesi (seconded JIT member)” statüsüyle hareket ederler⁴⁹. Ekibin bileşimi ve ihtiyaçları dikkate alınarak, bu üyelerin kimler olacağı kurucu anlaşmada açıkça belirtilir; uygulamada bu kişiler çoğunlukla kolluk görevlileri, savcılar ve hâkimlerdir⁵⁰.

⁴⁵ JITs Network (n 6) 29.

⁴⁶ Jochen Kapplinghaus, ‘Joint Investigation Teams: Practical Experience and Historical Background’ in *UNAFEI Resource Material Series* no 73 (2007) 115, 116.

⁴⁷ Explanatory Report (n 42) para 165.

⁴⁸ Tamás Jávorszki, ‘Joint Investigation Teams as a Specific Form of Mutual Assistance’ (2013) 151 *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata* 47, 57.

⁴⁹ JITs Network (n 6) 16.

⁵⁰ Kapplinghaus (n 46) 116.

Görevlendirilmiş üyeler, ekibin faaliyet gösterdiği devlette, ekip liderinin belirli gerekçelerle aksine karar vermemesi hâlinde yürütülen soruşturma faaliyetlerine katılma ve hazır bulunma hakkına sahiptir. Ayrıca, hem ev sahibi devletin hem de personelin gönderildiği devletin yetkili makamlarının önceden rızası alınmak kaydıyla, ekip lideri tarafından bazı soruşturma tedbirlerini bizzat yerine getirmekle görevlendirilebilirler (CETS No. 182 m.20/6). Söz konusu üyeler, ilgili devletteki faaliyetlerini bir yandan ekip liderinin talimat ve gözetimi altında, diğer yandan ise kendi ulusal makamlarının koyduğu şartlara uyarak yürütürler⁵¹.

Ortak soruşturma ekipleri iş birliği, eşitlik ve egemenliğe saygı esasına dayanır; bu da ekip çerçevesinde üstlenilen rollerin, ulusal mevzuat uyarınca kolluk ve yargı makamlarının sahip olduğu yetkileri ortadan kaldırmadığı anlamına gelir. Bununla birlikte taraflar, örneğin en fazla etkilenen ya da organize suç örgütünün faaliyetleri hakkında en kapsamlı bilgiye sahip olan devletin daha fazla inisiyatif almasını ve ulusal makamlar arasındaki iş birliğini fiilen organize etmesini kararlaştırabilirler. Böyle bir düzenleme, ulusal yetki alanlarına tam saygı gösterilmesi kaydıyla, ortak soruşturma ekibi bünyesinde etkin bir operasyonel koordinasyonun sağlanması açısından pratik fayda sağlamaktadır⁵².

2. Görevlendirilmiş Üyelerin Yetkileri

Ortak soruşturma ekibinin faaliyet gösterdiği üye devletten farklı bir üye devlete mensup ekip üyeleri olarak tanımlanan bu geçici görevlendirilmiş üyeler, yabancı bir devlette soruşturma yetkileriyle donatılabilmektedirler. Bu uygulama, ekip içi iletişimi kolaylaştırmakta, ekip bağını güçlendirmekte ve etkili iş birliği için gerekli bilgilerin bir araya getirilmesine katkı sağlamaktadır⁵³.

Ortak soruşturmalarda lex loci'nin uygulanması, 2000 tarihli Adli Yardımlaşma Sözleşmesi'nin 4(1). maddesinde öngörülen ve adli yardımlaşmada talep edilen devletin, talep eden devletin açıkça belirttiği usul ve şekil şartlarına uy-

⁵¹ JITS Network (n 6) 19; JIT lideri, JIT'in faaliyette bulunduğu Devletin hukukuna uygun olarak, belirli nedenlerle hazır bulunma hakkının aksine karar verebilir. Bu bağlamda "belirli nedenler" kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, örneğin özellikle mağdurların çocuk olduğu cinsel suçlara ilişkin davalarda delil toplanması gibi durumları kapsadığı kabul edilebilir. Görevlendirilmiş bir üyenin hazır bulunmasının engellenmesine ilişkin bir karar, yalnızca söz konusu üyenin yabancı olması gerekçesine dayandırılmaz. Bazı hâllerde operasyonel nedenler de bu tür kararların temelini oluşturabilir. Bkz. Explanatory Report to the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, No. 167.

⁵² JITS Network (n 6) 27.

⁵³ Nidel (n 13) 163.

masını gerektiren forum regit actum kuralının geri plana itilmesi anlamına gelmektedir⁵⁴. Operasyonların, ortak soruşturma ekibinin faaliyette bulunduğu devletin ulusal makamları tarafından yürütülmesi, lex loci'nin uygulanmasını ve işlemlerin o devlet hukuku bakımından hukuka uygun icrasını güvence altına aldığı için, hem hız hem de öngörülebilirlik bakımından ortak soruşturma ekipleri açısından belirgin bir avantaj sağlamaktadır⁵⁵.

Ortak soruşturma ekiplerine ilişkin ilk tartışmalarda, tüm üyelerin lex loci uyarınca aynı yetkilere sahip olması gerektiği düşünülmüşse de, ulusal mevzuatlar zamanla üyeler ile görevlendirilmiş üyelere tanınan yetkiler arasında ayırım yapma eğilimindedir. Uygulamada görevlendirilmiş üyeler, kural olarak soruşturma tedbirlerine katılma ve hazır bulunma hakkına sahiptir; buna karşılık bu tedbirleri bizzat icra etmeleri için hem ekip liderinin hem de ilgili devletlerin yetkili makamlarının önceden onayı aranmaktadır⁵⁶.

a. Gözlem ve Soruşturma Faaliyeti Yürütme Yetkisi (Madde 13/5)

Görevlendirilmiş üyenin gözlem hakkı çerçevesinde soruşturma tedbirleri alındığında hazır bulunabilmesi mümkündür. Bu hak diğer devlete soruşturmanın durumu hakkında eş zamanlı olarak bilgi sahibi olma imkanı sağlamaktadır⁵⁷.

Ek olarak, görevlendirilmiş üyelerin, faaliyette bulunulan devletin ulusal hukukuna uygun olarak bu devlette soruşturma faaliyetlerini bizzat yürütmesine izin verilebilmektedir. Bu tür tedbirler, ekip liderinin talimatı üzerine gerçekleştirilir; ancak hem faaliyette bulunulan devletin hem de görevlendiren devletin yetkili makamlarının önceden onayı olmaksızın icra edilemez. Söz konusu onay, ekibin kuruluş anlaşmasında genel nitelikte öngörülebileceği gibi daha sonraki bir aşamada ve belirli hâl veya koşullarla sınırlı olarak da verilebilir. Bu durumda görevlendirilmiş üyeler, faaliyet gösterdikleri devletin hukukuna ve

⁵⁴ Geleneksel adli yardımlaşmada (MLA), talep eden devletin usul kurallarına uyulması gerekirken (Article 4/1), JIT'lerde lex loci (operasyonun yapıldığı yerin hukuku) esastır. Ortak soruşturmalarda lex loci'nin kabulü, klasik forum regit actum yaklaşımını büyük ölçüde bertaraf eder; çok sayıda ayrı adli yardımlaşma talebi ve farklı usulleri senkronize etmek yerine, tek bir ortak çerçeve ve tek bir yer hukuku üzerinden soruşturma yürütülür. Bu hem hız sağlar hem de delillerin hukuka uygunluğu ve sonradan kullanılabilirliği açısından öngörülebilirlik yaratır.

⁵⁵ Rebecchi (n 44) 99.

⁵⁶ Rebecchi (n 44) 99.

⁵⁷ Ökmen (n 12) 124.

bu hukukun kendilerine tanıdığı yetki sınırlarına bağlıdır; dolayısıyla bazı devletlerde daha geniş kapsamlı soruşturma tedbirlerini icra edebilir veya bunlara katılabilirken, diğerlerinde yetkileri daha sınırlı kalacaktır. Bu nedenle, görevlendirilmiş üyelerin rol ve sorumluluklarının kuruluş anlaşmasında önceden açık ve ayrıntılı biçimde tanımlanması isabetlidir⁵⁸.

Ortak soruşturma kapsamında, katılımcı devletlerden birinde bir soruşturma tedbirinin alınması gerektiğinde, o devlete mensup geçici görevlendirilen üyeler, söz konusu tedbirin ulusal bir soruşturma kapsamında talep edilmesi hâlinde uygulanacak şartlarla kendi yetkili makamlarından bu işlemi talep edebilirler⁵⁹. Bu düzenlemenin amacı, soruşturma tedbiri arama emrinin icrası gibi cebrî yetki kullanımını gerektirse dahi, ayrıca bir adli yardımlaşma talebine (letter rogatory) ihtiyaç duyulmasını ortadan kaldırmaktır. Bu husus, ortak soruşturma ekipleri modelinin başlıca avantajlarından biridir⁶⁰.

Ortak soruşturma ekibi kapsamında üye devletlerden herhangi birinde gerektiğinde her türlü soruşturma faaliyetinin yapılması talep edilebilecektir. Ancak gizli soruşturmacı görevlendirme, teknik araçlarla izleme, iletişimin tespiti gibi gizli soruşturma yöntemlerinin koşulları ve kapsamı her bir ülkeye göre değişebilmekte ise de bireyin özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması nedeniyle ancak belirli ağırlık ve türdeki suçların aydınlatılması amacıyla bu tür yöntemlere başvurulmaktadır⁶¹. Bir uygulama örneğinde göçmen kaçakçılığını soruşturan bir ekip bünyesinde, ekibe taraf devletlerden birine mensup gizli görevli, göçmen kaçakçılığı operasyonunun organizatörü ile başarılı bir şekilde temas kurmuştur. Bu görevli daha sonra, yasa dışı göçmenleri taşıyan bir şoför kılığında operasyona dahil olabilecek, ortak soruşturma ekibine taraf diğer devlete mensup bir görevlinin sürece katılımını kolaylaştırmıştır. Bu iki görevli arasındaki koordinasyon son derece etkili olmuş; kaçakçılık faaliyetlerinin kesintisiz şekilde takibine imkan sağlamıştır⁶².

⁵⁸ Nidel (n 13) 163.

⁵⁹ Nidel (n 13) 163.

⁶⁰ Tamás Jávorszki, 'Setting up and Operating Joint Investigation Teams' (2013) 8 *European Police Science and Research Bulletin* 37, 39.

⁶¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 200.

⁶² JITs Network (n 22) 18.

b. Bilgi Paylaşımı

Ortak soruşturma ekiplerinde bilgi paylaşımı, hem doğrudanlık hem de kullanım sınırları (speciality) bakımından klasik adli yardımlaşma araçlarından belirgin şekilde ayrılmaktadır.

CETS No.182 m.11 *“kendiliğinden bilgi paylaşımı”* hükmü uyarınca, taraf devletlerin yetkili makamları, kendi yürüttükleri soruşturma veya kovuşturmaları zedelememek kaydıyla, herhangi bir ön talep olmaksızın elde ettikleri bilgileri diğer taraf devletlerin yetkili makamlarına iletebilir. Bu paylaşım, özellikle bilginin alıcı devletin bir soruşturma veya kovuşturma başlatmasına/yürütmesine katkı sağlayacağı ya da Sözleşme ve Protokoller çerçevesinde bir adli yardım talebine zemin oluşturacağı durumlarda gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte bilgiyi sağlayan devlet, kendi ulusal hukukuna dayanarak iletilen bilginin kullanımına ilişkin koşullar öngörebilir ve alıcı devlet bu koşullara uymakla yükümlüdür; ancak taraflar, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapacakları bildirimle bu koşullarla bağlı olmama hakkını saklı tuttuklarını beyan edebilmektedir. Bu durumda ise ilgili devletin bilginin niteliği hakkında önceden bilgilendirilmesi ve iletimi kabul etmesi gerekir.

Ortak soruşturma ekibi kapsamında paylaşılan ve başka yoldan elde edilmesi mümkün olmayan bilgilerin kullanımı, kural olarak ekibin kurulma amacıyla sınırlıdır. Taraflar örneğin, ortak soruşturma ekibi kurucu anlaşmasında, bu bilginin daha geniş kullanımına (diğer suçlar bakımından soruşturma/kovuşturma ya da kamu güvenliğine yönelik acil ve ciddi tehditlerin önlenmesi gibi) izin veren hükümler öngörebilir⁶³. 2000 AB Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi m.13 de, ortak soruşturma ekibi kapsamında hukuka uygun şekilde elde edilen bilgilerin esasen ekibin amaçları için kullanılacağını, ancak ilgili devletin rızasıyla başka soruşturmalarda veya kamu güvenliğine yönelik acil ve ciddi bir tehdidin önlenmesi amacıyla da değerlendirilebileceğini düzenleyerek, amaçla sınırlılık ilkesini esas almakta ve ölçülü bir esneklik tanımaktadır. Bu çerçevede m.13, ortak soruşturma ekiplerini, hem delil paylaşımı ve ortak delil toplama bakımından işlevsel kılan hem de egemenlik, hukuki güvenlik ve insan hakları endişelerini dengelemeye çalışan çok katmanlı bir uluslararası ceza hukuku normu olarak değerlendirmeye elverişlidir.

Görevlendirilen üyeler görevlendirildikleri devlette mevcut olan bilgileri ekiple paylaşma hakkına da sahiptir. Gerektiğinde kendi ulusal hukukuna ve

⁶³ JITs Network, *Joint Investigation Teams: Practical Guide* (n 5) 10.

yetki sınırlarına uygun olmak kaydıyla kendi devletinde mevcut olan bilgileri, ekip tarafından yürütülen ceza soruşturması için ortak soruşturma ekibine sağlayabilecektir (CETS No.182 m.20/9). Uygulamada bilgi paylaşımı için gayri resmi iletişim kanalları çoğunlukla kullanılsa da veri koruma ve güvenlik açısından, Güvenli Bilgi Değişim Ağı Uygulaması (SIENA) ve Eurojust tarafından ortak soruşturma ekipleri finansman programı çerçevesinde sunulan özel ekipmanlar ve güvenli e-posta hizmetleri alternatif olarak önerilmektedir⁶⁴.

Ortak soruşturma ekibi kurulmadan önce toplanan bilgi ve deliller nasıl paylaşılacağına da açığa kavuşturulması gerekmektedir. Örneğin, taraf devletlerden birisi daha önce klasik adli yardımlaşma araçlarıyla birtakım deliller elde etmiştir. Etkinlik sağlamak amacıyla ortak soruşturma ekibi ortakları, bu delillerin doğrudan ekibin kurucu anlaşması çerçevesinde paylaşılacağını başlangıçta anlaşmada açıkça belirtmeleri tavsiye edilmektedir⁶⁵.

CETS No.182 m.20/10'a göre, ortak soruşturma ekibi kapsamında, ekip üyesi veya görevlendirilmiş üye tarafından hukuka uygun biçimde elde edilen ve normalde taraf devletlerin yetkili makamları için başka türlü erişilebilir olmayan bilgiler şu amaçlarla kullanılabilir:

“a. ekibin kurulma amaçları doğrultusunda;

b. bilginin elde edildiği Tarafın önceden rızası alınmak kaydıyla, diğer suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla. Bu rıza, ancak söz konusu kullanımın ilgili Taraftaki ceza soruşturmalarını tehlikeye atacağı durumlarda veya ilgili Tarafın adli yardımlaşmayı reddedebileceği hallerde esirgenebilir;

c. eğer akabinde bir ceza soruşturması açılırsa, b bendindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, kamu güvenliğine yönelik acil ve ciddi bir tehdidin önlenmesi amacıyla;

d. ekibi kuran Taraflar arasında kararlaştırılan ölçüde diğer amaçlar doğrultusunda”.

⁶⁴ JITS Network (n 6) 30; Uygulamacılar, büyük dosyaların iletiminde SIENA ve e-posta kullanımında zorluklar yaşandığını belirtmiş; bu durum, büyük boyutlu belgelerin işlenmesi için güvenli bir alternatif olarak Europol'ün LFE sunucusunun kullanılmasına yol açmıştır. Özellikle büyük dosyaların güvenli transferi için yüz yüze görüşmeler kritik önemini korumuş; veriler genellikle USB sürücüler, sabit diskler veya DVD'ler aracılığıyla, özellikle yüksek güvenlikli vakalarda veya dijital sistemlerin çok büyük veri miktarlarını kaldıramadığı durumlarda paylaşılmıştır. Bkz. JITS Network (n 22) 12.

⁶⁵ JITS Network (n 6) 31.

Maddede görüldüğü üzere ortak soruşturma ekibi faaliyeti sırasında elde edilen bilgilerin doğrudan paylaşımını sınırlıdır. Bilgiyi sağlayan devlet, bilginin ekibin amacı dışında kalan suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulması için kullanılmasının, yani ulusal soruşturmalarını tehlikeye sokabilecek başka amaçlar için kullanılmasının istenmesi hâlinde rızasını geri çekebilir. Nitekim devletler, hangi tür bilgilerin açıklamaya tabi olacağı, açıklamanın yargılamanın hangi aşamasında yapılacağı ve hangi koşullarda gerçekleşeceği konusunda ulusal hukukta sınırlamalar öngörmüş olabilir⁶⁶.

3. Görevlendirilmiş Üyelerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu

CETS 182 m.21'e göre, *"... ilgili Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, faaliyet yürütülen Taraf dışındaki bir Tarafın görevlileri, kendilerine karşı veya kendileri tarafından işlenen suçlar bakımından, faaliyetin yürütüldüğü Tarafın görevlileri olarak kabul edilir."* Dolayısıyla Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilen bir operasyonda gönderilmiş üye sıfatıyla katılan yabancı ülke yetkilileri, fail ve mağdur olduğu suçlar bakımından Türk kamu görevlilerine uygulanan hükümlere tabi olacaklardır⁶⁷.

Ortak soruşturma ekibi görevlilerinin hukuki sorumluluğu bakımından ise CETS 182 m.22, ortak soruşturma ekibi faaliyeti çerçevesinde bir Tarafın görevlilerinin başka bir Tarafın ülkesinde faaliyette bulunmaları hâlinde, birinci Tarafın, yürüttükleri faaliyet sırasında sebep oldukları her türlü zarardan, faaliyette bulunulan Tarafın hukukuna göre sorumlu olacağını öngörmektedir. Zararın meydana geldiği ülke olan Taraf, bu zararı, kendi görevlilerinin sebep olduğu zararlara uygulanabilir şartlar altında tazmin eder. Diğer bir ifadeyle, mağdurlar tazminat talebini zararın meydana geldiği Tarafa yöneltir.

Görevlileri, başka bir Tarafın ülkesinde herhangi bir kimseye zarar veren Taraf, mağdurlara veya onlar adına hak sahibi olanlara ödeme yapan diğer Tarafın yaptığı tüm ödemeleri tam olarak geri öder (CETS 182 m.22/3). Üçüncü kişilere karşı sahip olduğu hakların kullanılmasına hâlel gelmemek ve üçüncü fıkra saklı kalmak kaydıyla, her Taraf, birinci fıkra öngörülen durumda uğradığı zararlar için diğer bir Taraftan tazminat talebinde bulunmaktan kaçınır (CETS 182 m.22/4). Tarafların, aralarında aksi yönde düzenleme öngörmeleri ise mümkündür.

⁶⁶ Rebecchi (n 44) 101.

⁶⁷ Ökmen (n 12) 129.

D. Diğer Katılımcılar

Bir ortak soruşturma ekibine, üye ve görevlendirilmiş üyeler dışında, üçüncü ülkelerden veya Eurojust, Europol ve OLAF gibi AB kuruluşlarından gelen ve “visiting member”/observer statüsünde bulunan katılımcıların dâhil edilmesi de mümkündür⁶⁸.

Eurojust (European Union Agency for Criminal Justice Cooperation)⁶⁹ ve Europol’ün (European Union Agency for Law Enforcement Cooperation)⁷⁰ bir ortak soruşturma ekibine katılımı isteğe bağlıdır ve bu konuda takdir yetkisi ulusal makamlara aittir. Eurojust finansmanından yararlanılmak istenmesi hâlinde ise, ilgili üye devletlerin Eurojust ulusal üyelerinin ekibe katılmak üzere davet edilmiş olması şarttır; zira soruşturma ve kovuşturmaların uygun şekilde koordine edilmesi Eurojust’un temel misyonunu oluşturmaktadır⁷¹.

Eurojust, üye devletlerin yetkili makamları tarafından yürütülen soruşturma ve kovuşturmalara hukuki ve operasyonel destek sunar⁷², adli iş birliği araçlarının kullanımını kolaylaştırır ve ortak soruşturma ekiplerinin sınır ötesi faaliyetlerine mali destek sağlar⁷³. Europol ise bu ekiplere; bağlantılı dosya ve soruş-

⁶⁸ Kapplinghaus (n 46) 116.

⁶⁹ Eurojust, Avrupa Birliği’nin cezai konularda adli iş birliği birimidir. Yetki alanı, Europol’ün görev alanına benzer şekilde siber suçlar, insan ticareti ve terörizm başta olmak üzere temel sınır aşan suç türlerini kapsamaktadır. Diğer suç türleri bakımından da Eurojust, bir Üye Devletin talebi üzerine, soruşturma ve kovuşturmalara destek sağlayabilmektedir. Bkz. Eurojust, “What we do”, <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/what-we-do>>, Date of Access 20 December 2025.

⁷⁰ Europol, Ortak Soruşturma Ekiplerini (JIT) şu şekillerde destekler: Bütüncül tabloyu ortaya koyarak: bağlantılı dosya ve soruşturmalar arasındaki ilişkileri tespit eder; JIT üyeleriyle doğrudan irtibat kurarak; Europol bünyesinde bulunan bilgileri JIT üyelerinin kullanımına sunarak; Analitik ve lojistik destek ile teknik ve adli uzmanlık sağlayarak; Bilgilerin güvenli şekilde aktarılmasını destekleyerek. Bkz. Europol, “Joint investigation teams”, <<https://www.europol.europa.eu/partners-collaboration/joint-investigation-teams>>, Date of Access 10 January 2026.

⁷¹ JITs Network (n 6) 27.

⁷² JITs Network (n 6) 20.

⁷³ Ulaşım ve konaklama giderleri (operasyonel toplantılar, kendi devleti dışında yürütülen soruşturma tedbirlerine katılım), Tercüme ve çeviri giderleri, Delillerin ve/veya el konulan eşyaların taşınmasına ilişkin giderler. Eurojust ayrıca JIT’lere, güvenli bağlantıya sahip dizüstü bilgisayarlar, güvenli cep telefonları (iletişim giderleri dâhil), taşınabilir tarayıcılar ve yazıcılar da sağlamaktadır. Sağlanan fon hakkında ayrıntılı bilgileri için bkz. Eurojust and Europol, “Funding schemes - Issue 5 (October 2024)”, <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/files/europol-eurojust-funding-schemes-issue-5-october-2024.pdf>>, Date of Access 28 December 2025.

turmalar arasındaki ilişkileri tespit ederek genel tabloyu ortaya koyma, ekip üyeleriyle doğrudan irtibat, veri tabanındaki bilgilerin paylaşımı, analitik ve lojistik destek ile teknik/adli uzmanlık sağlama ve bilgilerin güvenli aktarımını temin etme yoluyla katkıda bulunur⁷⁴. Ortak soruşturma ekibine taraf devletler dışından katılan bu kişiler karar alma yetkisine sahip olmayıp, gözlemci statüsünde hareket ederler.

Eurojust ve Europol desteği, ortak soruşturma ekiplerini yalnızca “birden fazla devletin birlikte çalıştığı” gevşek bir ortaklıktan çıkarıp, kurumsal olarak entegre, operasyonel açıdan birleşik ve hukuken senkronize edilmiş bir sınır aşan soruşturma modeli hâline getirir. Bu sayede soruşturma, paralel ulusal dosyalar şeklinde değil, tek bir transnasyonal soruşturma mantığıyla yürütülür; EncroChat vakasında olduğu gibi, farklı ülkelerden elde edilen milyonlarca verinin tek bir analitik merkezde işlenebilmesi ve eşzamanlı operasyonlara dönüştürülebilmesi mümkün olur⁷⁵. Uygulamada ortak soruşturma ekiplerine en sık katılan kurumlar Eurojust ve Europol olmakla birlikte, potansiyel katılımcı havuzu zamanla genişlemiş; European Anti-Fraud Office (OLAF) ve son dönemde

⁷⁴ Europol, “Joint Investigation Teams - JITS”, <<https://www.europol.europa.eu/partners-collaboration/joint-investigation-teams>>, Date of Access 10 January 2026.

⁷⁵ Ortak soruşturma ekiplerinin pratikteki işlevselliğini gösteren en çarpıcı örneklerden biri, organize suç grupları tarafından yaygın biçimde kullanılan şifreli iletişim sistemi EncroChat’ın çökertilmesine ilişkin soruşturmadır. Fransa ve Hollanda tarafından 2020 yılında kurulan ve Eurojust ile Europol tarafından desteklenen JIT kapsamında yürütülen koordineli soruşturma faaliyetleri sonucunda, yalnızca ulusal soruşturmalarda elde edilmesi mümkün olmayan ölçekte delil toplanabilmiş; Europol bünyesindeki geniş ve özel bir uzman ekip, JIT ortaklarından alınan 115 milyondan fazla mesajı ve veriyi analiz etmiştir. Europol, bu verileri kendi bilgi sistemlerinde mevcut bilgilerle çapraz kontrol etmiş, analiz etmiş ve dünya genelindeki ülkelere yaklaşık 700 operasyonel istihbarat paketi sunmuştur ve bu veriler, talep üzerine çok sayıda AB üyesi devlet ile üçüncü ülke makamlarıyla paylaşılmıştır. Bu süreç, JIT mekanizmasının paralel ulusal soruşturmalarda arasındaki bilgi akışını hızlandırma, delillerin eşzamanlı ve doğrudan kullanılabilirliğini sağlama ve özellikle organize suçun yapısal ve sınır aşan boyutlarını ortaya çıkarma bakımından klasik karşılıklı adli yardım usullerine kıyasla daha etkin bir araç olduğunu ortaya koymuştur. Tüm ilgili makamların sağladığı kümülatif verilere göre, şifrelemenin kolluk tarafından kırılmasından üç yıl sonra ulaşılan sonuçlara göre; 6.558 şüpheli tutuklandı, 154,1 milyon Avro tutarında malvarlığı veya banka hesapları donduruldu, 30,5 milyon adet sentetik uyuşturucu, 103,5 ton kokain, 163,4 ton kenevir, 3,3 ton eroin, 923 silah, ayrıca 21.750 mermi ve 68 patlayıcı ele geçirildi, 739,7 milyon Avro nakit paraya, 971 araca, 271 gayrimenkule, 83 tekne ve 40 uçağa el konulmuştur. Bkz. Europol, “Dismantling encrypted criminal EncroChat communications leads to over 6 500 arrests and close to EUR 900 million seized”, <<https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-encrypted-criminal-encrochat-communications-leads-to-over-6-500-arrests-and-close-to-eur-900-million-seized>>, Date of Access 10 January 2026.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Ofisi (ICC-OTP) de ortak soruşturma ekibi gözlemci olarak dâhil edilen aktörler arasına girmiştir⁷⁶.

E. Ulusal Uzmanlar

AB Konseyi bünyesinde 7-8 Temmuz 2005 tarihlerinde yapılan görüşmelerde, ortak soruşturma ekiplerinin daha etkin kullanılabilmesi için üye devletler arasında ortak soruşturma ekibi deneyiminin sistematik biçimde paylaşılması gerektiği kabul edilmiş ve Lahey Programı doğrultusunda her üye devlette “ortak soruşturma ekibi ulusal uzmanları” belirlenmesi öngörülmüştür. Bu uzmanların temel görevi, ortak soruşturma ekiplerinin kurulmasına ilişkin ulusal hukuki çerçeve hakkında bilgi sağlamak, yetkili makamlar arasında iletişimi kolaylaştırmak, iyi uygulama örnekleri ile karşılaşılan sorunların paylaşılmasına katkıda bulunmak ve ortak soruşturma ekiplerine ilişkin mevzuat, yetkili kurumlar ve pratikler hakkında danışmanlık sunmaktır. Ulusal uzman sistemi, yeni ve ağır bir bürokratik yapı yaratmaksızın, Eurojust, Europol ve Avrupa Yargı Ağı (EJN) gibi mevcut kurumlarla koordinasyon içinde çalışan esnek bir iş birliği mekanizması olarak tasarlanmıştır; bu yönüyle ortak soruşturma ekibi kurulması ve işletilmesi sürecinde bilgi paylaşımını ve uygulama birliğini güçlendiren tamamlayıcı bir koordinasyon aracıdır. Söz konusu uzmanların mutlaka operasyonel ortak soruşturma ekibi deneyimine sahip olmaları veya ekiplerin fiili faaliyetlerine katılmaları zorunlu olmayıp, esas rolleri ulusal ve ulus-üstü düzeyde bir “bilgi ve irtibat noktası” işlevi görmektir⁷⁷.

IV. Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

A. Delillerin Hukuki Geçerliliği Sorunu

Ortak soruşturma ekiplerinin en önemli avantajlarından biri, ekibe katılan devletler arasında gayri resmi bilgi paylaşımına imkân tanınmasıdır. Bu düzenleme günümüzde ceza işlerinde adli yardımlaşmada bilgi paylaşımının ciddi gecikmelere yol açması sebebiyle kabul edilmiştir. Söz konusu gecikmeler, örneğin bilgi talep eden makamın talep edilen ülkenin kurumsal yapısını ve işleyişini tanınamasından ya da paylaşılan bilginin yargılamada kullanılabilmesi için farklı makamların resmî onayının gerekmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, ortak soruşturma ekibine ilişkin hukuki çerçeve doğrudan bilgi paylaşımına izin

⁷⁶ Nidel (n 13) 161.

⁷⁷ Council of the European Union, ‘Joint Investigation Teams - Proposal for designation of national experts’ Council Doc 11037/05 (Brussels, 8 July 2005).

veriyor olsa da uygulamada incelenen ortak soruşturma ekibi projeleri bunun, bu alandaki tüm sorunları çözmediğini göstermektedir⁷⁸.

Ortak soruşturma ekibi çerçevesinde yürütülen soruşturmalarda birden fazla ülkenin görevlileri yer aldığından, yalnızca bunların işlemlerine uygulanacak hukuk kuralları değil, aynı zamanda usulî aykırılıkların telafisi veya düzeltilmesine ilişkin kurallar hakkında da sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Bir ortak soruşturma ekibi üyeleri tarafından ekip çalışmaları sırasında ve ilgili üye devletlerin yetkili makamlarınca hukuka uygun olarak elde edilen bilgiler ekibin kurulma amacına hizmet etmek üzere kullanılabilir. Ancak bu noktada delilin doğrudan kabul edilebilirliği sorunu gündeme gelmektedir. Zira ekip faaliyet gösterdiği üye devletin hukukuna uygun hareket etmek zorunda olduğundan, bir bilginin hukuka uygun elde edilmiş sayılabilmesi, delil toplama sürecinin soruşturma işleminin yapıldığı bu devletin usul kurallarına uygun yürütülmüş olmasına bağlıdır. Buna karşılık, ortak soruşturma ekibine üye devletlerin delil toplama ve delilin kabul edilebilirliğine ilişkin kuralları ciddi farklılıklar gösterebilmektedir.

Ulusal mevzuat arasındaki farklar (Ör, dinleme kararının yenileme süreleri) soruşturma tedbirlerini koordine etmeyi zorlaştırabilmektedir. Usul kurallarındaki farklılıklar, sadece delilin toplama biçimini değil, devamlılığını da etkileyebilmektedir. Ör, bir ülkede dört haftada bir, diğerinde üç ayda bir yenileme zorunluluğu olması gibi. Yine, bir devletin ortak eylem için yakalama, tutuklama kararlarının varlığını şart koşması hallerinde hakimlerin dosyayı inceleyip karar vermesi çok uzun sürebilmekte ve bu esnada ortak soruşturma ekibi ortakları, şüphelileri kaybetmemek için dinleme ve fiziki takip gibi tedbirleri uzatmak zorunda kalabilmekte; bu da maliyetleri (telefon dinleme, tercüme), personel yükünü ve soruşturmanın sızma riskini artırabilmektedir⁷⁹. Örneğin, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen verilerin delil olarak kullanımı, bazı devletlerde soruşturma veya sorgu hâkiminin izniyle mümkün iken (Macaristan'da savcının soruşturma hâkiminden izin istemesi gibi), Birleşik Krallık'ta klasik "intercept" materyalinin ceza yargılamasında kural olarak kabul edilemez sayılması bunun uç bir örneğidir⁸⁰. Bu örnek gösteriyor

⁷⁸ Rijken (n 10) 112.

⁷⁹ JITS Network (n 22) 16.

⁸⁰ Jávorszki (n 60) 39; EncroChat sistemi, Android tabanlı cihazlarda çalışan bir yazılım kullanmakta olup, kullanıcıların kendilerine özgü bir tanımlayıcı aracılığıyla diğer EncroChat kullanıcılarıyla doğrudan şifreli iletişim kurmalarına imkân sağlamaktaydı. Bu özellik sayesinde Europol'e göre,

ki, dinleme yoluyla elde edilen verinin ortak soruşturma ekibi içinde dolaşımı ile delil olarak mahkemeye sunulması iki ayrı mesele olup, ortak soruşturma ekibi anlaşmalarında delil elde etme ve saklama usullerine ilişkin ayrıntılı hükümler öngörülmediği takdirde, delilin hukuka uygunluğu hem usul ihlali iddialarına hem de kabul edilebilirlik tartışmalarına açık hâle gelmektedir⁸¹.

Uygulamada yaşanan bir örnekte bir AB üye devleti ile bir AB dışı ülke arasındaki ulusal mevzuat farklılıklarından kaynaklanan ciddi bir yasal zorluk yaşanmıştır. AB üyesi devlette, konut veya bilgisayar aramaları gibi çeşitli adli faaliyetler bakımından kapsamlı bir belge düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşın AB dışı ülke, yürütülen faaliyetlerin sonuçlarını herhangi bir yasal dayanak veya usul adımlarını detaylandıran destekleyici belge sunmadan iletmiştir. Bu durum, AB üye devletindeki her adli işlemin (arama vb.) yasal dayanağını, katılımcılarını ve bulgularını içeren bir tutanak ile belgelenmesi zorunluluğuyla çatışmıştır. Sorun, AB dışı ülke ortaklarının bu belgeleri sonradan (post factum) hazırlamasıyla çözülmüş ve böylece delillerin mahkemede kabul edilebilirliği sağlanmıştır⁸².

CETS No. 182 de özellikle m. 11 ve m. 20 çerçevesinde, talep edilmeksizin bilgi iletimini ve ortak soruşturma ekiplerini düzenlerken “bilgiyi” merkeze al-

2020 yılının başlarında EncroChat, kullanıcılarının çok büyük bir kısmının suç faaliyetleriyle bağlantılı olduğu tahmin edilen, en büyük şifreli dijital iletişim sağlayıcılarından biri haline gelmiştir. Bu sebeple Europol koordinasyonunda ve Fransız ile Hollandalı araştırmacıların katılımıyla bir ortak soruşturma ekibi oluşturulmuş ve bu ekip 1 Nisan 2020 ile 13 Haziran 2020 tarihleri arasında EncroChat sisteminden veri toplamıştır. EncroChat sunucuları Fransa’da bulunmaktaydı ve yürütülen operasyon kapsamında Fransız kolluk kuvvetleri, görünüşte yazılım güncellemesi gibi gösterilen bir yöntemle dünya genelindeki tüm EncroChat cihazlarına bir yazılım yerleştirme (implant) yöntemini uygulamıştır. Bu yazılım, cihaz üzerinde bulunan tüm verilerin Fransız polisi tarafından elde edilmesini sağlamıştır. EncroChat tarafından ileri sürülen hukuka aykırılık iddialarına rağmen, incelenen davada cihazlardan veri elde edilmesine ilişkin tüm gerekli hukuki araçların mevcut olduğu ve söz konusu işlemin Fransız hukuku bakımından hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir. Kendileriyle paylaşılan bu veriler doğrultusunda Birleşik Krallık Ulusal Suç Ajansı (National Crime Agency - NCA), çok sayıda organize suç örgütünü ve ciddi suç faaliyetlerini kapsayan geniş kapsamlı bir soruşturma olan “Operation Venetic” adlı operasyonu başlatmıştır. Savcılık, yürütülen davada EncroChat verilerini delil olarak sunmak istemiştir. Birleşik Krallık’ta görülen davada sanıklar, EncroChat verilerinin iletişimin dinlenmesi yoluyla elde edildiğini ve bu nedenle delil olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Ancak mahkeme, söz konusu verilerin iletişim aktarımı sırasında değil, cihazlarda depolanmış haldeyken elde edildiğini tespit etmiş ve bu nedenle verilerin delil olarak kullanılabileceğine karar vermiştir. Bkz. Cerian Griffiths and Adam Jackson, ‘Intercepted Communications as Evidence: The Admissibility of Material Obtained from the Encrypted Messaging Service EncroChat’ (2022) 86 (4) The Journal of Criminal Law 271, 271-272.

⁸¹ Jávorszki (n 60) 39.

⁸² JITs Network (n 22) 17.

makta; bu bilgiye delil niteliği kazandırılması ve yargılamada kullanılma koşullarının belirlenmesini yine ulusal usul kurallarının ve varsa ortak soruşturma ekibi anlaşması hükümlerinin tasarrufuna bırakmaktadır. Örneğin, bir ortak soruşturma ekibi bünyesindeki Hollandalı görevli, Britanyalı meslektaşından Birleşik Krallık'taki telefon dinleme kayıtlarını talep edebilir. Ancak bu bilgilerinin yargılamada kullanılabilirliği ilgili iki devletin iç hukukuna bağlıdır⁸³.

Alman hukukunda yabancı devletin kovuşturma makamlarının Alman ceza muhakemesi hukukunu uygulamasını bekleyemeyecekleri, ilgili devletin bu devleti kendi hukukuna uygun bir şekilde elde etmiş olmasının (locus regit actum) delilin değerlendirilmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Ancak yabancı devlette elde edilen delilin hukuk devleti gereklerine uygun olması ve kamu düzenine (ordre public) aykırılık teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴. Buna karşın öğretide bu konuda "forum regit actum" ilkesinin uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁸⁵.

Hollanda ceza muhakemesinde temel kural, yurt dışında yürütülen bir soruşturmada işlenen usulî aykırılıkların, Hollanda'daki ceza yargılamasında herhangi bir etkisinin olmamasıdır. Bunun sebebi, bir aykırılığın davanın sonucuna sadece temel soruşturmada işlendiği takdirde etki edebilmesidir. Uluslararası ilişkilerde güven ilkesi geçerli olduğundan, Yüksek Mahkeme, yabancı kolluk makamlarınca gerçekleştirilen soruşturma işlemlerinin temel soruşturma kapsamında değerlendirilmediği kanaatindedir. Bununla birlikte, bu kurala iki istisna vardır. Birincisi, aykırılığın Hollanda Savcılık Teşkilatı'nın yönlendirmesiyle işlenmiş olmasıdır. İkincisi ise, aykırılığın, savunmanın temel haklarını ihlal etmesidir. Bu yaklaşım, ortak soruşturma ekibi rehberinde de yansımaları bulur; savcılık teşkilatı, Hollanda merkezli bir ortak soruşturma ekibini yürüten savcılara, yurt dışında elde edilen delillerin, 'Hollanda ceza muhakemesini temelden ihlal edecek' bir şekilde toplanmışsa dosyaya hiç girmemesini temin etmeleri talimatını vermektedir. Buna örnek olarak, ceza muhakemesinde yasaklanmış olan ve soruşturmaların bütünlüğünü ciddi biçimde tehlikeye attığı düşünülen sivil şahıslarla gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yönteminin kullanılması gösterilebilir⁸⁶.

⁸³ Rebecchi (n 44) 101.

⁸⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 61) 205.

⁸⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 61) 205.

⁸⁶ Hollanda ve Birleşik Krallık arasında kurulan bir ortak soruşturma ekibinin elde ettiği delillere ilişkin olarak Rotterdam İlk Derece Mahkemesi, "İngiliz yargı makamlarının işlemleri mahkemece denetlenmeyecektir" sonucuna varmıştır. Bkz. Rijken (n 10) 110-111.

Türk hukukunda 6706 sayılı Kanun'da veya CMK'da ortak soruşturma ekiplerinin faaliyetleri kapsamında elde edilen delillerin kullanılabilirliği, değerlendirilmesi ve hukuka aykırılık denetimi konusunda özel bir düzenleme içermektedir. Bu nedenle sorun, genel ceza muhakemesi hükümleri çerçevesinde çözülmek durumundadır. Bu bağlamda özellikle CMK m.206/2-a'da düzenlenen hukuka aykırı delillerin reddi ve CMK m.217'de yer alan hâkimin delilleri serbestçe takdir yetkisi ve hükmün ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş ve duruşmada tartışılmış delillere dayanabileceğine ilişkin ilkelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kanaatimizce ortak soruşturma ekibi temelli soruşturmalarda delillerin toplanması ve kabul edilebilirliği konusunda ortaya çıkan ulusal usul farklılıklarından kaynaklanan çatışmaları azaltmak amacıyla, *lex loci*'ye uygun şekilde elde edilen deliller bakımından aksi ispatlanabilir bir hukuka uygunluk karinesinin benimsenmesi yerinde olacaktır. Buna göre, soruşturma tedbirlerinin icrası için gerekli izinlerin alındığı ve söz konusu tedbirlerin icra edildiği devletin usul hukukuna tam uygunluk içinde yerine getirildiği durumlarda, elde edilen delillerin diğer devlet mahkemeleri önünde hukuka uygun ve kabul edilebilir olduğu karine olarak kabul edilmelidir. Buna karşın temel haklara ilişkin somut ve ciddi bir aykırılığın ortaya koyulabildiği durumlarda bu karine çürütülebilmelidir. Bir diğer ifadeyle, delilin elde edilmesi sürecinde adil yargılanma hakkının özü ile bağdaşmayan ağır usul ihlallerinin bulunmaması gerekir. Özellikle işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının ihlali suretiyle elde edilen deliller, savunma hakkını ortadan kaldıran uygulamalar veya haberleşmenin gizliliği ile özel hayatın korunmasına ilişkin temel güvencelerin açık biçimde ihlal edildiği hâller bakımından söz konusu karinenin işletilmesi mümkün değildir. Eğer ortak soruşturma ekibi vasıtasıyla elde edilen delil, Türk hukukunun "hukuk devleti" ilkesi gereği kabul edemeyeceği bir yöntemle elde edilmiş ise yabancı hukuka uygun olsa bile Türk mahkemesi bu delili *ordre public* mülâhazasıyla reddetmelidir. Dolayısıyla bahse konu karine, ne koşulsuz bir "karşılıklı güven" varsayımı yaratmakta ne de diğer devletin yargısal denetimi dışlamaktadır; aksine usul rejimleri arasındaki boşluğu dolduran bir kanunlar ihtilafı aracı olarak işlev görerek, sınır aşan yargılamalarda hukuki güvenliği artırmayı, istisnai durumlarda ise delilin dışlanmasına imkân tanımayı amaçlamaktadır.

Kanaatimizce 6706 sayılı Kanun m.7/1/ç'de, "*Adli yardımlaşma talebi kapsamında ilgili devletin iç hukukuna uygun olarak yerine getirdiği işlemler, Türk hukuku bakımından da geçerli sayılır.*" hükmüyle işlemin yapıldığı yer hukukuna uygun olarak icra edilmiş olmasını yeterli kabul ederek, benzer yaklaşım be-

nimsenmiştir. Söz konusu düzenleme genel hüküm niteliğinde olup, tüm adli yardımlaşma türleri açısından geçerli olacaktır. Ayrıca soruşturma ve kovuşturmanın devralınmasını düzenleyen 6706 sayılı Kanun'un 25. maddesinde *"Talepte bulunan yabancı devlet mevzuatına göre yapılmış soruşturma veya kovuşturma işlemleri ve elde edilen deliller Türk hukuku bakımından geçerli sayılır."* denilerek deliller özelinde düzenleme yapılmıştır. Böylelikle kanun koyucu m.7'de kabul ettiği temel argüman ile uyumlu olarak yabancı devlet makamları tarafından usulüne uygun elde edilen bir delilin Türk hukuku açısından da hukuka uygun olacağını ve dolayısıyla hükme esas alınabileceğini kabul etmiştir. Her ne kadar bu düzenlemeler doğrudan ortak soruşturma ekiplerine ilişkin olmasa da kanun koyucunun yabancı devlet hukukuna uygun biçimde gerçekleştirilen işlemlerin ve elde edilen delillerin Türk hukukunda geçerliliğini esas alan yaklaşımını göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle söz konusu hükümler, ortak soruşturma ekipleri kapsamında elde edilen deliller bakımından da yorumda yol gösterici nitelikte değerlendirilebilir.

İfade edilmelidir ki, ortak soruşturma ekibi bünyesinde, bir ülke dinleme kayıtlarını delil olarak kullanabiliyorken, diğer ülkenin kendi iç hukukundaki düzenleme nedeniyle aynı delili kullanamaması, operasyonun bütünlüğünü sarsabilecektir. Bu durum, ortak soruşturma ekiplerinin en büyük vaadi olan "delil paylaşımı" önündeki en sert engellerden biridir. Bu sebeple ortak soruşturma ekibi model anlaşması tarafların, delil elde edilmesi konusunda ekip liderine veya üyelerine danışmanlık görevi tevdi etmesini öngörmektedir. Bu durum, ortak soruşturma ekibine mensup bir devletin, delil alınırken uyulması gereken usuller ve dikkat edilmesi gereken hususlar, delilin mahkemede etkili biçimde kullanılabilmesi için hangi şartların sağlanması gerektiği ve hangi tür delillerin sonraki duruşmalarda kullanılabileceği konularında diğer üyelere rehberlik etmeye yetkili olduğu anlamına gelmektedir. Bu uygulama sayesinde, ekip bünyesinde delillerin hem etkin hem de hukuka uygun biçimde paylaşılması mümkün hâle gelmektedir⁸⁷. Dolayısıyla ortak soruşturma ekibi ortaklarının operasyon başlamadan önce birbirlerinin hukuk sistemlerindeki "delil kabul edilebilirlik asgari standartlarını" (örneğin yazılı tutanak şartı, dinleme süreleri) yazılı olarak paylaşması hayati önemdedir.

⁸⁷ Rebecchi (n 44) 102.

B. Kolluğun Silah Taşıma ve Kullanım Yetkisi

Ortak soruşturma ekipleri birden fazla ülkenin yetki alanından gelen soruşturmacılardan oluşmakta ve ceza soruşturmasını yürütmekle görevlendirilmiş tek birim karakterine haizdir. Ancak uygulamada karşılaşılan sorunlar ortak soruşturma ekibinin, tek mi yoksa paralel soruşturmaların koordinasyon aracı mı olduğu ikilemini doğurmaktadır. Bu durum ise özellikle ekibe katılan üyelerin farklı yetkilere sahip olmasına sebebiyet verebilmektedir.

Görevlendirilmiş üyelerin ve ekip liderinin yetkilerine ilişkin hükümler, üye devletlerin ulusal mevzuatında yeknesak biçimde ele alınmamıştır. Örneğin, Fransız mevzuatı, başka bir devlet tarafından görevlendirilen üyelerin, soruşturma faaliyetleri sırasında Fransa’da hangi soruşturma işlemlerini gerçekleştirebileceğini tek tek saymakta; Fransa’da görevlendirilmiş üyelerin silah taşımaya ise ancak anlaşmada öngörülmüşse izin vermektedir. İsveç’te ise görevlendirilmiş üyeler yabancı kamu görevlisi sayılır ve bu nedenle İsveç topraklarında kamu gücü kullanmaları yasaktır. Ekip liderinin yetkilendirmesi hâlinde, kamu gücü kullanımı içermeyen tedbirleri icra edebilirler. İsveç hukukuna göre, görevlendirilmiş üyelerin İsveç’te silah taşımaya veya silah getirmesine sadece İsveç Polis Teşkilatı tarafından izin verilebilmektedir⁸⁸.

Diğer üye devletten gelen ekip üyelerinin, ev sahibi devlette görev yaparken, hangi soruşturma yetkilerini kullanabileceklerinin yanı sıra silah taşıma ve kullanma yetkilerinin olup olmadığı ev sahibi devletin mevzuatına göre belirlenecektir. Ayrıca ortak soruşturma ekibi anlaşmasına bu konuda özel düzenlemelere yer verilebilecektir⁸⁹.

C. Egemenlik Alanı Sorunu

Devlet egemenliği problemi, ortak soruşturma ekibi iş birliği açısından özellikle önemlidir. Çünkü görevlendirilmiş üyelerin kendi ülkeleri dışındaki bir devlette soruşturma tedbirleri uygulama yetenekleri, yaptırım yetkilerinin yalnızca kendi toprakları içinde kullanılabileceği ilkesinden sapmaktadır. Bir ortak soruşturma ekibinin varlığı, bu egemenlik sınırlamasını meşrulaştırmaktadır, ancak hukuki bir dayanağa ihtiyaç duyulmaktadır. Bir ortak soruşturma ekibi kurulurken, yetkililer ortak soruşturma ekibi anlaşmasında hukuki dayanağını belirtmelidir. İlgili devletlerin ulusal yasalarına bağlı olarak, yasal dayanak ulus-

⁸⁸ Rebecchi (n 44) 101.

⁸⁹ JITS Network (n 6) 56.

lararası veya ikili bir anlaşmada, ulusal mevzuatta veya (nadiren) karşılıklılık ilkesinde bulunabilir⁹⁰.

2000 tarihli Avrupa Birliği Üye Devletleri Arasında Cezai Konularda Karşılıklı Yardım Sözleşmesinin 13. Maddesi uyarınca, ortak soruşturma ekiplerinin faaliyetleri, faaliyetin yürütüldüğü devletin hukukuna tâbidir ve ekip, bu devletin yetkili makamını temsil eden bir lider tarafından sevk ve idare edilir. Aynı kabul CİKAYAS 2. Ek Protokol'ün 20. maddesinde de yer almaktadır. Ortak soruşturma ekiplerinde lex loci ilkesinin uygulanması, forum regit actum yaklaşımından sapmakla birlikte, egemenlik ilkesini zedelemekten ziyade onu somutlaştıran bir işlev görmektedir. Ortak soruşturma ekibi hangi devletin ülkesinde faaliyette bulunuyorsa, soruşturma işlemlerinin o devletin usul hukukuna tabi olması, o devletin kendi toprakları üzerindeki münhasır yetkisini ve yargısal denetimini korur. Böylece diğer devletler, ortak soruşturma ekibi anlaşması çerçevesinde soruşturmaya katılsalar da, soruşturma tedbirlerinin hukuki çerçevesini belirleme yetkisi, egemenlik ilkesine uygun şekilde, ev sahibi devlette kalır; bu da hem yetki çatışmalarını hem de delillerin meşruiyeti konusunda ileride doğabilecek tartışmaları azaltır. Dolayısıyla ortak soruşturma ekipleri, klasik anlamda bir egemenlik devrini değil, fonksiyonel ve sınırlı bir egemenlik paylaşımını ifade etmektedir.

Öğretide bazı yazarlar, bir ortak soruşturma ekibinin etkin şekilde kurulabilmesi ve işletilebilmesi için ortak soruşturma standartlarının zorunlu bir koşul olduğunu vurgulamaktadır. Örneğin, Avrupa Konseyi Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi ve ilgili ek protokoller ile AB düzeyindeki adli yardımlaşma metinleri, şüpheli, tanık ve bilirkişilerin sorgulanması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi gibi bazı özel tedbirleri ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte bu alan, uluslararası ceza iş birliğinde “soruşturmanın hızlandırılması” ile “devlet egemenliğine saygı” arasında duyarlı bir denge kurulmasını gerektiren ve bu nedenle politika yapımını zorlaştıran başlıca tartışma konularından biridir. Ortak soruşturma ekipleri bakımından ortak bir hukuki çerçeve, daha öngörülebilir ve sorunsuz bir işleyiş zemini yaratma potansiyeli taşımakla birlikte, ceza muhakemesine ilişkin köklü hukuki ve kültürel geleneklerin uzlaştırılması, özellikle farklı delil rejimleri ve yargılama şekilleri nedeniyle önemli güçlükler barındırmaktadır⁹¹.

⁹⁰ Nidel (n 13) 158.

⁹¹ Bakker and Powderly (n 31) 4.

V. Ortak Soruşturma Ekibinin Sonlandırılması ve Raporlama

Bir ortak soruşturma ekibinin yaşam döngüsünün son aşaması sonlandırma aşamasıdır. Bu aşama çoğu zaman sürenin dolmasıyla sona ermektedir. Ortak soruşturma ekibinin süresi, ulaşılmak istenen sonuçla bağlantılıdır. Ekibe taraf olanlar, kurucu anlaşmanın içerisinde ekibin süresini ve başlangıçtaki sona erme tarihini belirlemektedir. Bununla birlikte, hedeflenen sonuca ulaşılması yönünde yeterli ilerleme kaydedilinceye kadar gerektiğinde ortak soruşturma ekibinin süresi uzatılabilmektedir. Süre bakımından hukuki bir üst sınır bulunmamakla birlikte, yukarıda değinilen düzenlemeler bu mekanizmanın geçici nitelikte bir araç olduğunu öngörmektedir. Bu nedenle ekibin süresinin süresiz biçimde yenilenmemesi gerekmektedir⁹². Tekrar bir uzatma söz konusu olmadığında ve bitiş tarihi geldiğinde ortak soruşturma ekibi otomatik olarak sona erecektir.

Daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ortak soruşturma ekibi belirli bir amaç doğrultusunda kurulmaktadır. Bu sebeple belirlenen amaca ulaşılması halinde henüz anlaşmada belirtilen süre dolmamış olsa da erken sona erme mümkün olacaktır.

Ek olarak, ortak soruşturma ekibinin tarafların ortak kararıyla, konusuz kalmayla veya taraflar arasındaki uyuşmazlıklar çözülemediğinde başarıya ulaşmadan sona ermesi de mümkündür.

Kanaatimizce elde edilen delillerin hangi devletin dosyasına gireceği, asılların kimde kalacağı, hangi ülkelerin onaylı suret veya eşdeğer elektronik kopya kullanacağı gibi hususların önceden kurucu anlaşmada belirlenmesi gerekmektedir.

Ortak soruşturma ekibi nihai soruşturma raporu (JIT Final Investigation Report), soruşturmanın bulgularını, elde edilen delilleri, yürütülen işlemleri ve hukuki değerlendirmeleri sistematik biçimde ortaya koyan kapanış belgesidir. Ortak soruşturma ekibi çerçevesinde nihai soruşturma raporu hazırlanması, uluslararası düzenlemeler bakımından zorunlu olmayıp, uygulamada özellikle karmaşık ve çok taraflı soruşturmalarda başvuru bir iyi uygulama örneğidir.

⁹² Nidel (n 13) 167.

Sonuç

Ortak soruşturma ekipleri, sınır aşan suçlarla mücadelede klasik karşılıklı adli yardımlaşma mekanizmalarının yetersizliklerine bir cevap olarak ortaya çıkmış, çağdaş uluslararası ceza iş birliğinin en dikkat çekici araçlarından biri hâline gelmiştir. Ortak soruşturma ekipleri modeli, iki veya daha fazla devletin adli ve kolluk makamlarının, belirli bir suç ya da suçlar bakımından, belirli bir süre ve amaç çerçevesinde ortak soruşturma yürütmesini sağlayarak, bilgi ve delilin gecikmeksizin ve doğrudan paylaşılmasına imkân tanımakta; böylece hem soruşturmanın hızını hem de koordinasyon kapasitesini belirgin biçimde artırmaktadır. Bu yönüyle ortak soruşturma ekipleri yalnızca klasik adli yardımlaşma usullerini hızlandıran teknik bir araç değil, delil elde etme, kullanma ve paylaşma biçimlerini yeniden yapılandıran sui generis bir iş birliği modelidir.

Ortak soruşturma ekipleri mekanizmasının en önemli avantajı bilgi ve delillerin doğrudan paylaşımına imkân tanınması ve soruşturma faaliyetlerinin eş zamanlı ve koordineli şekilde yürütülmesini sağlamasıdır. Bu yönüyle ortak soruşturma ekipleri, klasik adli yardımlaşma usullerine kıyasla daha hızlı ve etkin bir soruşturma zemini yaratmaktadır.

Diğer yandan ortak soruşturma ekipleri, devlet egemenliğinin devrine dayalı ulus-üstü bir yapı değil, CETS No. 182 m.20 ve ilişkili düzenlemeler çerçevesinde fonksiyonel ve sınırlı bir egemenlik paylaşımına dayanan, dengeli bir adli iş birliği mekanizmasıdır. Yabancı görevlilerin faaliyetin yürütüldüğü devlet ülkesinde soruşturma tedbirlerine katılımı mümkün kılınmakta; ancak soruşturmanın usul çerçevesi, delil toplama yöntemleri, hukuki ve mali sorumluluk rejimi esasen *lex loci*'ye tâbi tutulmakta ve böylece ev sahibi devletin egemenlik alanı korunmaktadır. Bu yapı, bir yandan EncroChat örneğinde olduğu gibi tek tek devletlerin ulaşamayacağı ölçekte delil elde etmeye imkân verirken, diğer yandan farklı devletlerin ceza muhakemesi sistemleri arasındaki usul farklılıkları sebebiyle delilin kabul edilebilirliği noktasında ciddi tartışmaları beraberinde getirmektedir. Özellikle delillerin hangi hukuk sistemine göre elde edileceği, başka bir devlette hangi ölçüde kabul edilebilir olacağı ve *lex loci* ilkesinin sınırları, ortak soruşturma ekiplerinin geleceği bakımından belirleyici niteliktedir.

Bahsedilen çerçevede çalışmada, *lex loci* ilkesine uygun şekilde elde edilen deliller bakımından aksi ispatlanabilir bir hukuka uygunluk karinesi benimsenmiştir. Buna göre, soruşturma tedbirlerinin icra edildiği devlet hukukuna uygun olarak elde edilen delillerin ilke olarak diğer devlet mahkemeleri önünde de

hukuka uygun ve kabul edilebilir olduğu karine olarak kabul edilmelidir. Buna karşın temel haklara ilişkin somut ve ciddi bir aykırılığın ortaya koyulabildiği durumlarda bu karine çürütülebilmelidir. Bir diğer ifadeyle işkence ve kötü muamele yasağı, savunma hakkı, haberleşmenin gizliliği, özel hayatın korunması ve adil yargılanma güvencelerine ilişkin ağır ihlaller hallerinde, yabancı hukuka uygun olsa bile Türk mahkemesi bu delili ordre public mülahazasıyla hukuka aykırı delil kategorisinde değerlendirmeli ve hükme esas almamalıdır. Böylece bir yandan sınır aşan soruşturmaların etkinliği korunurken, diğer yandan temel hak güvenceleri ile hukuki güvenlik arasında denge sağlanabilecektir.

Öte yandan, ortak soruşturma ekiplerinin geçici ve amaç odaklı niteliği, bu mekanizmanın sürekli bir kurumsal yapıdan ziyade somut soruşturma ihtiyaçlarına özgülünmüş bir araç olduğunu göstermektedir. Nitekim ekipler, belirlenen amaca ulaşılması veya sürenin dolmasıyla sona ermekte; bu süreçte elde edilen bilgi ve delillerin paylaşımı önceden belirlenen hukuki çerçeveye bağlı olarak şekillenmektedir.

Türkiye, CETS No. 182, UNTOC, UNCAC gibi ortak soruşturma ekibi kurulmasına imkân veren uluslararası anlaşmalara taraf olmakla birlikte 6706 sayılı Kanun'da ortak soruşturma ekiplerine özgü sistematik bir iç hukuk düzenlemesine sahip değildir. Bu durum, özellikle ortak soruşturma ekibi talep ve kabul prosedürleri, görevlendirilmiş üyelerin yetki ve sorumlulukları ile ortak soruşturma ekipleri kapsamında elde edilen delillerin Türk ceza yargılamasında kullanılabilirliği konusunda hukuki belirsizliklere yol açmakta; hem hukuki güvenlik hem de adil yargılanma hakkı bakımından riskler doğurmaktadır. Çalışmada ortaya konan analizler ışığında, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası metinlerin açık şekilde iç hukuka yansıtılması, ortak soruşturma ekibi talep-anlaşma usulünün, delil rejiminin, silah taşıma ve zor kullanma yetkisinin, bilgi paylaşımı ve veri koruma hükümlerinin mevzuatta netleştirilmesi zorunlu görünmektedir. Böyle bir normatif çerçeve, hem ortak soruşturma ekipleri mekanizmasının pratik avantajlarından (hız, koordinasyon, maliyet etkinliği, mağdurun korunması) daha fazla yararlanılmasına hem de egemenlik, insan hakları ve delillerin değerlendirilmesi hususlarında ortaya çıkabilecek sakıncaların giderilmesine katkı sağlayacaktır.

Kaynakça

Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü (DİABGM), *Avrupa Birliğinde Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği* (ed Ahmet Ulutaş, Adalet Bakanlığı, Ankara 2021).

Bakker E and Powderly J, *Joint Investigation Teams: Added Value, Opportunities and Obstacles in the Struggle against Terrorism* (Expert Meeting Paper, International Centre for Counter-Terrorism - The Hague 2011).

Council of Europe and European Union, *Guidelines on the Use of Joint Investigation Teams - JIT THB WB Project* (Use of Joint Investigation Teams (JIT) to Fight Trafficking in Human Beings (THB) in the Western Balkans (WB) Project) (2013).

Council of the European Union, 'Joint Investigation Teams - Proposal for designation of national experts' Council Doc 11037/05 (Brussels, 8 July 2005).

Egamberdiev DA, 'International Legal Mechanism for Establishing Joint Investigation Teams among States in the European Region' (2024) 1(6) *American Journal of Education and Evaluation Studies* 54-65.

Explanatory Report to the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (Strasbourg 2001) ETS No 182.

Geelhoed W, 'Joint Investigation Teams in the Netherlands - What Lessons can be Learned from the Dutch Model?' (2018) 11 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) 465.

Griffiths C and Jackson A, 'Intercepted Communications as Evidence: The Admissibility of Material Obtained from the Encrypted Messaging Service EncroChat' (2022) 86 (4) *The Journal of Criminal Law* 271.

Jávorszki T, 'Joint Investigation Teams as a Specific Form of Mutual Assistance' (2013) 151 *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata* 47.

Jávorszki T, 'Setting up and Operating Joint Investigation Teams' (2013) 8 *European Police Science and Research Bulletin* 37.

JITs Network, *5th JIT Evaluation Report* (Publications Office of the European Union 2025).

Kapplinghaus J, 'Joint Investigation Teams: Practical Experience and Historical Background' in *UNAFEI Resource Material Series* no 73 (2007) 115.

Nidel D, 'Structural Ambiguity: Typologizing Joint Investigation Teams in the European Union' (2025) 3 (2) *Transnational Criminal Law Review* 153.

Ökmen M, 'Setting up Joint Investigation Teams as a Type of International Legal Assistance' (2020) 19 (1) *İKÜHFD* 113.

Rebecchi MC, 'Joint Investigation Teams: A Reachable Solution to Catch Unreachable Criminals' (2016) 7 (Special Conference Issue) *Queen Mary Law Journal* 95.

- Rijken C, 'Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems. Lessons Learnt from the First Efforts to Establish a JIT' (2006) 2 Utrecht Law Review 99.
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Uluslararası Ceza Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Terziev V, Petkov M and Krastev D, 'Concept of Joint Investigation Teams' (2021) 7(19) IJASOS - International E-Journal of Advances in Social Sciences 324.
- The Network of National Experts on Joint Investigation Teams (JITs Network), *Joint Investigation Teams: Practical Guide* (Publications Office of the European Union 2017).
- The Network of National Experts on Joint Investigation Teams (JITs Network), *Joint Investigation Teams: Practical Guide* (Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021).

Elektronik Kaynaklar

- Council Resolution on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT) OJ C 18/1, <<https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/jit-2017-model-en.pdf>> Date of Access 24 December 2025.
- Eurojust, "What we do", <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/what-we-do>>, Date of Access 20 December 2025.
- Eurojust, 'Judicial cooperation instruments' in Eurojust Annual Report 2024 (webpage) <<https://www.eurojust.europa.eu/annual-report-2024/judicial-cooperation-instruments>> Date of Access 22 December 2025.
- Eurojust, Supporting judicial authorities in the use of joint investigation teams (Factsheet, June 2020) <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_06_jits_factsheet_en.pdf> Date of Access 27 January 2026.
- Eurojust and Europol, "Funding schemes - Issue 5 (October 2024)", <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/files/europol-eurojust-funding-schemes-issue-5-october-2024.pdf>>, Date of Access 28 December 2025.
- Europol, "Joint investigation teams", <<https://www.europol.europa.eu/partners-collaboration/joint-investigation-teams>>, Date of Access 10 January 2026.
- Europol, "Dismantling encrypted criminal EncroChat communications leads to over 6 500 arrests and close to EUR 900 million seized", <<https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-encrypted-criminal-encrochat-communications-leads-to-over-6-500-arrests-and-close-to-eur-900-million-seized>>, Date of Access 10 January 2026.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 'United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC)' <<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>> Date of Access 21 December 2025.

Uluslararası Hukukta İlhak Kavramı ve İlhak Türleri^(*)

Öğr. Gör. Dr. Selen EZME YUMAK^(**)

Öz

Yabancı bir devlet toprağını zorla ele geçirme olarak gerçekleşen ilhak eylemleri, tarihsel süreçte savaş açma hakkının bir uzantısı olarak görülmüştür. İlhak eylemleri hukuka aykırılık teşkil etmesine rağmen, günümüz uluslararası hukuk sisteminde halen bu eylemlerin örnekleri yaşanmaktadır.

Kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi yönündeki her hareket, istisnalar hariç olmak üzere, uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda her türlü ilhak niteliğindeki eylem uluslararası hukuka aykırı olmaktadır. İlhak eylemleri, uluslararası toplum nezdinde yeterince eleştiri almamış, geçen zaman içerisinde *de facto* bir biçimde kabul görmüş ve hukuka uygun hale gelmiş izlenimi oluşturmaktadır. Ayrıca *de facto* ve *de jure* ilhak gibi ayrımlara gidildiği ve bu ayrımların ilhak eylemlerini kategorileştirdiği görülmektedir. Bu sebeple ilhak eylemlerinin nitelikleri itibarıyla uluslararası hukuktaki yerini korumaktadır.

Çalışmada devletlerin toprak kazanımı yolları ve ilhak eylemlerinin bir toprak kazanımı olarak uluslararası hukuktaki yeri, ilhak eylemlerinin hukuki niteliğinin klasik uluslararası hukuktan modern uluslararası hukuka evrilmesi, kuvvet kullanma yasağı ve ilhak eylemleri ilişkisi, ilhak eylemlerinin özellikleri ve hukuki sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İlhak, Kuvvet Kullanma Yasağı, Toprak Kazanma Şekilleri, Uluslararası Hukuka Aykırılık, Tanımama İlkesi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 30.05.2026.

Atıf Şekli: Selen Ezme Yumak, 'Uluslararası Hukukta İlhak Kavramı ve İlhak Türleri' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239,270.

DOI: 10.52273/sduhfd..1928326.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir-Türkiye.

E-posta: selenezmeyumak@anadolu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-2714-5766.

The Concept of Annexation and Types of Annexation in International Law

Abstract

Annexation, the forceful seizure of foreign territory, has historically been viewed as an extension of the right to wage war. Despite their illegality, examples of such acts still occur in the modern international legal system.

Any action involving the use of force or the threat of force, with few exceptions, constitutes a violation of international law. In this context, any act of annexation is contrary to international law. Annexation has not received sufficient criticism from the international community, and over time, it has gained *de facto* acceptance and appears to have become legally permissible. Furthermore, distinctions such as *de facto* and *de jure* annexation have been made, categorizing annexation acts. Therefore, annexation acts maintain their place in international law due to their nature.

This study examines the methods by which states acquire territory and the place of annexation as a form of territorial acquisition in international law; the evolution of the legal nature of annexation from classical to modern international law; the relationship between the prohibition of the use of force and annexation; and the characteristics and legal consequences of annexation.

Keywords

Annexation, Prohibition of Use of Force, Forms of Territorial Acquisition, Violation of International Law, Principle of Non-Recognition.

Extended Summary

The territory of a state is the geographical region that serves as the determinant of the boundaries within which that state exercises its sovereign powers. A state exercises exclusive jurisdiction over the geographical borders its territory forms, and the protection of this area is essential for the maintenance of international peace and security, which is one of the objectives of the UN. For this reason, the principle of the territorial integrity of the state, which possesses an indispensable importance, is now a fundamental principle of international law. Accordingly, a state's territory cannot be divided or partitioned without its consent. This principle is enshrined in Article 2/4 of the UN Charter, and UN member states are obliged to respect each other's territorial integrity.

While the right to annex was viewed as a right parallel to the right to wage war in classical international law, it has given way to the prohibition of annexation due to the devastating destructive effects caused by wars. Nevertheless, annexation acts take place today, fail to receive sufficient legal sanctions, and factual situations such as de facto annexation emerge. Considering that there is almost no unclaimed territory left in the world, the acquisition of territory by states is not as common as it once was. Many methods of territorial acquisition are no longer possible or valid today. Despite this, as seen through examples throughout the study, international illegal acts that can still be considered at the level of annexation take place.

Annexation is the realization of an explicit intent to incorporate a territory into one's own lands through the use or threat of force. Thus, the annexing state eliminates the state authority that previously existed in those lands and establishes its own authority permanently. Classical international law included the right to wage war and the right of the victorious state to annex the territories of the defeated state. Because annexation was often the primary cause of war, war and annexation are two closely linked concepts.

The tendency to prevent war that began after the First World War resulted in the prohibition of the use or threat of force following the Second World War. A natural consequence of the prohibition of the use of force has been the prohibition of annexation-that is, the acquisition of territory by force-which is contrary to the principle of territorial integrity. In the post-1945 period, it has been observed that states occasionally occupy the territories of other states by using force, and this continues to be seen. The practice of states maintaining their international relations by using or threatening force against the territorial integrity of other states is strictly prohibited by evolving rules of international law. The prohibition of the use of force is among the jus cogens / peremptory rules.

The act of annexation is a situation contrary to the principles of the sovereign equality of states (UN Charter Art. 2/1) and the prohibition of the use of force (UN Charter Art. 2/4) which are general principles of international law. According to international legal rules post-1945, it is not possible to acquire territory by using the method of annexation. The distinction made by fundamental institutions of international law, such as the International Court of Justice and the UN Human Rights Council, between

de jure and de facto annexation should also be subject to criticism. Making a distinction between a legal or factual situation between officially declared or undeclared annexation leads the act of annexation into a gradual and dangerous classification, creating the perception that annexation acts could be legal if they do not exceed a certain stage. The creation of this perception obscures the illegality of annexation acts, as annexation acts are carried out through the use or threat of force and with the intent to incorporate said territories into one's own. Since the conditions are simple and identifiable, annexation acts must be treated as equivalent if they carry these conditions, and different perceptions should not be formed by making distinctions. In the face of the fact that the prohibition of the use of force is a clear principle of international law, instead of expecting a declaration of annexation, it is necessary to identify all actions that meet the conditions as annexation and to operate sanction mechanisms.

According to contemporary international law, annexation acts carry an illegal character as it is impossible for them to be compatible with the prohibition of the use or threat of force, which is a fundamental principle of international law. For this reason, no right is acquired over the annexed territories. Due to these consequences of international law regarding annexation, other states naturally have the obligation not to recognize the act of annexation or the rights claimed to have been obtained as a result of annexation acts, which are in violation of the *jus cogens* rule of the prohibition of the use of force. Annexation acts that are not subjected to sufficient protest by the international community-effectively left to the unknown of the future-weaken the norm of the prohibition of the use of force and do not allow international law to take shape around the rule of law as an effective branch of law. From the perspective of international law, one is faced with the problem of being unable to see effective sanctions against an illegal act in international law. According to the principle of *ex injuria jus non oritur*-that is, a right does not arise from an injustice or illegality-sovereign authority cannot be acquired over annexed territories. No matter how much time passes, the principle of effectiveness in international law will not prevail over the principle of legitimacy at this point. The international community must not recognize or support these actions as a legal necessity.

Giriş

Devletin ülkesi, o devletin egemenlik yetkilerini kullandığı sınırların belirleyicisi konumunda olan yeryüzü bölgesidir. Bir devlet ülkesinin oluşturduğu coğrafi sınırlar üzerinde münhasır yetkilerini kullanır ve bu alanın korunması Birleşmiş Milletler'in (BM) amaçlarından biri olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması için elzemdir. Bu sebeple vazgeçilmez bir öneme sahip olan devletin toprak bütünlüğü ilkesi bugün artık uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Buna göre bir devletin ülkesi rızası dışında bölünemez ve parçalanamaz.¹ Söz konusu ilke BM Şartı madde 2 fıkra 4'te yer almaktadır ve BM üyesi devletler birbirlerinin toprak bütünlüğüne saygı göstermek zorundadır.

Devletin toprak bütünlüğü ilkesine ve siyasal bağımsızlığına aykırı olacak nitelikte hukuka aykırı kuvvet kullanımı yasağı uluslararası hukukta yerleşmiş, uluslararası toplumun temel değerlerini koruyan *jus cogens*² (buyruk kural) niteliğinde bir kuraldır. Buna rağmen, devlet uygulamalarında halen hukuka aykırı kuvvet kullanımlarının gerçekleştiği bilinmektedir. Hukuka aykırı kuvvet kullanımı örneklerinden biri de ilhak (*annexation*) eylemleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Klasik uluslararası hukukta savaş açma hakkı ile paralel bir hak olarak görülen ilhak hakkı, savaşların büyük yıkıcı etkisinin oluşturduğu sonuçlarla beraber yerini ilhak yasağına bırakmıştır. Buna rağmen günümüzde ilhak eylemleri yaşanmakta, hukuken yeterince yaptırım görememekte ve *de facto* ilhak gibi fiili durumlar ortaya çıkmaktadır.

Bu anlamda çalışmada devletlerin toprak kazanımı ve ilhak kavramı, tarihsel gelişim ışığında ilhakın hukuka uygunluk dönemi, ilhakın hukuka aykırılık yönünde evrilmesi, kuvvet kullanımı yasağı ve ilhak kavramı ilişkisi ve son olarak ilhak yasağının hukuki sonuçları incelenmeye çalışılacaktır.

I. Devletlerin Toprak Kazanımı ve İlhak Kavramı

Devletin kurucu üç unsuru sürekli bir insan topluluğu, ülke ve etkin siyasal yönetim olarak sayılabilir. 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi ile bu üç unsura diğer devletler ile ilişkilerde bulunabilme yeteneği unsuru da eklenmiştir. Te-

¹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 152.

² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) (1986) ICJ; Yusuf Aksar, *Uluslararası Hukuk I*, (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021) 284.

mel olarak sayılan ilk üç unsur yeterlidir ve sayılan dördüncü unsur literatürde tartışma konusu olabilmektedir.³ Devletin kurucu unsurları arasında sayılan ülke kavramı çalışmanın inceleme konusu olan ilhak kavramı açısından önem arz etmektedir. Bir devletin kara parçası ve bu kara parçasıyla ilişkili deniz ve hava sahaları o devletin ülkesini oluşturmaktadır.⁴ Devletin ülkesinin kurucu unsur olarak yer almasının önemi bu alanın devletin egemenlik sahasını oluşturmaktır. İstisnaları olmakla birlikte kural olarak devletin ülkesi üzerindeki egemenliği tam ve münhasır olma özelliğini taşımaktadır.⁵

Tarih boyunca dünya siyasi haritası defalarca yeniden çizilmiş ve ülke sınırları sürekli değişmiştir. Günümüzde halen zaman zaman değişime uğrayan coğrafi sınırlar ülkelerin kazanılması ve kaybedilmesi ve böylece bir devletin egemenlik yetkisinin başka bir devlete geçmesi suretiyle belirlenebilmektedir.

Toprak edinimi için fetih ve ilhak, işgal, zamanaşımı, keşif, devir, arazi oluşumu, yargı kararları ve *uti possidetis* ilkesi yolları mevcuttur.⁶ Bu yolların bazıları hukuki olarak mümkün iken bazıları ise günümüzde hukuken geçerli kabul edilmeyen yollardır.⁷ Bunların içerikleri genellikle farklı olmakla beraber toprak edinimi konusunda bir fikir birliği mevcut değildir.⁸ İlhak konusuna değinmeden önce toprak kazanımı yöntemlerine kısaca bakmak konunun anlaşılması için yararlı olacaktır.

İşgal yöntemi daha önce devlet statüsünde olmayan veya terk edilmiş yerlerin ele geçirilmesi olarak kabul edilmektedir. Devletin üç ana unsuru olan ülke, nüfus ve siyasi güç perspektifinde düşünüldüğünde işgal edinilen yer üzerinde devlet otoritesinin sağlanması gerekmektedir.⁹ Yani işgal etkin kontrol içeren bir fiili hakimiyet ve o ülke parçasını kendi topraklarına dahil etme niyeti içermelidir.¹⁰ Bu yöntem tarihte çok kullanılmış olsa da bugün artık dünya yü-

³ Ulrich Vosgerau, 'Staat' in Burkhard Schöbener (ed) *Völkerrecht Lexikon zentraler Begriffe und Themen* (C.F. Müller 2014) 395; Aksar (n 2) 226.

⁴ Stephan Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, (10. Auflage, A. Francke Verlag 2014) 81; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 145.

⁵ Acer ve Kaya (n 4) 145.

⁶ Aksar (n 2) 278.

⁷ Acer ve Kaya (n 4) 154 vd.

⁸ Volker Epping, 'Völkerrechtssubjekte' in Volker Epping und Wolff Heintschel von Heinegg (eds) Knut Ipsen, *Völkerrecht* (7. Völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck 2018) 92, kn. 26.

⁹ Hobe (n 4) 86.

¹⁰ Acer ve Kaya (n 4) 154.

zeyinin hemen hemen hepsinin paylaşılmış durumda olduğu açıktır. İşgal yöntemi silahlı çatışmalar hukuku anlamında yabancı bir devlete ait olan askeri kuvvetlerin başka bir devlet ülkesinde o ülkenin rızası bulunmaksızın yer almasından farklı bir kavramdır. Aynı şekilde işgal yoluyla ülke kazanımı BM liderliğinde gerçekleştirilen insani müdahalelerden de (Kosova örneği) farklıdır.¹¹

İşgal sahipsiz topraklar için iken, *de facto* egemenlik kullanımını içeren¹² zamanışı yoluyla toprak edinimleri başka bir devlete ait topraklarda hakimiyet kurulmasına ilişkindir.¹³ Ülkenin gerçek sahibi olan devletin itiraz ederek zamanışını kesmemesi ve uzun süredir devam eden bir hakimiyet, etkin kontrol olması gereklidir.¹⁴ Bu etkin kontrolün aleni, barışçıl ve sürekli devam eden bir nitelik göstermesi gerekmektedir.¹⁵ Bir devletin iyiniyetle yabancı bir devlet toprağını kendi toprağı gibi ele aldığı durumlar nadirdir. Bu vakaların bazıları Güney Amerika'nın ücra ormanlık bölgelerinde, haritalarda sınır çizgilerinin yanlış işaretlenmesi veya yerel yetkililerin sınırı bilmemesi nedeniyle meydana gelmiştir.¹⁶ Bugün ise bu yol pratik olarak mümkün gözükmemektedir.¹⁷

Keşif yöntemi ile ülke kazanımı için tek başına yeterli olmayıp keşif durumunun etkin kontrol veya işgal suretiyle belli bir süre sürmesi gerekmektedir.¹⁸

Arazi oluşumu ile ülke kazanımı yaygın bir yol olmayıp diğer yöntemlerden farklılık arz etmektedir. Var olan bir devlet üzerinde egemenlik iddiası bulunmayan bu yöntemde ülke toprakları coğrafi olaylar (alüvyon taşınması sonucu nehir yatağında delta oluşması, volkanik ada oluşumu gibi) neticesinde genişlemektedir ve var olan devletin egemenlik hakkı yeni oluşan bu araziler üzerinde de devam edecektir.¹⁹

¹¹ Aksar (n 2) 278.

¹² Aksar (n 2) 283.

¹³ Acer ve Kaya (n 4) 155.

¹⁴ Marcel Kau, 'Der Staat als primäres Völkerrechtssubjekt' in Wolfgang Graf Vitzthum und Alexander Proelß (eds) *Völkerrecht* (7. Auflage, De Gruyter 2016) 190, kn. 141; Acer ve Kaya (n 4) 155.

¹⁵ Aksar (n 2) 283.

¹⁶ Hobe (n 4) 87.

¹⁷ Acer ve Kaya (n 4) 156.

¹⁸ Aksar (n 2) 285.

¹⁹ Torsten Stein, Christian von Butlar und Markus Kotzur, *Völkerrecht*, (14. Auflage, Verlag Franz Vahlen 2017) 204, kn. 550; Aksar (n 2) 286.

Uti possidetis ilkesi ise devletin kurulduğu topraklarda eskiden sömürgeci olarak bulunan devletin mevcut sınırları ne ise o sınırların korunması anlamına gelmektedir. Var olan sınırların korunması ve tek taraflı olarak değiştirilememesi esasına dayanmaktadır. Toprak bütünlüğü ilkesi kendisini *uti possidetis* ilkesi ile tamamlamaktadır.²⁰ Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri haline gelen devletlerin toprak bütünlüğü (*territorial integrity*) ilkesi devletlerin halihazırdaki sınırlarının değiştirilmemesini sağlamak amacıyla güç kullanımının önüne geçilmesi için ortaya çıkmıştır.²¹ Yugoslavya ve Sovyetler Birliği'nin dağılma süreçlerinde de benzer durumun yaşanmış olması göstermiştir ki *uti possidetis* ilkesi sadece sömürge toprakları sınırlarının kabulü olarak anlaşılanın ilerisine gitmiş ve modern bir uygulama olarak yerleşmiştir.²²

Günümüzde ülke edinimi daha çok devir amacıyla yapılan andlaşma ile gerçekleştirilmektedir.²³ Satın alma andlaşmaları nadir olmakla birlikte andlaşma ile devir hükümleri en sık olarak devreden ve devralan devletler arasında sağlanan bir barış anlaşmasında bulunmaktadır.²⁴ Devir yoluna bir ülke ile birleşmek veya bir ülkeye katılmak da dahil edilebilir.²⁵ Avrupa uluslararası hukuk tarihinde bölgesel değişikliklerin, yeni devlet oluşumlarının ve bağımsızlık ile tarafsızlık ilanlarının yapılan Avrupa Konferansları sonucunda kararlaştırılan toplu andlaşmalar yoluyla sonuçlandırıldığı veya en azından onaylandığı görülmektedir. Ancak burada bilhassa büyük Avrupa devletlerinin öncülük ettiği ve onayladıkları bilinmektedir.²⁶

Özellikle sınır uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda başvurulacak yargı kararları yolu ile toprak kazanımı için ilgili devletlerin mahkemenin yetkisini kabul etmiş olmaları gerekmektedir.²⁷ Yargı kararları yolundan uluslararası bir mahkeme veya tahkim kurulu kararı anlaşılmaktadır. Normalde yargı kararları toprak anlaşmazlıklarında mevcut hukuki statüyü belirlemekle yetinmektedir. Kararlar, toprak mülkiyetine dair iddiaları onaylamak veya reddetmek üzerine

²⁰ Aksar (n 2) 287.

²¹ Eiki Berg and Shpend Kursani, 'Back to the Future: Attempts to Buy, Swap, and Annex Territories in Contemporary Sovereignty Practices' (2023) 3 (2) Global Studies Quarterly 1, 3.

²² Aksar (n 2) 288.

²³ Hobe (n 4) 88; Stein, von Butlar und Kotzur (n 19) 207, kn. 557.

²⁴ Hobe (n 4) 88.

²⁵ Acer ve Kaya (n 4) 157.

²⁶ Carls Schmitt, *Der Nomos der Erde*, (2. Auflage, Duncker und Humblot 1974) 163.

²⁷ Acer ve Kaya (n 4) 157.

olur. İstisnai olarak iki devlet bir uluslararası mahkemeden veya tahkim kurundan ihtilafli bölgenin adil dağılımının belirlenmesini isteyebilir.²⁸

Fetih ve ilhak yöntemleri de ülke kazanımı yöntemleri olarak geçmiş dönemlerde var olmuştur. Savaş neticesinde bir toprak kazanımı olduğu takdirde fetihten söz edilmektedir.²⁹ Dolayısıyla başka bir devlete ait olan topraklar edilmektedir.

İlhak kavramı ise devir yolu ile ülke ediniminden açıkça ayırt edilmelidir. İlhak eylemi devretme eyleminin aksine bir devletin başka bir devletin topraklarını kendi toprakları olarak kabul ettiğini ilan etmesidir.³⁰ İlhak yönteminde savaşa bağlı olup olmadığına bakılmaksızın tek taraflı olarak başkasına ülke toprağını ele geçirmek söz konusudur. Fetih ve ilhak yöntemleri günümüzde hukuki olarak geçerli değildir.³¹

II. İlhak Eylemlerinin Tarihsel Gelişimi

A. İlhak Eylemlerinin Hukuka Uygunluk Dönemi

Tarihsel süreçte ilhak özellikle sömürgecilik ve emperyalizm zamanlarında devletlerin kurulması ve genişletilmesi için kullanılan bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Yabancı bir devlet ülkesinin zorla ele geçirilmesi anlamına gelen ilhakin³² tarihsel süreçte genellikle bir savaşın sonucu olarak ya da silah zoru ile gerçekleştiği görülmektedir. Karşı tarafa kendi iradesini zorla kabul ettirme gayesi güden savaş ile ilhak kavramlarının birbirleriyle ilişkili olduğu literatürde sıklıkla vurgulanmaktadır.³³

²⁸ Hobe (n 4) 89.

²⁹ Acer ve Kaya (n 4) 156.

³⁰ Klaus Weber, *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, Klaus Weber (ed) (12. Edition, Verlag C.H. Beck 2025) <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Crekom-SW-Annexion>> Erişim Tarihi 05 Mart 2026.

³¹ Acer ve Kaya (n 4) 156.

³² Rainer Hofmann 'Annexation' (2020) Max Planck Encyclopedias of International Law 1, 1 <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1376?print=pdf>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2025; Benedikt Behlert, 'Die Unabhängigkeit der Krim: Annexion oder Sezession?' (2015) 5 (2) Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Working Paper 1, 3 <http://www.ifhv.de/documents/workingpapers/wp5_2.pdf> Erişim Tarihi 20 Ekim 2025.

³³ Walter Schätzel, 'Die Annexion im Völkerrecht' (1949) 2 (1) Archiv des Völkerrechts 1, 1.

Klasik uluslararası hukuka göre devlet egemenliği savaş açma hakkını (*ius ad bellum*) ve yenilen devletin topraklarını ilhak ederek kendi ülke sınırlarına katma hakkını da içermektedir.³⁴ Sınırsız bir şekilde kabul gören ilhak hakkı, savaş açma hakkının sınırsız olmasıyla mantıksal olarak örtüşmektedir.

Klasik uluslararası hukukta savaş zamanı eğer düşman tamamen yenilgiye uğratılmadıysa veya müttefikler hala savaşmaya devam ediyorlarsa ilhak için şartlar henüz sağlanmamış sayılmaktaydı.³⁵ İlhak edilen devletin ilhak eden devlet tarafından askeri olarak boyun eğdirilmesi veya ilhakin hoş görülmesine yönelik baskı yapılması durumlarında ilhakin yasal olarak bir temele dayandığı kabul edilmiştir.³⁶ İlhak durumunun ortaya çıkması çoğu zaman savaşın asıl sebebiydi. Dolayısıyla ilhak özgürlüğü haklı savaş kuramıyla (*jus ad bellum*) ayrılmaz bir şekilde bağlantılıydı.³⁷

Klasik uluslararası hukuk ilhakin varlığı için iki şart öngörmekteydi: İlhak edilen bölgenin fiilen boyunduruk altına alınması ve ilhak eden gücün o bölgeyi bünyesine katmaktaki hukuki niyeti. Bu niyet uluslararası topluma ilan edilmesi gerekli olup hukuki geçerliliğe sahip olması için üçüncü devletler tarafından tanınmak zorunda değildi.³⁸

İlhak eylemi ilhak edilen bölgenin tam ve nihai mülkiyetinin orada hüküm süren devlet iradesine aykırı olarak ve egemen gücünü ortadan kaldırarak, fiilen ve kasıtlı olarak ele geçirmesi ile mümkün olabilmektedir.³⁹ İlhak eylemleri örtük olabileceği gibi, açık bir beyanla veya bir andlaşma vasıtasıyla olabilir. Zorlama unsuru içeren bu andlaşmalar genellikle barış andlaşmaları veya savaş dışı yapılmış olan andlaşmalardır.⁴⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 52'ye göre BM Şartı'nda yer alan uluslararası hukuk ilkelerine aykırı olarak güç kullanımı veya güç tehdidi ile bir andlaşma elde edilmişse geçersizdir.

³⁴ Marten Breuer, 'Gebietserwerb, staatlicher', in Burkhard Schöbener (ed) *Völkerrecht Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, (C.F.Müller, 2014) 114.

³⁵ Peter Malanczuk, 'Das Golan-Gesetz im Lichte des Annexionsverbots und der occupatio bellica' (1982) 42, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 261, 281; Hobe (n 4) 89.

³⁶ Weber (n 30) <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Crekom-SW-Annexion>> Erişim Tarihi 05 Mart 2026.

³⁷ Hobe (n 4) 89.

³⁸ Hans Wolfgang Baade, 'Die Bundesrepublik Deutschland und die baltischen Staten' (1957) 7 (1) German Yearbook of International Law 34, 38.

³⁹ Epping (n. 8) 93, kn. 29.

⁴⁰ Epping (n. 8) 93, kn. 30.

İlhak kavramı bağlamak anlamına gelen Latince “*annectere*” kelimesinden türemiştir.⁴¹ Kelime olarak “egemenliği altına alma, katma”⁴² anlamlarına gelen ilhak eyleminin unsurları; kuvvet kullanımı veya tehdidi sonucunda belirli bölgeler üzerinde otorite değişikliklerinin ortaya çıkması ve ilhak eyleminde bulunan devletin bu bölgeyi kendi topraklarına katma yani bu bölge ile birleşme niyeti olarak sayılabilir.⁴³ Başka bir devletin ülkesini ilhak ederek kendi ülkesine katma isteği güden tarafın daha önce iktidarda olan devlet otoritesinin ortadan kaldırılması ve kendi egemenliğinin kalıcı olarak kurması gerekmektedir.⁴⁴ İlhak söz konusu toprakların kalıcı olarak ele geçirme niyetinin açık olmasını gerektirmektedir.⁴⁵ Bu ilhak eylemi başka bir devletin topraklarının bir kısmı olabileceği gibi tamamında da söz konusu olabilir.

İlhak niyeti yoksa başka bir devletin topraklarında bulunma sadece 1949 IV. Cenevre Sözleşmesi anlamında işgal rejimi olarak kabul edilecektir. Örneğin II. Dünya Savaşı müttefikleri adına yayımlanan Berlin Deklarasyonu (1945) giriş bölümünde Almanya’nın ilhakının amaçlanmadığı açıkça belirtilmiştir.⁴⁶

Uluslararası Adalet Divanı İsrail’in İşgal Altındaki Filistin Toprakları Üzerindeki Kontrolünün Hukuki Sonuçlarına İlişkin Danışma Görüşünde, ilhak eyleminin tanımına dair tespitler yapmıştır. Buna göre mahkeme ilhak terimiyle işgalci gücün işgal ettiği toprakları zorla ele geçirmesini, yani işgal edilen toprakların işgalci gücün topraklarına entegre edilmesini anlamaktadır. Dolayısıyla ilhak, işgalci gücün işgal edilen topraklar üzerinde kalıcı kontrol sağlama niyeti olduğunu varsaymaktadır.⁴⁷

Savaşmanın ana sebeplerinden biri klasik uluslararası hukukta ilhak etme olduğu için ilhak etme özgürlüğü savaşa özgürlüğü ile bağlantılı bir kavramdır. Ancak belirtmek gerekir ki ilhak eyleminin yasak olup olmadığı eylem anında geçerli olan hukuk kurallarına göre belirlenmektedir. İlhak yasağı geriye yönelik

⁴¹ Behlert (n 32) 3.

⁴² TDK Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/?ara=ilhak>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2025.

⁴³ Oliver Dörr, *Die Inkorporation als Tatbestand der Staatensukzession*, (Duncker und Humblot 1995) 52.

⁴⁴ Stein, von Butlar und Kotzur (n 19) 205, kn. 554.

⁴⁵ Hofmann (n 32) 1.

⁴⁶ Wolff Heintschel von Heinegg, *Casebook Völkerrecht*, (Verlag C.H. Beck 2005) 18, kn. 32.

⁴⁷ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ.

olarak sonuç doğurmamaktadır. Bu sebeple ilhak eyleminin şu anda yasak olmasının geriye yönelik olarak daha önce ilhak yoluyla edinilmiş ülke egemenliklerine olumsuz bir katkısı bulunmamaktadır.⁴⁸

B. İlhak Eylemlerinin Niteliğinin Hukuka Aykırılık Yönünde Evrilmesi

19. yüzyıla gelindiğinde şiddete dayalı toprak edinimleri azalmaya başlamıştır. Bunun başlıca sebebi olarak gelişen ulus bilinci gösterilebilir. Birinci Dünya Savaşı deneyiminden sonra ise saldırgan savaşları önleme eğilimi uluslararası hukukta yükselmeye başlamıştır.⁴⁹ Birinci Dünya Savaşı'nın ardından savaş açma hakkının giderek daha çok kısıtlanması anlayışının yayılmasına paralel olarak ilhak hakkı da eleştiri konusu olmuştur.⁵⁰

Modern uluslararası hukukun gelişmesi ve Milletler Cemiyeti'nin kurulması ile birlikte ilhak eylemi uluslararası hukuka aykırı olarak görülmeye başlanmıştır.⁵¹ Böylece sınırsız devlet egemenliğinin reddi, artık devletlerin ortak çıkarlarına vurgu yapılıyor olması, devletlerarası anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi talebi ve bu sebeple saldırgan savaşların yasaklanması şiddete dayalı olarak toprakların el değiştirmesini temelinden yoksun bırakmıştır.⁵²

Milletler Cemiyeti Tüzüğü m. 10 dahilinde tüm üyelerin diğer üyelerin toprak bütünlüğüne ve mevcut siyasi bağımsızlığına saygı göstermeyi ve korumayı taahhüt etmesi ile Kellogg-Briand Paktı'nda savaş kınayan ve savaşın terk edildiğine dair sözleşme maddelerinden ilhakin yasaklanmasına dair bir gidişatın olduğu anlaşılmaktadır. Ama açıktır ki bu durum uluslararası andlaşmalar açısından bir sonuç doğurmakta olup o dönem için uluslararası teamül hukuku anlamında bir sonuca işaret etmemektedir.⁵³

Kuvvet kullanma yasağının öncesinde Milletler Cemiyeti ve Briand Kellogg Paktı (1928) ile olan gelişim saldırı amaçlı kuvvet kullanımının giderek yasaklanmasının önünü açmıştır. Bütün bu gelişmelere rağmen II. Dünya Savaşı öncesinde ilhak niteliğinde eylemler yaşanmıştır. Örneğin Almanya'nın Avustur-

⁴⁸ Hobe (n 4) 89.

⁴⁹ Ulrich Scheuner, 'Die Annexion im modernen Völkerrecht' (1949) 49 (3) Die Friedens-Warte 81, 82.

⁵⁰ Baade (n 38) 38.

⁵¹ Lexikon <<https://www.juraforum.de/lexikon/annexion>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2025.

⁵² Scheuner (n 49) 85.

⁵³ Baade (n 38) 38 vd.

ya'yı 1938 yılındaki ilhakı silahlı çatışma yaşanmadan sadece kuvvet kullanma tehdidi ile gerçekleşen bir eylemdir.⁵⁴

BM Şartı madde 2 fıkra 4 ile kuvvet kullanımı ve kuvvet kullanma tehdidi kesin olarak yasaklanmıştır. Saldırı amaçlı kuvvet kullanımının yasaklanmasının doğal bir sonucu olarak söz konusu hukuka aykırı kuvvet kullanımı sonucunda toprak ediniminin de hukuka aykırı olması yerinde bir sonuçtur.⁵⁵ 20. yüzyılın bir gelişmesi olan ilhak yasağı toprak bütünlüğüne saygı, kuvvet kullanma ve tehdidine karşı egemenliğin korunması düşünceleri etrafında şekillenmiştir.⁵⁶

BM Şartı madde 2 fıkra 3 uyarınca devletlerin uluslararası boyuttaki uyumsuzluklarını çözmek için barışı ve güvenliği ve adaleti herhangi bir tehlike haline düşürmeden barışçıl çözüm yollarını kullanmaları gerekmektedir. Yine bu noktada BM Genel Kurul'u 24 Ekim 1970 tarihli 2625 (XXV) sayılı Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nde devletlerin uluslararası ilişkilerinde diğer devletlerin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına yönelik veya Bm'nin amaçlarıyla bağdaşmayan bir güç kullanımı ya da güç kullanma tehdidinden kaçınmaları gereği teyit edilmiştir. Buna göre devletlerin kuvvet kullanma veya tehdidi suretiyle elde edilen toprak ediniminin hukuki olarak tanınamayacaktır.⁵⁷

BM Genel Kurul'u 2734 (XXV) sayılı "Uluslararası Güvenliğin Güçlendirilmesine Dair Bildirge" madde 4 ve 5 dahilinde kuvvet kullanma veya tehdidi suretiyle ülke kazanımının hukuki olarak tanınamayacağına dair bir teyit görülmektedir.⁵⁸ Yine BM Genel Kurul'u 3314 (XXIX) sayılı "Saldırının Tanımı" kararı madde 5 fıkra 3'e göre, "saldırıdan kaynaklanan ileri gelen hiçbir ülkesel kazanım ve özel avantaj, hukuki olarak tanınmaz ve tanınmayacaktır."⁵⁹ Saldırısı tanımla-

⁵⁴ Mesut Şöhret, 'Kırım Sorununun Uluslararası Hukukta Devletlerin Kurulma ve Sona Erme Şekilleri Bakımından İncelenmesi' (2017) 14 (53) Karadeniz Araştırmaları 1, 20.

⁵⁵ Epping (n. 8) 94, kn. 31.

⁵⁶ Ronit Levine-Schnur, Tamar Megiddo and Yael Berda, 'A Theory of Annexation' (2025) 45 (2) Oxford Journal of Legal Studies 447, 447.

⁵⁷ The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States (1970) The United Nations General Assembly, A/Res/2625 (XXV).

⁵⁸ Declaration on the Strengthening of International Security (1970) The United Nations General Assembly, A/Res/2734(XXV).

⁵⁹ Definiton of Aggression (1974) The United Nations General Assembly, A/Res/3314(XXIX). Metnin gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz., İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 704.

yan bu kararın 3. maddesinde açıklanan saldırganlık biçimleri arasında açıkça ilhak eylemi de sayılmaktadır. Söz konusu ilhak eylemleri neticesinde toprak kazanımının hukuka aykırı olmasının uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşünde de vurgulanmıştır.⁶⁰

Kuvvet kullanımı veya tehdidin hukuka aykırılığının doğal bir sonucu olarak, bu eylem neticesinde gerçekleşen ilhakin da esasen başka bir değerlendirmeye tabi tutulmaması doğal bir sonuç olarak kabul edilebilir. Bu sonuç bilhassa devletin ülkesi üzerindeki egemenlik hakkının ortadan kalkması durumunda geçerlidir.⁶¹ Uluslararası Hukuk Komisyonu ilhak eylemlerini *jus cogens* yani emredici normlara aykırılık hallerinden biri olarak kabul etmiştir.⁶² Bu sebeplerle denilebilir ki; ilhak yasağı, devletlerin egemenliğini, egemen eşitliklerini ve kendi kaderini tayin hakkını korumak için oluşturulan hukuki mekanizmanın önemli bir parçasıdır.⁶³

III. İlhak Eylemlerinin Özellikleri

A. Tam İlhak ve Kısmi İlhak

İlhak eyleminin bir devletin tüm topraklarının ya da bir kısmının boyunduruk altına alınmasına göre tam ilhak veya kısmi ilhak olarak adlandırılabilir. ⁶⁴ İlhak yolunu kullanarak bir devletin ülkesinin bir kısmının veya tamamını alınmasında karşı tarafın direnme göstermesinin önemi bulunmamaktadır. Bu ülke edinme şeklinde karşı tarafın rızası bulunmamaktadır, yani tek tarafın irade göstermesi neticesinde yapılmış bir eylemdir.⁶⁵

B. *De facto* İlhak, *de jure* İlhak ve Yasadışı İşgal

İlhak yasağının *jus cogens* norm olarak ciddiyeti ile bir eylemin ilhak koşullarına uyup uymadığını değerlendirmek arasındaki çelişkinin sonucunda *de facto* ilhak ve yasadışı işgal olarak iki kavram ortaya çıkmıştır.⁶⁶

⁶⁰ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (2004) ICJ.

⁶¹ Dörr (n 43) 55.

⁶² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries: Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Fifty-Third Session, II, Part Two (2001) Yearbook of the International Law Commission, 98.

⁶³ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 453.

⁶⁴ Scheuner (n 49) 81; Epping, (n 8) 93, kn. 29.

⁶⁵ Acer ve Kaya (n 4) 156.

⁶⁶ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 458.

Uluslararası Adalet Divanı işgalci gücün işgal altındaki topraklar üzerindeki egemenliğini resmen ilan etmesinden oluşan *de jure* (hukuki) ilhak ile resmi bir ilan olmadan fiili bir durum oluşturan ve işgalci gücün işgal ettiği topraklar üzerinde kalıcı kontrol sağlayan eylemlerini pekiştiren *de facto* (fiili) ilhak olarak ikili bir ayrıma gidildiğini belirtmiştir.⁶⁷ Buna göre hukuki ilhak, işgalci güç olan tarafın işgal altında bulunan topraklar üzerindeki egemenliğini resmen ilan etmesi iken; fiili ilhak, resmi bir beyan olmadan, olayı oldu bitti (*fait accompli*) aşamasına getiren ve işgalci gücün işgal edilen topraklardaki kalıcı rolünü pekiştiren eylemleri içermektedir. Her iki ilhak türü de işgal altındaki topraklarda kalıcı kontrol sağlama amacı taşımaktadır.⁶⁸

De facto ve *de jure* ilhak teriminin ayrımı İnsan Hakları Konseyi tarafından BM Genel Kurulu'na verilen bir raporda da görülmektedir. Buna göre *de jure* ilhak, bir devletin egemenliğinin iç hukukunda, uluslararası hukukta değil, tanınan bölgeye resmi olarak genişletilmesidir. *De facto* ilhak ise, iki tanım arasındaki eşğin hangi noktada aşıldığının her zaman açık olmadığı kademeli veya artımlı bir süreci belirtmektedir.⁶⁹

Bu ayrım çeşitli sebeple eleştirilmelidir. Öncelikle *de jure* ilhak eşğini aşmamış ve *de facto* düzeyde kalmış ilhak kavramının sanki henüz norm ihlali yaşanmamış olduğu anlamına gelecek bir hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Diğer yandan bu ayrım resmen bir ilhak ilanı yapmaktan caydırma potansiyeline götürdüğünden ilhak eylemlerinin çoğu *de facto* ilhak düzeyinde kalmayı amaçlamaktadır. Oysa bu eylemler *de facto-de jure* kategorileri ile değil direk ilhak kategorisinde değerlendirilmelidir. Son olarak *de facto* ilhak terimi kullanılması karşılığında *de jure* ilhak teriminin kullanılması ilhak yasağının gerçekliğine rağmen bazı ilhak durumlarının hukuki ve geçerli olabileceğine dair yanlış bir algı doğurabilecektir.⁷⁰

İlhak ilanı verilmemiş ama ilhak şüphesi altındaki bölgeler için bir de yasadışı işgal terimi türetildiği görülmektedir. İşgal hukuku geleneksel anlayışında yasadışı ya da yasaya uygun işgal terimleri üretmek yerine işgalin yürütülmesinde hak ve yükümlülükler düzenlediği görülmektedir ve geçicilik varsayımına

⁶⁷ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ.

⁶⁸ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ.

⁶⁹ Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel (2022) UN General Assembly.

⁷⁰ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 458 vd.

dayanmaktadır.⁷¹ 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi madde 47’de işgal halindeki toprakların tamamen veya kısmen ilhak edilmiş olması durumunda bu topraklarda yaşayan nüfusun korunması gerektiğini içermektedir. Yine Cenevre Sözleşmeleri 1977 Ek Protokol I madde 4’e göre, bir ülke parçasının işgal edilmesi Cenevre Sözleşmeleri ve protokollerinin uygulanması işgal edilen ülke parçasının hukuki statüsünü etkilemeyecektir. İlhak işgal durumunu sona erdirmemektedir. İlhak geçersiz olduğundan işgal hukukunun uygulanması etkilenmemektedir.⁷²

C. İlhak Eden Güç Topraklarına Entegrasyon

İlhak edilen toprakların ilhak eden devlet topraklarına katılması sırasında bürokratik yönetim ve örgütlenme şekli ilhak edilen toprakların ilhak eden güç topraklarına entegrasyonunun gerçekleştirilmesine hizmet eder. Bu şekilde ilhak eden devletin söz konusu topraklar üzerinde uygulamaya koyduğu kontrol biçimleri belirlenir ve bazen de ilan edilmemiş ilhakın ortaya konulmasının tek yolu bu olabilmektedir.⁷³ Devletin bölgeyi yönettiği normatif örgütsel çerçeve bağlamında işgal hukukundan kendi iç hukukuna bir geçiş yapması, yönetimin askeri komutanın elinden alınarak işgalci devlet sivil yönetimlerine devredilmesi gibi örgütsel yapı göstergeleri ve son olarak örgütsel yapılanmada kullanılan üniforma, unvan gibi işgalci devletin sembolik güç gösteren anlamları ilhakın gerçekleştiği sonucuna götürebilecektir.⁷⁴ Bu konuda Kırım’ın Rusya Federasyonu tarafından ilhak edilmesi örnek verilebilir. Rusya Federasyonu ilhakın ardından ekonomi, finans, hukuk, siyaset ve kamu yönetimi alanlarında Kırım’ın tam entegrasyonu politikasını izlemiştir.⁷⁵

D. İlhak Eylemlerinde Kontrol Güç ve Kalıcılık

İlhak bir bölgenin askeri anlamda tamamen ele geçirilmesi yolu ile olabileceği gibi zorlayıcı bir andlaşma yolu ile de yapılabilir.⁷⁶ Askeri olarak ilhak için

⁷¹ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 459.

⁷² Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 460.

⁷³ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 470.

⁷⁴ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 474 vd.

⁷⁵ Yulia Tyshchenko, ‘Die russische “Integrationsstrategie” für die Krim’ (Lina Pleines çev, 2017) Bundeszentrale für politische Bildung <<https://www.bpb.de/themen/europa/ukraine-analysen/249040/analyse-die-russische-integrationsstrategie-fuer-die-krim/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2026.

⁷⁶ Epping, (n 8) 93, kn. 28 ff.

toprakların nihai olarak ve tek taraflı bir beyanla ele geçirilmesi, söz konusu topraklarda daha önce hüküm sürmüş devletin kesin olarak yenilmiş olması yani düşmanca eylemlerin artık sürdürülemeyecek olmasına bağlıdır. Zira düşmanlıklar sadece barış andlaşmaları ile değil düşmanca eylemlerin nihai olarak sona ermesi ile de nihayete erebilmektedir. İlhak için ilhak iradesinin yani söz konusu toprakları ilhak ederek artık kendi kontrolüne alma niyetinin ortaya konulmuş olması gerekmektedir.⁷⁷

Şu an dünya üzerinde herhangi bir devlete ait olmayan bir bölgenin neredeyse var olmadığı göz önüne alındığında ilhak edilen toprakların “başka bir devletin” üzerinde hakkı olduğu topraklar olduğu açıktır. Fiilen ilhak eyleminden önce başka bir devletin kontrolünde olmasa bile başka bir devletin o topraklarda hak sahibi olması eylemin ilhak olarak kabulü için yeterli bir unsurdur.⁷⁸ Eğer bölgede yabancı devlet gücünün önemli bir kısmı bulunuyorsa ve eski devlet gücünün yeniden hakimiyeti ele geçirme olasılığı varsa bu durumda etkili bir ele geçirmeden söz edilemeyecektir. Bu sebeple askeri çatışmalar anlamında asıl toprak sahibi devlet ile ilhak eden devlet arasında düşmanlıklar devam ettiği sürece fiilen ele geçirme ve dolayısıyla ilhak eyleminin varlığı kabul edilmemelidir.⁷⁹

Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı İsrail’in duvar inşasının ilhak anlamına gelmediği ve ilhak gibi kalıcı nitelikte değil geçici nitelikte olduğu yönündeki beyanını aldığını belirtmekle beraber duvarın oluşturacağı sonuçlar hakkındaki endişelerini belirterek duvar inşasının ve ilgili rejimin kalıcı hale gelebileceği gerekçesiyle fiili bir ilhak durumu mevcut olduğunu belirtmiştir.⁸⁰ İsrail’in eylemlerinin ilhak anlamına geldiğini savunan bir çok katılımcı davada Batı Şeria’da devam eden duvar inşaatına, yerleşim yerlerinin kurulmasına ve altyapı inşasına ve İsrail’in yıllardır yaptığı işgalin geçici olmadığını ortaya koyan açıklamalara işaret etmiştir.⁸¹ Mahkeme İsrail politika ve uygulamalarının işgal altındaki Filistin topraklarının büyük bir bölümünün ilhakı anlamına geldiğine

⁷⁷ Hofmann (n 32) 2.

⁷⁸ Levine-Schnur, Megiddo and Berda (n 56) 455.

⁷⁹ Epping, (n 8) 93, kn. 29.

⁸⁰ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (2004) ICJ.

⁸¹ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ.

karar vermiştir.⁸² Aynı şekilde işgalci bir gücün işgal altındaki toprakları ilhak etmesini hukuka aykırı bulmuştur.⁸³

E. Tanıma Yasağı

İlhak eylemi sonucunda ülke ediniminin hukuki geçersizliğine aynı zamanda üçüncü devletler tarafından tanınma yasağı da eşlik etmektedir. Buna göre kuvvet kullanmak suretiyle ülke edinimi tanınmayacaktır.⁸⁴ BM Şartı'nda açıkça ilhak yasağı formüle edilmiş olmasa da ilhakın yasaklanmasına yönelik eğilim Stimson Doktrini'nden bu yana birçok belgede yerini almıştır.⁸⁵ İlk olarak 1932'de ABD Dışişleri Stimson tarafından siyasi bir bildiri olarak yayınlanan şiddet sonucu kazanılan toprakların tanınmamasına dair bu doktrin daha sonra uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline gelmiştir.⁸⁶ Öyle ki 2001 tarihli uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı devletlerin sorumluluğuna ilişkin yayınlanan taslak maddeler⁸⁷ içerisinde madde 41 fıkra 2'de yer almıştır. Bu maddeye göre devletler madde 40 anlamında ciddi bir ihlalin söz konusu olması durumunda bu durumu hukuka uygun olarak kabul edemez ve bu ihlalin devam etmesi için destekte ve yardımda bulunamaz. Madde 40'ta bahsedilen ihlal durumu ise uluslararası hukukun emredici kuralların ihlal edilmesini ve bu ihlallerin önemli ölçüde veya sistematik olarak sürdürülmesi suretiyle ciddi bir boyuta gelmesi demektir.⁸⁸ 1940'taki duruma bakıldığında zaman devletlerin imzaladıkları andlaşmalarda geçen ilhak eylemi yasakları dolayısıyla yani uluslararası andlaşmalar hukuku dolayısıyla imzaladıkları andlaşmalar ile zorla yapılan ilhak eylemleri ile edinilen toprak egemenliklerini tanımama yönünde iradelerini beyan ettikleri görülmektedir.⁸⁹

⁸² Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ.

⁸³ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ.

⁸⁴ Karl Doehring, *Völkerrecht*, (2. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag 2004) 51, kn. 112.

⁸⁵ Malanczuk (n 35) 284.

⁸⁶ Breuer (n 34) 114.

⁸⁷ Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) UN General Assembly A/56/10.

⁸⁸ Söz konusu maddelerin gayri resmi Türkçe çevirileri için bkz. Kaya (n 58) 406.

⁸⁹ Örneğin Saavedra Lamas Treaty (1933) madde 2 <https://en.wikipedia.org/wiki/Saavedra_Lamas_Treaty> Erişim Tarihi 13 Şubat 2026; Baade (n 38) 40.

Tanıma devletlerin tek taraflı işlemleri arasında yer almaktadır. Devletlerin tek taraflı işlemleri devlete atfedilebilir nitelikte, tek taraflı yapılmış, hukuken bağlanma niyeti güdülerek yapılan, uluslararası hukuka uygun bir eylem niteliği taşımaktadır. Şiddet içerikli toprak edinme durumları fiilen uygulansalar bile hukuken asla tanınmama durumunun hukuk güvenilirliğini zedeleyeceği, bu sebeple modern uluslararası hukukun katı politikalar yerine toprak edinmelerin hukuken geçerli olabilme olasılıklarını içermesi gereği yönünde görüşler de mevcuttur.⁹⁰

IV. Örneklerle İlhak Eylemleri

A. Kuveyt

İkinci Körfez Savaşı ilhak eylemlerinin günümüzdeki durumuna ışık tutmuştur. Irak'ın Kuveyt'i ilhak etmesi olayı teorikte ifade edilen kuralların pratikte nasıl yer bulacağını bir örneği olmuştur. Zira kuvvet kullanma yasağının açık bir ihlali⁹¹ olan bu olay BM'nin kuruluşundan bu yana yaşanan ilk ilhak olayıdır.⁹²

1990 Irak'ın Kuveyt'i işgali 1945 sonrası dönem için en önemli örneklerden biridir. Uluslararası hukuk kurallarına aykırı davranış sergileyen devletler bu davranışlarını çeşitli şekillerde gerekçelendirmektedir. Irak, Kuveyt'i işgal ve ilhaki için ise gerekçe olarak tarihsel anlamda sahip olduğu haklarını göstermiştir. Ama buna rağmen BM Güvenlik Konseyi bu iddiaları kabul etmemiş ve Kuveyt'in ilhakinin yasal bir geçerliliği olmadığını belirtmiştir.⁹³ BM Güvenlik Konseyi 686 (1991) sayılı kararında üye devletlerin Irak ve Kuveyt'in bağımsızlığına, egemenliğine ve toprak bütünlüğüne bağlı olacağını teyit etmektedir. Bunun yanında söz konusu karar ile birlikte Irak'ın Kuveyt'i ihlal etme sonucuna neden olabilecek eylemlerini sonlandırmasını talep etmiştir.⁹⁴

B. Namibya

1920'den beri Güney Afrika'nın manda yönetimi altında bulunan Namibya hakkında 1946'da BM Genel Kurulu manda yetkisinin sona erdiğini ilan etmiştir. Ancak Güney Afrika bu yetkiden vazgeçmeyi reddetmiş ve toprakların bir kıs-

⁹⁰ Malanczuk (n 35) 285.

⁹¹ Christopher Greenwood, 'Iraq's Invasion of Kuwait: Some Legal Issues' (1991) 47 (3) The World Today 39, 39.

⁹² Behlert (n 32) 4.

⁹³ The United Nations Security Council (1990) S/Res/662.

⁹⁴ Hofmann (n 32) 23 vd.; The United Nations Security Council (1991) S/Res/686.

minı ilhak ettiğini duyurmuştur. Bunun üzerine Genel Kurul Uluslararası Adalet Divanı'ndan danışma görüşü talep etmiştir.⁹⁵

Divan ilhakın ve Güney Afrika'nın Namibya topraklarındaki varlığının uluslararası hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. Devletlerin Güney Afrika yönetimini tanımamaları ve herhangi bir ilişki kurmamaları gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶

C. Güney Osetya

2008 Rusya-Gürcistan Savaşı sırasında Gürcistan'dan ayrılan Güney Osetya bölgesine bakıldığında bu ayrılmanın resmi bir ilhak olduğu kabul edilmemektedir. Bölge şu anda *de facto* bir rejim olarak kabul edilmekte olup Gürcistan, kontrolü ve egemenliği dışında kalmış olan bu bölgeyi topraklarının ayrılmaz bir parçası olarak görmeye devam etmektedir. Rusya ikili bir anlaşma yoluyla Güney Osetya'nın sınırlarını koruma sorumluluğu üstlenmiştir ve bu nedenle Gürcistan'ın toprak bütünlüğünü ihlal etmiş olsa da ilhak etmediğinden ilhak koşulları sağlanmamıştır. Bu durum ancak kademeli olarak ilerleyen bir ilhak olarak kabul edilebilir.⁹⁷

D. Kırım

Günümüze en yakın örneklerden biri Rusya'nın Kırım'ı ilhak etmesidir. 2013 yılı sonlarında Ukrayna'da başlayan şiddet olayları ve hükümetin devrilmesi gibi birçok olayın yaşandığı sürecin ardından Rusya'nın 2014 yılı içerisinde Ukrayna devletinin rızası olmaksızın Kırım Özerk Cumhuriyeti'ni kendi egemenliği altına alması birçok devlet tarafından ilhak olarak nitelendirilerek uluslararası hukuka aykırı kabul edilmiştir.⁹⁸ BM Genel Kurulu da 27 Mart 2014 tarihli Ukrayna'nın toprak bütünlüğü hakkındaki kararıyla Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol şehrinde 16 Mart 2014 tarihinde yapılan referandumun geçerliliğinin bulunmadığını ve bu referandum sonucunun bu iki bölgenin hukuki statüle-

⁹⁵ Andreas von Arnault, *Völkerrecht* (2. Auflage, C.F.Müller 2014) 29, kn 76.

⁹⁶ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) ICJ; Baransel Mızrak, 'Afrika'daki Devletleşme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar: Sömürge Öncesi ve Sonrası Döneme Dair Bir Değerlendirme' (2022) 1 (1) Bölge Çalışmaları Dergisi 50, 59.

⁹⁷ Epping, (n 8) 95, kn. 31.

⁹⁸ Acer ve Kaya (n 4) 158; Murat Ercan, 'Uluslararası Hukuk Normları Bağlamında Kırım Meselesi: Self Determinasyon mu? İlhak mı?' (2015) (36) The Journal of Academic Social Science Studies 95, 110 vd.

rinde bir değişikliğe neden olmayacağını vurgulamıştır. Ayrıca tüm devletleri, uluslararası kuruluşları ve uzman kuruluşları bu referanduma dayanarak bu iki bölgenin hukuki statülerinde değişiklik olduğuna dair bir tanımamaya ve tanıma şeklinde yorumlanabilecek eylemlerden kaçınmaya davet etmiştir.⁹⁹ 42 ülke bu dönemde bir karar tasarısını güvenlik konseyine sunmuştur. Bu tasarıda referandumun hiçbir geçerliliğinin olmayacağı, Kırım'ın statüsünde herhangi bir değişiklik olmayacağı vurgulanmış ve ayrıca tüm devletleri, uluslararası kuruluşları ve uzman kuruluşları bu referanduma dayanarak bu iki bölgenin hukuki statülerinde değişiklik olduğuna dair bir tanımamaya ve tanıma şeklinde yorumlanabilecek eylemlerden kaçınmaya davet etmiştir. Bu girişim ise Rusya'nın vetosu ile başarısızlık ile sonuçlanmıştır.¹⁰⁰ Benzer şekilde Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu'nun 21-22 Mart 2014 tarihli görüşünde de Ukrayna Anayasası'nın diğer Avrupa Konseyi üye devletlerinin anayasalarında olduğu gibi ülkenin bölünmez bütünlüğünü güvence altına aldığını ve bu şekilde bir Ukrayna'dan ayrılma yönünde referandum yapılmasına izin vermediğini belirtmiştir. Ukrayna Anayasası'na göre sadece özerklik haklarının arttırılmasına yönelik bir referandum mümkündür. Kaldı ki yine Venedik Komisyonu'nun görüşüne göre Avrupa demokratik standartları göz önüne alındığında gerekli müzakerelerin yapıldığı, uygun bir referandum yapılmamıştır.¹⁰¹ 19 Aralık 2016'da BM Genel Kurulu Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol şehirlerinin yasadışı işgallerini kınamıştır.¹⁰² Birçok devletin yanı sıra özellikle Avrupa Birliği Rusya'ya ekonomik yaptırımlar uygulamıştır.¹⁰³

Kırım meselesindeki husus askeri bir işgalden öteye Ukrayna ve Kırım halkının hakları meselesine kaymıştır. Rusya gerekçe olarak bu olayın bir ilhak değil, halkların kendi kaderini tayin hakkını göstermiştir. Bu gerekçesini tarihsel argümanlarla da desteklemek isteyen Rusya Kırım'ın Ukrayna'ya bağlanmadan önce Rusya'nın bir parçası olduğunu söylemektedir.¹⁰⁴ Uluslararası toplum nezdinde ve hukukçuların çoğu ise hukuki açıdan askeri işgal konusuna öncelik

⁹⁹ Territorial integrity of Ukraine (2014) The United Nations General Assembly, A/Res/68/262.

¹⁰⁰ Bkz. The United Nations Security Council (2014) S/2014/189.

¹⁰¹ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) (2014) CDL-AD (2014)002

¹⁰² The United Nations General Assembly (2017) A/RES/71/205.

¹⁰³ Ayrımlar için bkz., Nicholas Ross Smith (2016) EU-Russian Relations and the Ukraine Crisis, (Edwar Elgar Publishing).

¹⁰⁴ Hofmann (n 32) 39.

vermiştir. Söz konusu durumun bir ilhak eylemi olması sebebiyle Ukrayna'nın egemenliği ve toprak bütünlüğü ihlaline ve BM Şartı'na aykırı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁵

E. İsrail'in ilhak Eylemleri

Yukarıda yeri geldikçe değinilen İsrail'in ilhak örneklerine daha eski tarihli bir örnek üzerinden bakılabilir. 5 Haziran 1967 tarihinde İsrail Mısır'a meşru müdafaa iddiasıyla saldırı düzenlemiştir. Altı gün içinde Sina Yarımadası, Barı Şeria, Doğu Kudüs ve Golan Tepeleri İsrail tarafından işgal edilmiştir. İlhak açısından bu tarihlerde verilen BM Güvenlik Konseyi kararları önemlidir. Güvenlik Konseyi'nin 1971 tarih ve 298 sayılı kararında İsrail'in Kudüs şehrinin statüsünü değiştirmek için aldığı tüm yasama ve idari eylemlerin arazi ve mülklerin kamulaştırılması, nüfusun transferi ve işgal altındaki bölgenin ilhakını amaçlayan mevzuat da dahil olmak üzere tamamen geçersiz olduğunu ve bu statüyü değiştiremeyeceğini mümkün olan en açık şekilde teyit etmiştir. Buna göre İsrail'i daha önce aldığı tüm önlemleri ve eylemleri geri çekmeye ve Kudüs'ün işgal altındaki bölümünde şehrin statüsünü değiştirmeyi amaçlayan veya sakinlerinin haklarını ve uluslararası toplumun çıkarlarını ya da adil ve kalıcı bir barışı zedeleyecek başka adımlar atmamaya acilen çağırıştır.¹⁰⁶ BM Güvenlik Konseyi bu kararı ve daha önce verdiği 1967 tarihli 242 sayılı kararlarıyla Filistin topraklarının ilhakının mümkün olamayacağına karar vermiştir.¹⁰⁷ Kararda yapılan geri çekilme çağrısının tüm topraklara mı ya da bir kısmına mı yönelik olduğu tartışmalı kalmıştır. O dönemde Arap devletlerinin karara "tüm topraklar" ifadesini ekleme önerileri başarılı olmamıştır.¹⁰⁸

1981'de İsrail "Golan Tepeleri Kanunu" kabul etmiştir. Bu kanunu uluslararası toplum ilhak olarak nitelendirmiştir. BM Güvenlik Konseyi 1981'de Golan Tepeleri'ni ilhak etmesini uluslararası hukuka aykırı kabul etmiş ve İsrail birliklerinin işgal altındaki topraklardan çekilmesini talep etmiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Hofmann (n 32) 40.

¹⁰⁶ The United Nations Security Council (1971) S/RES/298.

¹⁰⁷ Heintschel von Heinegg (n 46) 22, kn. 39.

¹⁰⁸ Heintschel von Heinegg, (n 46) 22, kn. 39.

¹⁰⁹ The United Nations Security Council (1981) S/RES/497; Murat Çınar, 'Coğrafi ve Jeopolitik Açından Golan Tepeleri' (2022) 32 (1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 19, 32.

F. Haydarabad, Tibet, Goa, Daman ve Diu

Bununla birlikte tarihte BM tarafından ya zımnen ya da zayıf protestolarla kabul edilmiş ilhak sonuçları örnekleri yaşanmıştır. 1948’te Hindistan’ın Haydarabad, 1961’de yine Hindistan’ın Goa, Daman ve Diu, 1951 Çin Halk Cumhuriyeti’nin Tibet ilhakları buna örnektir.¹¹⁰ Bunun gibi BM’nin reaksiyon göstermede zayıf kaldığı örnekler ilhak eylemlerinin yasak eylemler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.¹¹¹

Bu durum esasında uluslararası toplumun siyasi yapısından kaynaklanmaktadır.¹¹² Son dönemlerde devlet uygulamaları ilhak eylemlerini kınarken ve Stimson Doktrini uluslararası hukukun bağlayıcı bir kuralı olarak kabul edilirken Haydarabad, Tibet, Goa, Daman ve Diu’nun ilhak edilmesinde uluslararası toplumun açık bir tutum sergilemediği görülmektedir.¹¹³ Bu durumun oluşması ilhak eyleminin zımnen veya açıkça kabul edilmesi sebebiyle ilhak edilen topraklar üzerindeki mülkiyet hakkındaki problemleri ortadan kaldırıp kaldırmadığı sorusunu gündeme getirebilir. Tanıma halinin mülkiyet hakkının açıklanması için yeterli olup olmadığı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur.¹¹⁴

Uluslararası hukukta son zamanlarda zilyetlik yoluyla mülkiyet edinme iddialarının azlığı ise Filistin toprakları vb. olaylarda olduğu gibi uluslararası toplumun gösterdiği sürekli protestolardan kaynaklanmaktadır.¹¹⁵

V. İlhak Eylemi Sonuçları

İç hukukta hukuka aykırı bir eylem gerçekleşmesi neticesinde bir hak doğurmaması yerleşmiş bir ilke olsa da uluslararası hukuk nezdinde hukuka aykırı eylem sonucunda gerçekleşen durumların zaruret hali ile kabul edilmek durumunda kalındığı görülmüştür. Gerçekten verilmesi gereken tepkilerin verilmediği, saldırı eylemleri sonuçlarının kabul edildiği örnekler yaşanmıştır.¹¹⁶

¹¹⁰ Epping, (n 8) 96, kn. 33.

¹¹¹ von Arnould (n 95) 29, kn. 76.

¹¹² Behlert (n 32) 5.

¹¹³ Hofmann (n 32) 26.

¹¹⁴ Hofmann (n 32) 26.

¹¹⁵ Heintschel von Heinegg (n 46) 19, kn. 34.

¹¹⁶ Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çevirenler: Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, ve G. Engin Şimşek (8. Baskı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları 2018) 356.

İlhak eylemi geçerli bir toprak kazanım gerekçesi olarak kabul edilememektedir. Zira başka bir devletin zararına şiddet kullanarak haksız yere toprak kazanımını ifade etmekte ve kuvvet kullanma yasağını açıkça ihlal etmektedir.¹¹⁷ Temel sorunlardan biri uluslararası hukuk sisteminin ilhak eylemini sadece yasaklaması ile sorunun çözölemeyeceğı, yaptırım konusunda geçerli çözümler gündeme getirmesi gerektiğidir.¹¹⁸

BM'nin görevi uluslararası barış ve güvenliğı korumaktır. Bu sebeple ilhak eyleminin gerçekleştirilmesi durumunda BM Güvenlik Konseyi uluslararası hukuka aykırı olan bu eylemi sonlandırmak ve barışın yeniden tesis etmek için yetkisi dahilinde önlemler alabilecektir.

İlhak eyleminin gerçekleştirilmesinden kaynaklı olarak bu eylemi gerçekleştiren devlet, muhatap devlet ve uluslararası toplum açısından birtakım hukuki sonuçlar doğmaktadır. Öncelikle ilhak eylemi uluslararası hukuka aykırı olduğundan dolayı herhangi bir hukuki etki oluşturmayacaktır ve ilhak ettiğı topraklar üzerinde egemenlik yetkisi kazanılmayacaktır. İlhak eden devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden dolayı hakkında uluslararası hukuk sorumluluğı doğacaktır. Uluslararası toplumun bu ilhakı tanımaması ve destek vermemesi gerekmektedir.

Belirtilen nedenler ışığında, ilhak eyleminin yasaklanması ve sonuçlarının diğer devletler tarafından tanınmama yükümlölüğünün *jus cogens* nitelikte kabul edilen uluslararası teamöl hukuku kuralları niteliğinde sayılabileceğini düşünmek yanlış olmayacaktır.¹¹⁹

Yukarıda anlatıldığı gibi günümüz uluslararası hukuk kurallarına göre ilhak eylemleri hukuka aykırı olduğundan ve söz konusu ilhak edilen topraklar üzerinde herhangi bir hak da vermediğinden dolayı ilhak eden devletin ilhak edilen topraklar üzerindeki nüfus üzerinde herhangi bir egemenlik yetkisi kullanımı, farklı bir hukuki temele dayanmadığı sürece, hukuken geçersiz ve hükümsüz olacaktır.¹²⁰

Her ne kadar yukarıda açıkça anlatıldığı gibi ilhak günümüz uluslararası hukuka göre yasak bir eylem olarak nitelendirilse de halen yaşanan örnekler ilhak

¹¹⁷ Epping, (n 8) 93, kn. 28.

¹¹⁸ Malanczuk (n 35) 286.

¹¹⁹ Hofmann (n 32) 43.

¹²⁰ Hofmann (n 32) 28.

eyleminin üzerine tekrar düşünülmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bu konudaki çıkmazın sebebi esasında uluslararası hukukun etkinliği meselesi ile ilgilidir. İlhak eyleminin üzerinden kesintisiz uzun zaman geçmesi sebebiyle nihayetinde hukuka aykırı olan bir toprak ediniminin tarihsel olarak yerini sağlamlaştırdığı ileri sürülmektedir. Bir yandan ilhak eyleminin hukuka aykırı olduğunu kabul ederken diğer yandan ortaya çıkan bu durumların zaman içinde uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir toprak edinimine eşdeğer kabul edilmesi hem çelişkili bir durum ortaya çıkaracak hem de uluslararası hukukta kuvvet kullanımının yasaklanmasına gölge düşürecektir.¹²¹ Uzun süre etkin kontrol ile hukuka aykırı olarak belli bir toprağı elinde bulunduran bir devlet bu bölgeyi tarihsel olarak geçen süreç zarfında elde edemeyecektir. Bu durumda uluslararası hukukun etkinliği ilkesi (*The principle of effectiveness, Effektivitätsprinzip*) meşruluk ilkesine (*the principle of legality, Legalitätsprinzip*) üstün gelemeyecektir.¹²² Bu sebeple örneğin Irak'ın Kuveyt'i işgali Irak için uluslararası alanda tanınan bir miras hakkına sebep olmamıştır. *Ex injuria jus non oritur* yani haksızlıktan, hukuksuzluktan bir hak doğmaz ilkesine dayanan daha ikna edici bir görüşün savunulması daha makuldür. Bu bağlamda hukuka aykırı olan bir eylemin tarihsel süreçte kabulü mümkün olmamaktadır.¹²³

Etkin kontrol ile uzun süre toprağı elinde bulundurma ve diğer devletlerin tanıma yolu ile bu çelişkili durumların sona ereceğı uluslararası hukuk ile bağdaşmamaktadır. Devletler pratiğinde Sovyet Rusya'nın üç Baltık devleti olan Estonya, Letonya ve Litvanya'yı 1940'ta ilhak etmesi bu ilhakin üç devletin 1991'de bağımsızlıklarını elde edinceye kadar sürmesi örnek gösterilebilir.¹²⁴

Yaygın olan bu görüşün aksine kuvvet kullanma yasağına rağmen etkili bir yaptırım mekanizması yokluğu gerekçesiyle ilhak yasağını sadece ahlaki bir talep olarak değerlendiren görüşler de olmuştur. Bu görüşler uluslararası hukukun hukuki niteliğini reddeden bir sonuç doğuracaktır.¹²⁵ İlhak eylemini tam anlamıyla yasaklamayan benzer görüşlerin kabulü durumunda ilhak eylemi ile ortaya çıkan yeni egemenliğin kabulü diğer devletlerin takdirine bırakılmış olacaktır, bu durumda uluslararası hukuk ile bağdaşmayan bir sonuçla karşılaşılacaktır.

¹²¹ Epping, (n 8) 97, kn. 34.

¹²² Epping, (n 8) 97, kn. 34.

¹²³ Hofmann (n 32) 26; Behlert (n 32) 5; Epping, (n 8) 95, kn. 32.

¹²⁴ Epping, (n 8) 97, kn. 34.

¹²⁵ Dörr (n 43) 56.

Kuvvet kullanımı yasağının istisnai hallerinden biri meşru müdafadır. Meşru bir kuvvet kullanımı sonucunda toprak edinimi oluşması hali de tartışılması gereken bir başka konu olarak ortaya çıkabilmektedir. Başarılı bir meşru müdafaa hali sonrası “karşı ilhak” kavramından söz edilebilir. Meşru müdafaa hakkı yapılan saldırının şiddetiyle orantılı bir yanıt verilmesi, saldırının geri püskürtülmesi ve egemenlik statüsünün yeniden sağlanmasına yöneliktir. Bu anlamda daha fazla bir yaptırım uygulanması meşru müdafaa ile bağdaştırılamayacaktır.¹²⁶ İlk bakışta eğer bu saldırı BM madde 51 bağlamında meşru müdafaa hakkının kullanılması veya BM Şartı’nın VII. Bölümü uyarınca Güvenlik Konseyi’nin askeri yaptırım uygulaması durumunda toprakları ilhak etmek hukuka uygun olacaktır denilebilir. Bu durumun kabulü ilhak eyleminin ancak saldırgan bir devlet tarafından yapıldığında hukuka aykırı olacaktır görüşüne dayanmaktadır. Bu sayede saldırgan bir devlet kendisine yapılan hukuka uygun bir saldırı karşısında toprak kaybetme durumuyla karşı karşıya geleceğini bileceğinden dolayı saldırma eylemlerinden kaçınabilecektir. Ama bu düşüncenin uluslararası hukukun mevcut kurallarına uygun bir durum olmadığı belirtilmelidir. Meşru hakkının izin verilen şekilde kullanılması bile işgal edilen toprakların ele geçirilmesini meşrulaştırmaz.¹²⁷ Madde kapsamına bakıldığı zaman savunma yapan devlete saldırgan devletin topraklarını ilhak edebilme yetkisi verilmemektedir. BM Şartı madde 51 kendini savunma hakkını fiili durumu kendisine saldırı yapılmadan önceki hale geri döndürmek için gerekli olanlarla sınırlandırmaktadır.¹²⁸

Karşı ilhak hakkının tanınması durumu saldırgan tarafı caydırma niyeti ile gerekçelendirilebilir. Salırgan taraf elbette toprak kaybı yaşama tehdidi ile karşı karşıya kalacaktır. Lakin bu durum kuvvet kullanımının yasaklanmış olmasını baltalayacak ve uluslararası hukukun gelişimini engelleyecek bir girişim olacaktır.¹²⁹

İlhak eyleminin gerçekleşmesinden sonra yapılan bir barış antlaşması ile söz konusu toprak edinimi hukuki bir statüye geçer mi? Uluslararası hukukta kuvvet kullanımının yasaklanması ve Stimson doktrininin tanınmasından önce imzalanan antlaşmalar hukuken geçerliliğini korurken ancak güncel uluslararası

¹²⁶ Dörr (n 43) 57.

¹²⁷ Heintschel von Heinegg (n 46) 22, kn. 39.

¹²⁸ Epping, (n 8) 97, kn. 34; Stein, von Buttlar und Kotzur (n 19) s. 206, kn. 556.

¹²⁹ Malanczuk (n 35) 283.

hukuk kurallarına göre ise bu tür antlaşmalar geçersiz olarak kabul edilmesi gerekir.¹³⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 52'ye göre de BM Şartı'na göre kabul edilen uluslararası hukuk ilkelerinin ihlaline neden olacak şekilde kuvvet kullanma veya tehdidi suretiyle yapılan bir andlaşma batıldır. Barış andlaşmalarındaki toprak devirlerinin ancak özgür irade ile gerçekleşmeleri gerekir.

Sonuç

Devletin ülkesi üzerindeki tam ve münhasır egemenlik hakkı neticesinde ve devletin toprak bütünlüğü ilkesi gereği bir devletin ülkesi rızası olmaksızın bölünememekte ve parçalanamamaktadır. Diğer devletler de devletin toprak bütünlüğü ilkesine saygı göstermek zorundadır. Dünya üzerinde neredeyse sahiplenilmemiş toprak parçası kalmadığı göz önüne alındığında, devletlerin toprak kazanımı durumu eskisi kadar yaygın değildir. Toprak kazanımı durumu bugün daha çok devir amaçlı yapılan andlaşma yolu ile gerçekleşmektedir denilebilir.

Birçok toprak kazanımı yolu bugün artık ya mümkün değil ya da geçerli değildir. Günümüzde geçerli olmayan bir toprak kazanımı türü de ilhak yoludur. Kuvvet kullanma yasağının ağır ihlal hallerinden biri ilhak eylemleridir. Buna rağmen çalışma boyunca örneklerle görüldüğü üzere hala ilhak düzeyinde sayılabilecek uluslararası hukuka aykırı eylemler gerçekleşmektedir.

İlhak, kuvvet kullanma veya tehdidi ile bir ülke toprağını kendi topraklarına katma yönündeki açık niyetin gerçekleştirilmesidir. Böylece ilhak eden devlet daha önce o topraklarda var olan devlet otoritesini ortadan kaldırır ve kendi otoritesini kalıcı olarak kurar. İlhak tarihsel süreçte ülke edinilmesi için uygun bir yöntem olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır. Klasik uluslararası hukuk, savaş açma hakkını ve yenen devletin yendiği devletin topraklarını ilhak etme hakkını içermektedir. Çoğu zaman savaşın asıl sebebinin ilhak olması nedeniyle savaş ve ilhak sıkı bağlantılı iki kavramdır.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşları savaşın yıkıcı gücünü artık dayanılmaz boyutlara çıkarmıştır. Bu sebeple Birinci Dünya Savaşı sonrası başlayan savaş önleme eğilimi İkinci Dünya Savaşı ardından kuvvet kullanma ve tehdidinde bulunma yasağı ile sonuçlanmıştır. Kuvvet kullanma yasağının doğal bir sonucu

¹³⁰ Hofmann (n 32) 25.

da kuvvet kullanma suretiyle toprak kazanımı yani devletin toprak bütünlüğü ilkesine aykırı olan ilhak yasağı olmuştur.

1945 sonrası süreçte devletlerin zaman zaman kuvvet kullanarak başka devletlerin topraklarını işgal ettikleri görülmüştür ve görülmeye devam etmektedir. Devletlerin diğer devletlerin toprak bütünlüklerine karşı kuvvet kullanmaları veya toprak bütünlüğüne karşı kuvvet kullanma tehdidini kullanarak uluslararası ilişkilerini sürdürmeleri gelişim gösteren uluslararası hukuk kuralları ile kesin olarak yasaklanmıştır. Kuvvet kullanma yasağı *jus cogens*/emredici kuralları arasındadır.¹³¹

İlhak eylemi uluslararası hukukun genel ilkelerinden olan devletlerin egemen eşitliği (BM Şartı m. 2/1) ve kuvvet kullanma yasağı (BM Şartı m. 2/4) ilkelere aykırı bir durumdur. 1945 sonrası uluslararası hukuk kurallarına göre ilhak yolunu kullanmak suretiyle ülke kazanılması mümkün değildir. Bu durum 1945 öncesi uluslararası hukuk kurallarına göre geçerli olan bir durumdur ve tartışmaya açılmamalıdır.¹³² Bir devletin ülkesinin onun rızası olmaksızın ele geçirilmesinin hukuken geçerli bir kurum olmadığı açıktır.

Uluslararası Adalet Divanı ve BM İnsan Hakları Konseyi gibi uluslararası hukukun temel kurumlarının *de jure* ve *de facto* ilhak gibi ayrımlara gitmesi durumu da eleştirilebilmelidir. Resmi olarak ilan edilmemiş ya da edilmiş ilhak arasında hukuki ve fiili durum ayrımı yapılması ilhak eylemini kademeli ve tehlikeli bir ayrıma götürmekte ve ilhak eylemlerinin belli bir aşamayı aşmadığı takdirde hukuki olabileceği algısı yaratmaktadır. Bu algının yaratılması ilhak eylemlerinin hukuka aykırılığını gölgelemektedir. İlhak eylemleri kuvvet kullanma veya tehdidi suretiyle ve kendi topraklarına söz konusu toprakları katma niyeti ile yapılmaktadır. Koşullarının basit ve belirlenebilir olması sebebiyle ilhak eylemlerinin bu koşulları taşıması halinde eşdeğer tutulması ve ayrıma gidilerek farklı algılar oluşturulmaması gerekmektedir. Kuvvet kullanma yasağının açık bir uluslararası hukuk ilkesi olduğu gerçeği karşısında ilhak ilanı verilmesi beklentisine girilmesi yerine koşulları taşıyan bütün eylemleri ilhak olarak belirlemek ve yaptırım mekanizmalarını işletmek gerekmektedir.

Günümüz uluslararası hukukuna göre ilhak eylemleri uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan kuvvet kullanma ve kuvvet tehdidinde bulunma yasağı

¹³¹ Aksar (n 2) 284.

¹³² Aksar (n 2) 284.

ile bağdaşması mümkün olmaması sebebiyle hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır. Bu sebeple ilhak edilen topraklar üzerinde de bir hak kazanılmış olmaktadır. Uluslararası hukukun ilhak hakkında doğurduğu bu sonuçlar sebebiyle diğer devletlerin söz konusu ilhak eylemini ve *jus cogens* bir kural olan kuvvet kullanma yasağına aykırı bir eylem niteliğinde olan ilhak eylemleri sonucunda elde edildiği iddia edilen hakları tanımama yükümlülükleri doğal olarak mevcuttur.

Uluslararası toplumun yeterli protestosuna maruz kalmayan, adeta geleceğin bilinmezliğine bırakılan ilhak eylemleri bilhassa kuvvet kullanma yasağı normunu zayıflatmakta ve uluslararası hukukun etkili bir hukuk dalı olarak hukukun üstünlüğü etrafında şekillenmesine izin vermemektedir. Uluslararası hukuk açısından bakıldığında hukuka aykırı bir eyleme uluslararası hukukta etkili yaptırım görülememesi problemi ile karşı karşıya kalınmaktadır. *Ex injuria jus non oritur* yani haksızlıktan, hukuksuzluktan bir hak doğmaz ilkesi gereği ilhak edilen topraklar üzerinde egemenlik yetkisi kazanılamaz. Geçen zaman ne kadar olursa olsun bu noktada uluslararası hukukun etkinliği ilkesi meşruluk ilkesine üstün gelemeyecektir. Uluslararası toplum hukuki bir zorunluluk olarak bu eylemleri tanımamalı ve desteklememelidir.

Kaynakça

- Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk*, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Aksar Y, *Uluslararası Hukuk I*, (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Baade H W, 'Die Bundesrepublik Deutschland und die baltischen Staten' (1957) 7 (1) German Yearbook of International Law 34-68
- Behlert B, 'Die Unabhängigkeit der Krim: Annexion oder Sezession?' (2015) 5 (2) Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Working Paper, 1-23 <http://www.ifhv.de/documents/workingpapers/wp5_2.pdf> Erişim Tarihi 20 Ekim 2025
- Berg E and Kursani S, 'Back to the Future: Attempts to Buy, Swap, and Annex Territories in Contemporary Sovereignty Practices' (2023) 3 (2) Global Studies Quarterly 1-12.
- Breuer M, 'Gebietserwerb, staatlicher', in Burkhard Schöbener (ed) *Völkerrecht Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, (C.F.Müller, 2014)
- Çınar M, 'Coğrafi ve Jeopolitik Açından Golan Tepeleri' (2022) 32 (1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 19-36
- Declaration on the Strengthening of International Security (1970) The United Nations General Assembly, A/Res/2734(XXV).
- Definiton of Aggression (1974) The United Nations General Assembly, A/Res/3314(XXIX)
- Doehring K, *Völkerrecht*, (2. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag 2004)
- Dörr O, *Die Inkorporation als Tatbestand der Staatsukzession*, (Duncker und Humblot 1995)
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries: Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Fifty-Third Session, II, Part Two (2001) Yearbook of the International Law Commission
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) UN General Assembly A/56/10
- Ercan M, 'Uluslararası Hukuk Normları Bağlamında Kırım Meselesi: Self Determinasyon mu? İlhak mı?' (2015) (36) The Journal of Academic Social Science Studies 95-113
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) (2014) CDL-AD (2014)002
- Greenwood C, 'Iraq's Invasion of Kuwait: Some Legal Issues' (1991) 47 (3) The World Today 39-43
- Heintschel von Heinegg W, *Casebook Völkerrecht*, (Verlag C.H. Beck 2005)

- Hobe S, *Einführung in das Völkerrecht*, (10. Auflage, A. Francke Verlag 2014)
- Hofmann R, 'Annexation', Max Planck Encyclopedias of International Law 1-19 <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1376?print=pdf>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2025
- Kau M, 'Der Staat als primäres Völkerrechtssubjekt' in Wolfgang Graf Vitzthum und Alexander Proelß (eds) *Völkerrecht* (7. Auflage, De Gruyter 2016)
- Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (2024) ICJ
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (2004) ICJ
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) ICJ
- Levine-Schnur R, Megiddo T and Berda Y 'A Theory of Annexation' (2025) 45 (2) Oxford Journal of Legal Studies 447-475
- Lexikon <<https://www.juraforum.de/lexikon/annexion>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2025
- Malanczuk P, 'Das Golan-Gesetz im Lichte des Annexionsverbots und der occupatio bellica' (1982) 42, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 261-294
- Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çevirenler: Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, ve G. Engin Şimşek (8. Baskı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları 2018)
- Mızrak B, 'Afrika'daki Devletleşme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar: Sömürge Öncesi ve Sonrası Döneme Dair Bir Değerlendirme' (2022) 1 (1) Bölge Çalışmaları Dergisi 50-77
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (1986) ICJ
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Turhan Kitabevi 2018)
- Saavedra Lamas Treaty (1933) <https://en.wikipedia.org/wiki/Saavedra_Lamas_Treaty> Erişim Tarihi 13 Şubat 2026
- Scheuner U, 'Die Annexion im modernen Völkerrecht' (1949) 49 (3) Die Friedens-Warte 81-93
- Schmitt C, *Der Nomos der Erde*, (2. Auflage, Duncker und Humblot 1974)
- Schätzel W, 'Die Annexion im Völkerrecht' (1949) 2 (1) Archiv des Völkerrechts 1-28
- Smith N R (2016) EU-Russian Relations and the Ukraine Crisis, (Edwar Elgar Publishing)
- Stein T, von Butlar C und Kotzur M, *Völkerrecht*, (14. Auflage, Verlag Franz Vahlen 2017)

- Şöhret M, 'Kırım Sorununun Uluslararası Hukukta Devletlerin Kurulma ve Sona Erme Şekilleri Bakımından İncelenmesi' (2017) 14 (53) Karadeniz Araştırmaları 1-27
- TDK Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/?ara=ilhak>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2025
- Territorial integrity of Ukraine (2014) The United Nations General Assembly, A/Res/68/262
- The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States (1970) The United Nations General Assembly, A/Res/2625 (XXV)
- The United Nations Security Council (1971) SC/RES/298
- The United Nations Security Council (1981) S/RES/497
- The United Nations Security Council (1990) S/Res/662
- The United Nations Security Council (1991) S/Res/686
- The United Nations Security Council (2014) S/2014/189
- The United Nations General Assembly (2017) A/RES/71/205
- Tyshchenko Y, 'Die russische "Integrationsstrategie" für die Krim' (Lina Pleines çev, 2017) Bundeszentrale für politische Bildung <<https://www.bpb.de/themen/europa/ukraine-analysen/249040/analyse-die-russische-integrationsstrategie-fuer-die-krim/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2026
- Volker E, 'Völkerrechtssubjekte' in Volker Epping und Wolff Heintschel von Heinegg (eds) Knut Ipsen, *Völkerrecht* (7. Völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, 2018)
- von Arnould A, *Völkerrecht* (2. Auflage, C.F.Müller 2014)
- Vosgerau U, 'Staat' in Burkhard Schöbener (ed) *Völkerrecht Lexikon zentraler Begriffe und Themen* (C.F. Müller 2014)
- Weber K, *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, Klaus Weber (ed) (12. Edition, Verlag C.H. Beck 2025) <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Crekom-SW-Annexion>> Erişim Tarihi 05 Mart 2026

The Legal Regime Governing Borders in Morocco in the Face of Contemporary Risks: Elements of Systematization and a Comparative Perspective with Frontex^(*)

Hanen MEDROMİ^(**)

Abstract

This article examines Moroccan border law as a composite legal regime rather than a mere territorial line. The article adopts a doctrinal and functional comparative method based on statutory analysis and institutional practice. It systematizes the domestic framework governing land, air, and maritime borders by identifying the principal legal sources, competent authorities, and procedures applicable to refusal of entry, removal, maritime interception, customs control, and data-based surveillance. It further analyses Morocco's turn toward a more humanized management of migration through regularization policies, asylum-related institutional gaps, and the procedural safeguards available against removal and detention measures. The article then develops a functional comparison with the European integrated border management model associated with Frontex. It argues that Morocco has developed a substantial normative and operational apparatus, but that accountability remains weakened by fragmented competences, limited procedural traceability, and uneven oversight, which complicate judicial review and reduce legal certainty. Contemporary risk environments, understood here as legal and operational contexts in which migration

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 03.04.2026.

Atıf Şekli: Hanen Medromi, 'The Legal Regime Governing Borders in Morocco in the Face of Contemporary Risks: Elements of Systematization and a Comparative Perspective with Frontex' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271,306.

DOI: 10.52273/sduhfd..1914769.

^(**) Rabat Uluslararası Üniversitesi (Université Internationale de Rabat), Küresel Çalışma Merkezi (CGS) Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Sala Al Jadida-Fas.

E-posta: hanenmedromi99@gmail.com.

Orcid: 0009-0001-0630-7818.

control, security concerns, humanitarian vulnerability, and information-based screening interact, further intensify the tension between operational effectiveness and the requirements of necessity, proportionality, and effective remedies. Although the Frontex model cannot be transplanted into a sovereign domestic order, its emphasis on standardization, auditable risk analysis, structured reporting, and rights-monitoring mechanisms provides useful benchmarks for reform.

Keywords

Morocco, Border Governance, Frontex, Irregular Migration, Fundamental Rights.

Çağdaş Riskler Karşısında Fas'ta Sınırların Hukuki Rejimi: Sistemleştirme Unsurları ve Frontex ile Karşılaştırmalı Bir Perspektif

Öz

Bu makale, Fas sınır hukukunu yalnızca coğrafi bir sınır çizgisi olarak değil, yetkilerin dağıtıldığı, usullerin belirlendiği ve güvencelerin işletildiği bileşik bir hukuki rejim olarak ele almaktadır. Çalışma, mevzuat analizi ile kurumsal uygulamayı esas alan doktrinel ve işlevsel karşılaştırmalı bir yöntem benimsemektedir. Bu çerçevede, kara, hava ve deniz sınırlarını yöneten iç hukuk düzeni; girişin reddi, uzaklaştırma, denizde durdurma, gümrük denetimi ve veri temelli gözetim bakımından başlıca norm kaynakları, yetkili makamlar ve karar alma usulleri üzerinden sistematik biçimde incelenmektedir. Makale ayrıca, Fas'ın göç yönetimini daha insan odaklı hale getirme yönelimini, düzenlileştirme politikalarını, iltica alanındaki kurumsal boşlukları ve uzaklaştırma ile idari gözetim tedbirlerine karşı öngörülen usuli güvenceleri değerlendirmektedir. Devamında ise, Frontex ile ilişkilendirilen Avrupa bütünlük sınır yönetimi modeliyle işlevsel bir karşılaştırma yapılmaktadır. Çalışma, Fas'ın önemli ölçüde normatif ve operasyonel bir çerçeve geliştirmiş olduğunu, ancak yetki parçalanması, karar süreçlerinin sınırlı izlenebilirliği ve denetim mekanizmalarının eşitsizliği nedeniyle hesap verebilirliğin zayıf kaldığını ileri sürmektedir; bu durum da yargısal denetimi güçleştirmekte ve hukuki belirliliği azaltmaktadır. Burada, göç kontrolü, güvenlik kaygıları, insani kırılganlık ve bilgi temelli tarama mekanizmalarının kesiştiği hukuki ve operasyonel bağlamlar olarak anlaşılan çağdaş risk ortamları, operasyonel etkinlik ile gereklilik, orantılılık ve etkili başvuru yolları arasındaki gerilimi daha da artırmaktadır. Frontex modeli egemen bir iç hukuk düzenine doğrudan aktarılamaz; ancak standardizasyon, denetlenebilir risk analizi, yapılandırılmış raporlama ve temel hakların izlenmesine verdiği önem bakımından reform açısından yararlı ölçütler sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Fas, Sınır Yönetimi, Frontex, Düzensiz Göç, Temel Haklar.

Introduction

Borders belong to the foundational narratives of geography and political history. Rousseau's eighteenth-century intuition that social order begins when the appropriation of a piece of land is asserted as "mine" and acknowledged by others may be transposed, at the level of the State, to the constitution of territory itself: the tracing of limits is inseparable from the emergence of authority, from the distribution of power, and from the recurring tensions between communities and the spaces they claim¹. The point, however, is not to reopen an intellectual history of territory for its own sake, but to foreground the border as a legal institution: a site where public authority is delimited, competences are assigned, coercive powers are activated, and the legality of State action can be assessed. This perspective is especially relevant in Morocco, where the border is not simply the outer edge of State territory, but a legal and administrative space in which mobility, control, and public authority are continuously organized.

An organized society presupposes rules. In legal terms, the border performs, before all else, a juridical and political function: it delimits a territory by identifying the authority entitled to exercise public power within it and to secure compliance with its norms. Conceptions of territorial limits vary across cultural and religious settings. For millennia, borders did not take the fixed, linear, and finely mapped form associated with modern statehood. In the absence of adequate technical means and geographic knowledge, separation was more often organized through peripheral zones, "marches" or "borderlands" rather than through precise lines. A well-known illustration is the Roman *limes*: far from being a mere line, it was a territory in its own right, operating as a zone of contact and transition between areas governed by Roman law and regions viewed as lying under external customary orders². The analytical point remains constant: borders are governance devices whose legal rationalities evolve with the techniques of control and the standards used to justify public power.³

¹ Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (Gallimard 1965).

² C. R. Whittaker, *Frontiers of the Roman Empire: A Social and Economic Study* (Johns Hopkins University Press 1994).

³ David Périer & Jean-Baptiste Veber, *Tracer des frontières. 10 histoires de cartes au cœur des conflits contemporain* (Novice 2025) 7 - 8.

Historically, modern cartographic representations of continents and of the world are relatively recent in their territorial partitions, and they remain the subject of persistent contestation. Contemporary borders, both in their material configuration and in their symbolic charge, largely crystallized less than five centuries ago. In much scholarship, the emergence of the “modern” territorial frontier is associated with the Peace of Westphalia (1648), understood as a turning point in the consolidation of territorial sovereignty and in the stabilization of political space after prolonged confessional violence⁴. Westphalia brought to a close a cycle of religious wars, most notably the Thirty Years’ War (1618-1648)⁵, a conflict whose demographic, economic, and social consequences have often been regarded as comparable in scale to the disruptive effects of the twentieth century’s world wars⁶. One of the core functions attributed to the Westphalian settlement is the affirmation of territorial delimitation as a juridico-political technique for limiting conflict in regions where multiple religious communities coexisted⁷.

In parallel, the modern understanding of borders as linear and legally determinable limits progressively diffused beyond Europe through exploration, colonial expansion, and the juridical ordering of overseas territories⁸. In many extra-European contexts, this transformation did not occur immediately through fixed delimitations, but through shifting “borderlands”⁹ in which authority remained gradual, mobile, and uneven, as illustrated by the

⁴ Leo Gross, ‘The Peace of Westphalia, 1648-1948’ (1948) 42(1) *American Journal of International Law* 20, 20-41; Stéphane Beaulac, ‘The Westphalian Legal Orthodoxy - Myth or Reality?’ (2000) 2(2) *Journal of the History of International Law* 148, 148 - 77.

⁵ Christoph Kampmann, ‘The Treaty of Westphalia as Peace Settlement and Political Concept: From a German Security System to the Constitution of International Law’ in Marc Weller, Mark Retter and Andrea Varga (eds), *International Law and Peace Settlements* (Cambridge University Press 2021) 20 - 60.

⁶ Éric Schankenbourg, Fabrice Jesné & Stanislas Jeanneson, *Experts et expertises en diplomatie: La mobilisation des compétences dans les relations internationales du congrès de Westphalie à la naissance de l’ONU* (Presses Universitaires de Rennes 2022) 10 - 11.

⁷ Charles Salvaudon & Joachim Bitterlich, *Géopolitique: Cette force qui nous habite* (L’Harmattan 2026) 196 - 199.

⁸ Lauren Benton, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900* (Cambridge University Press 2002); Jeremy Adelman and Stephen Aron, ‘From Borderlands to Borders: Empires, Nation-States, and the Peoples in Between in North American History’ (1999) 104(3) *The American Historical Review* 814, 814 - 41.

⁹ Tom Clavin, *La véritable histoire des Dalton: derniers hors-la-loi du Far West* (Laurent Bury tr, Alisio 2025) 30 - 32.

westward-moving frontier of the nineteenth-century United States¹⁰. A comparable process unfolded in Africa, where colonization and the legal production of borders intensified during the nineteenth century and reached a decisive moment with the Berlin Conference (1884-1885)¹¹, before inherited colonial delimitations were later converted into the international boundaries of newly independent states¹². In legal terms, this transition helps explain how borders came to be stabilized not merely as geographic facts, but as juridical instruments for organizing territorial authority, allocating jurisdiction, and reducing conflict, notably through the logic later associated with *uti possidetis juris*¹³.

In this article, “risk environments” refers to the legal and operational settings in which migration control, security concerns, humanitarian vulnerability, and information-based screening interact so as to justify intensified border powers, which must nevertheless remain subject to legality, necessity, proportionality, and effective remedies. This notion is particularly useful for understanding the Moroccan case.

It is against that background that the Moroccan case becomes legally significant. In practical terms, in Morocco, the border is not simply a geographic limit. It constitutes a structured ensemble of legal norms, administrative powers, and operational arrangements through which the State filters the entry and the exit of persons, goods, and means of transport, while organizing both the prevention of threats and the management of mobility-related risks. The Moroccan border regime is commonly articulated around four core pillars: territorial and maritime sovereignty; the policing of foreigners and the management of irregular migration; customs policing and the

¹⁰ Samuel Truett, ‘Borderlands and Border Crossings’ in Kristin Hoganson and Jay Sexton (eds), *The Cambridge History of America and the World* (Cambridge University Press 2022) 594.

¹¹ Eloi Diarra & Kalil Aissata Keita, *L’Afrique et ses trajectoires juridiques: Du droit précolonial au droit colonial et les enjeux identitaires du droit postcolonial* (L’Harmattan 2026) 70 - 73.

¹² Matthew Craven, ‘Between Law and History: The Berlin Conference of 1884-1885 and the Logic of Free Trade’ (2015) 3(1) *London Review of International Law* 31.

¹³ Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) (Judgment) [1986] ICJ Rep 554, 565-67 [20]-[26], 586-87 [63]; On the theoretical concept of border proliferation, see Sandro Mezzadra and Brett Neilson, *Border as Method, or, the Multiplication of Labor* (Duke University Press 2013). For a strict international law perspective regarding state succession during these three historical ruptures, see Marcelo G Kohen and Mamadou Hébié (eds), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law* (Edward Elgar 2018); and James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2nd edn, OUP 2006).

repression of cross-border trafficking; and international cooperation¹⁴. From a doctrinal standpoint, this regime rests on a composite set of sources: constitutional principles governing territorial sovereignty and fundamental rights; legislative and regulatory frameworks on the entry and stay of foreigners and removals; customs and anti-smuggling provisions; police administrative powers applied at border crossings; sectoral rules governing maritime interception and civil aviation border controls; and international cooperation instruments. Operationally, competences are distributed among the Ministry of the Interior and its services (including national police structures), the Gendarmerie, the Customs administration, and port and airport authorities, with judicial and administrative review mechanisms shaping the legality of restrictive measures and seizures.¹⁵

In contemporary governance, the border has increasingly become a site where sovereignty is exercised through administrative techniques such as identification, authorization, surveillance, sanction, and information processing¹⁶. This shift from the border as a line to the border as a set of procedures provides the conceptual bridge to the present study. In the Moroccan context, borders must therefore be understood not merely as territorial delimitations, but as a multidimensional legal and administrative regime shaped by historical state formation, mobility, and security-related risks¹⁷.

¹⁴ This operational architecture is firmly grounded in Moroccan positive law. Territorial and maritime sovereignty is rooted in the Constitution of 2011 arts 42 and 55, as well as Law No 37-17 (promulgated by Dahir No 1-20-02 of 6 March 2020) and Law No 38-17 (promulgated by Dahir No 1-20-03 of 6 March 2020). The policing of foreigners is governed by Law No 02-03 (promulgated by Dahir No 1-03-196 of 11 November 2003). Customs policing and the repression of trafficking are regulated by the Customs and Indirect Taxes Code (approved by Dahir No 1-77-339 of 9 October 1977) and Law No 27-14 on combatting trafficking in human beings (promulgated by Dahir No 1-16-127 of 25 August 2016), while international cooperation is framed by the ratification of instruments such as the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

¹⁵ The institutional framework establishing these operational competences includes Decree No 2-19-1086 of 30 January 2020 on the attributions and organization of the Ministry of the Interior, Dahir No 1-56-115 of 16 May 1956 establishing the General Directorate of National Security (DGSN), Dahir No 1-57-280 of 14 January 1958 governing the Royal Gendarmerie, and Law No 41-90 promulgated by Dahir No 1-91-225 of 10 September 1993 establishing administrative courts.

¹⁶ Giulia Raimondo, *The European Integrated Border Management: Frontex, Human Rights, and International Responsibility* (Hart Publishing 2024) 1 - 3.

¹⁷ Hassan Ouazzani Chahdi, *Le Maroc et les traités internationaux: tradition et modernité* (L'Harmattan 2018) 23 - 29.

An explicitly risk-based approach is justified for two reasons. First, border governance has become a field of accelerated decision-making-refusal of entry, removal, interception at sea, seizure, and identity control-in which operational effectiveness may come into tension with legality, due process, and proportionality¹⁸. Second, Morocco's cooperation with the European Union, including cooperation linked to the European Border and Coast Guard architecture and Frontex, raises questions of normative compatibility concerning fundamental rights, data protection, traceability, and responsibility¹⁹. In this study, "risk" is understood in an operative legal sense: it refers to the categories of threat invoked to justify intensified border powers in areas such as migration control, customs enforcement, public security, and information-based screening²⁰. Such action must nevertheless remain subject to legality, competence, proportionality, traceability, effective remedies, and responsibility in cases of harm.

Against that background, this article examines the Moroccan legal regime of borders as a structured field of public law rather than as a mere aggregation of sector-specific controls. Its first objective is to systematize the legal architecture governing land, maritime, and air borders by identifying the relevant normative sources, the allocation of competences, and the procedures through which border powers are exercised. Its second objective is to assess, through a functional comparison, the extent to which the Moroccan framework converges with or diverges from the logic of integrated border management associated with Frontex, particularly in relation to coordination, accountability, and legal safeguards. The comparison is not intended to advocate the transplantation of a supranational model into a sovereign

¹⁸ Vasiliki Apatzidou, 'Bordering Asylum: Examining the EU's Border Procedures under the New Pact on Migration and Asylum' (2025) 37(2) *International Journal of Refugee Law* 201.

¹⁹ Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624 [2019] OJ L295/1, arts 3, 10, 71; European Commission, 'Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of Regulation (EU) 2019/1896 on the European Border and Coast Guard, including a review of the Standing Corps' COM (2024) 75 final; Mariana Gkliati, 'Shaping the Joint Liability Landscape? The Broader Consequences of *WS v Frontex* for EU Law' (2024) 9(1) *European Papers* 69; Frontex, 'Frontex-Morocco outlining the next steps for closer cooperation' (Press release, 12 December 2023).

²⁰ Anna Sibley, 'Frontex, agent intouchable du renseignement migratoire' (2025) 145 *Plein droit* 44.

domestic order, but to provide an analytical framework for evaluating coherence, responsibility, and safeguards in a structured manner.

The inquiry is guided by the following question: how does Moroccan law organize the management of land, maritime, and air borders in response to security-, migration-, and mobility-related risks, and what lessons may be drawn from a functional comparison with the Frontex model? The analysis proceeds from the view that Moroccan border governance is legally dense but institutionally fragmented, that contemporary risk logics intensify the use of border powers, and that the Frontex framework offers a useful benchmark for assessing coordination, traceability, accountability, and safeguards.

Methodologically, the article combines doctrinal analysis of the Moroccan legal framework with a functional comparative approach. The doctrinal dimension clarifies the legal bases of border powers, the distribution of competences, the procedural conditions governing coercive measures, and the available forms of legality review. The comparative dimension uses the Frontex/integrated border management framework as a point of reference for evaluating the Moroccan regime in light of four criteria: inter-agency coordination, procedural traceability, mechanisms of oversight and responsibility, and safeguards relating to fundamental rights and data protection. The article is limited to border governance across land, sea, and air borders as exercised through administrative techniques of control and information processing. It is organized in two parts: the first reconstructs the Moroccan regime, and the second develops the functional comparison.

I. The Domestic Legal Regime Governing Borders in Morocco

Morocco's border regime is best understood as a composite juridical field rather than a mere geographic datum. The border operates as a decision site where admission, refusal, stay authorization, removal, and maritime interception are governed by identifiable competences, procedural requirements, and avenues of legal review. The issue is therefore not only the existence of border powers, but the legal conditions under which they are exercised²¹.

²¹ Amaël Cattaruzza, Kevin Limonier and Magali Reghezza-Zitt, *Introduction à la géopolitique* (Armand Colin 2023) 65.

A. The Juridical Architecture and Institutional Framework of Moroccan Borders

In Moroccan law, the border is fundamentally a sovereignty competence, primarily because it relates directly to the State's jurisdictional space where authority, normativity, and coercive power are territorially anchored. The Moroccan constitutional text, particularly the Constitution of 2011, assigns a central symbolic and institutional role to the Head of State as the ultimate guarantor of independence and territorial integrity "within its authentic borders"²². This positioning elevates the border from an ordinary administrative object to an apex constitutional commitment. Furthermore, sovereignty over borders possesses a profound external dimension that is inextricably linked to international obligations and domestic treaty-making procedures. The Constitution explicitly dictates that treaties concerning border delimitation require prior legislative approval, signaling that borders are not merely a matter of executive practice but are subject to constitutionalized legality and democratic authorization²³.

This constitutional embedding is concretized through specific, historically layered legislative pillars. The central statute regulating the movement of persons is Law 02-03 on the entry and stay of foreigners, emigration, and irregular immigration, promulgated by Dahir in November 2003²⁴. Enacted during a period of intense migratory pressure on Morocco's northern frontiers and heavily influenced by European demands for flow control following domestic and international security crises, Law 02-03 operates primarily as a security-oriented, deterrent framework. The law establishes the legal basis for border checks, authorizing authorities to verify travel documents, visas, means of subsistence, and guarantees of repatriation. It formalizes administrative removal instruments, exhaustively regulating border removals (*reconduite à la frontière*), expulsions, and territorial bans. Crucially, Law 02-03 authorizes refusal of entry on grounds that include failure to satisfy entry conditions or articulated threats to public order²⁵. This operates under a preventive normative structure: refusal is based on the prospective risk of a public order

²² Constitution of the Kingdom of Morocco 2011, art 42.

²³ Constitution of the Kingdom of Morocco 2011 (n 22) art 55.

²⁴ Dahir No 1-03-196 of 16 Ramadan 1424 (11 November 2003) promulgating Law No 02-03 relating to the entry and stay of foreigners in the Kingdom of Morocco, and to emigration and irregular immigration.

²⁵ Nadia Khrouz, *L'étranger au Maroc: Droit et pratiques* (L'Harmattan 2018) 66-67. On the specific administrative mechanisms of removal and refusal of entry based on public order under Law 02-03, see also arts 4, 38, 51, and 52 of the Law.

disruption rather than the ex-post proof of a criminal offense²⁶. However, the law simultaneously incorporates severe penal provisions, prescribing fines ranging from 2,000 to 20,000 dirhams and imprisonment for one to six months for foreigners who enter the territory irregularly²⁷.

The circulation of goods and the initial layer of maritime enforcement are governed by the Customs and Indirect Taxes Code. In definitional terms, Moroccan customs law functionally “maritimizes” the border by defining the “customs territory” to explicitly include national territorial waters, thereby aligning the jurisdiction for goods control seamlessly with maritime sovereignty²⁸. The code grants customs agents extensive preventive and investigative capacities framed as necessary for fraud detection. These powers authorize agents to conduct inspections of goods, vehicles, and persons, and to condition mobility by requiring strict compliance with administrative orders. Within the maritime zone of the customs radius, agents possess the authority to board ships, request tonnage documents and manifests, and initiate pursuit and stopping measures against vessels that ignore customs summons. Notably, the code requires the intervention or assistance of a judicial police officer when conducting searches without occupant consent or when forcibly opening ship compartments, thereby proceduralizing administrative enforcement through the insertion of judicial guarantees and evidentiary formalism²⁹.

To assert comprehensive, internationally recognized jurisdiction over its adjacent waters, the Kingdom of Morocco undertook a significant legislative consolidation of its maritime borders in 2020 through the promulgation of Laws 37-17 and 38-17³⁰. Law 37-17 delimits the territorial sea up to 12 nautical miles

²⁶ On the institutionalization of Morocco’s security-oriented approach to migration and the specific role of Law 02-03 as a preventive security framework, see Amal El Ouassif, ‘The Socio-Economic and Political Dynamics Around Migration in Morocco’ (Policy Center for the New South, Policy Brief 05/22, January 2022) 5.

²⁷ Law No 02-03 (n 24) arts 3, 4, 38, 42, 51 and 52.

²⁸ Customs and Indirect Taxes Code, approved by Dahir promulgating Law No 1-77-339 of 9 October 1977, art 1. The article explicitly states: “*The customs territory comprises the territory of the State including the territorial waters*”.

²⁹ Customs and Indirect Taxes Code (n 28) arts 41 and 42. On the strict procedural requirement for the presence of a judicial police officer (OPJ) or local authority agent to forcibly open compartments during a search, see art 31 of the Code; Mohamed Housni, *Le Droit douanier au Maroc* (L’Harmattan 2011) 378 - 79.

³⁰ Law No 37-17 amending and supplementing the Dahir enacting Law No 1-73-211 establishing the limit of territorial waters, promulgated by Dahir No 1-20-02 of 6 March 2020, *Bulletin Officiel* No 6870, 2 April 2020. See also Law No 38-17 amending and

measured from baselines established under the precise criteria of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)³¹. This statute affirms that Moroccan sovereignty extends beyond surface waters to encompass the airspace above, as well as the seabed and subsoil beneath. It provides a direct statutory bridge between maritime sovereignty and border policing functions by authorizing the administration to adopt regulations for navigation safety and traffic regulation, explicitly including the prevention of infringements against customs, fiscal, sanitary, and immigration laws at sea. Law 38-17 simultaneously establishes an Exclusive Economic Zone (EEZ) extending 200 nautical miles from the coast and delineates the limits of the continental shelf up to 350 nautical miles. This legislation establishes the legal architecture within which economic resource exploitation, environmental preservation, and extended maritime surveillance strategies are operationalized.

The enactment of these maritime laws also had a strategic dimension in the context of unresolved maritime delimitation issues with Spain, including the Tropic seamount area³², which has attracted renewed legal and geopolitical attention.³³ Yet, the consolidation of this territorial architecture remains an ongoing operational challenge. A notable legal and strategic anomaly persists in the aerial domain, where the management of relevant portions of the flight information region remains technically linked to the Canarias FIR and to Spanish air-navigation control arrangements, which illustrates that the aerial

supplementing Law No 1-81 establishing an exclusive economic zone of 200 nautical miles off the Moroccan coasts, promulgated by Dahir No 1-20-03 of 6 March 2020, *Bulletin Officiel* No 6870, 2 April 2020.

³¹ On the alignment of Morocco's maritime boundaries with the legal framework established by UNCLOS and the broader strategic implications for Atlantic Africa, see Abdessalam Saad Jaldi and Loubna Eddallal, 'The Extended Continental Shelf in Atlantic Africa' (Policy Center for the New South, Research Paper 11/25, September 2025). See also Jamal Machrouh, 'Understanding and Addressing Linkages Between Maritime Security and Land-based Human Insecurities' (Policy Center for the New South, December 2025).

³² Francisco Helenio Hoyos Medina and Celeste Santaella García, 'Conflict Over the Delimitation of Waters Between Spain and Morocco' (2025) 22(1) *Journal of Maritime Research* 447, 447 - 49.

³³ Tropic Seamount is a submarine mountain located in the Atlantic Ocean, off the coast of the Moroccan Sahara and south of the Canary Islands. Scientific research estimates that it contains a vast quantity of important industrial raw materials such as tellurium, cobalt, and rare earth elements. Source: <<https://www.rtve.es/noticias/20170418/asi-tropic-isla-canaria-del-tesoro/1525422.shtml>> accessed 06 March 2026 at 21:04. **United States Department of State Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs**, *Limits in the Seas No. 149 Spain Maritime Claims and Boundaries*, November 2020, pp. 2, 22.

dimension of the border retains an unresolved operational complexity. The pending transfer of this aerial sovereignty emphasizes that the border is not a finalized static line, but a dynamic jurisdictional space requiring continuous legal and administrative assertion by the State³⁴.

Table 1: Moroccan Legal Instruments: Domain of Application and Core Border Governance Functions and Competences.

Moroccan Legal Instrument	Domain of Application	Core Border Governance Functions and Competences
Constitution of 2011	National Sovereignty & Fundamental Rights	Establishes the Head of State as the guarantor of territorial integrity; protects freedom of movement and privacy; mandates legislative approval for border delimitation treaties.
Law 02-03 (2003)	Immigration, Entry/Stay & Deportation	Defines entry requirements; penalizes irregular migration; establishes mechanisms for <i>reconduite à la frontière</i> , expulsion, and administrative detention; provides limited emergency judicial review.
Law 27-14 (2016)	Anti-Human Trafficking	Aligns domestic law with the Palermo Protocol; criminalizes trafficking; establishes victim identification protocols and mandates social/psychological assistance mechanisms.
Customs Code	Transnational Trade & Anti-Smuggling	Defines the customs territory; authorizes intrusive inspections, seizures, and ship boarding; requires judicial police assistance for specific non-consensual searches.

³⁴ Following the Joint Declaration issued during the official visit of the President of the Spanish Government, H.E. Pedro Sánchez, to the Kingdom of Morocco on 7 April 2022, at the invitation of His Majesty King Mohammed VI, it was agreed that discussions concerning the management of airspaces would be initiated. This prospective agreement has encountered significant domestic political opposition in Spain. For instance, on 24 March 2024, the Spanish Communist Party (PCE) issued a statement explicitly rejecting ‘the transfer of the airspace of Western Sahara to Morocco’. See ‘El PCE rechaza la cesión del espacio aéreo del Sahara Occidental a Marruecos’ (*Partido Comunista de España*, 24 March 2024) <<https://www.pce.es/el-pce-rechaza-la-cesion-del-espacio-aereo-del-sahara-occidental-a-marruecos/>> accessed 2 April 2024. Similar critical voices and concerns have also been raised by members of the Popular Party (PP) and Podemos. See ‘Sánchez debe hablar bien claro sobre su entrega del espacio aéreo de Canarias a Marruecos’ (*El Periódico de Canarias*, 2024) <<https://www.elperiodicodecanarias.es/sanchez-debe-hablar-bien-claro-sobre-su-entrega-del-espacio-aereo-de-canarias-a-marruecos/>> accessed 2 April 2024.

Moroccan Legal Instrument	Domain of Application	Core Border Governance Functions and Competences
Law 37-17 (2020)	Territorial Sea Jurisdiction	Delimits the territorial sea (12 nm) per UNCLOS standards; extends sovereignty to airspace and seabed; authorizes maritime enforcement of immigration and customs laws.
Law 38-17 (2020)	Exclusive Economic Zone (EEZ)	Establishes the 200 nm EEZ and limits the continental shelf (350 nm); asserts rights for resource exploitation, environmental protection, and extended maritime domain awareness.

Table 1 makes visible a central feature of the Moroccan border regime: it is not structured around a single legislative center, but around a layered accumulation of constitutional, migration, customs, anti-trafficking, and maritime norms. Three analytical consequences follow. First, border governance in Morocco is legally dense, but not legally unified. Second, the regime extends well beyond the checkpoint logic traditionally associated with border control, especially through customs and maritime legislation. Third, this normative density does not, by itself, guarantee accountability; on the contrary, the plurality of legal bases and competent authorities partly explains the procedural fragmentation that complicates traceability, review, and the clear attribution of responsibility.

A critical, recurrent dynamic within this architectural framework is the frequent and complex overlap between administrative police and judicial police logics. The border regime operates primarily as an administrative police function—a regime of preventive control designed to regulate crossings and mitigate risks to public order before an offense is completed. At the constitutional level, these administrative police powers must be constantly balanced against protected freedoms; the Constitution guarantees the protection of private life, the legality of searches, the secrecy of communications, and the freedom to move, settle, leave, and return to the national territory³⁵. However, when preventive actions uncover illicit activities—such as document forgery or organized smuggling—the framework shifts abruptly to a judicial police logic³⁶.

³⁵ Constitution of the Kingdom of Morocco 2011 (n 22) art 24.

³⁶ Catherine Wihtol De Wenden, *Géopolitique des migrations: 40 fiches illustrées pour comprendre le monde*, éd. 1 (Eyrolles 2019) 22 - 32.

Under Moroccan criminal procedure, the judicial police act under the strict direction of the prosecutorial authority (the *Procureur du Roi*). Their teleological function is to establish criminal offenses, secure evidence, identify perpetrators, and draft formal operational reports (*procès-verbaux*)³⁷. This legal distinction is highly consequential: the classification of a border measure dictates whether the operation is directed by the administrative hierarchy or the prosecutorial authority, what evidentiary instruments are legally admissible, and what specific safeguards (such as custody rules and rights of legal assistance) attach to intrusive measures³⁸. In border contexts where a single factual situation can simultaneously trigger an administrative decision (like a refusal of entry or administrative retention) and a penal pathway (such as an irregular entry offense), maintaining clear procedural switch-points between administrative prevention and criminal fact-finding is essential to preserve legality, proportionality, and the integrity of the state's actions.

The institutional operationalization of this architecture mobilizes a multiplicity of actors, reflecting the functionally plural nature of the border. The General Directorate of National Security (DGSN) manages internal law enforcement and border controls at designated urban checkpoints, ports, and airports. The Royal Gendarmerie, which possesses military status and reports to the Administration of National Defense, exercises tutelary control over rural regions, national highways, and complex territorial peripheries³⁹. The Royal Moroccan Navy acts as the primary line of defense at sea, coordinating intimately with the Gendarmerie's marine squadrons and Customs authorities to monitor maritime traffic and conduct complex interceptions. From an accountability standpoint, this multi-actor environment presents a structural challenge regarding imputability: when multiple agencies collaborate on a border restriction, identifying the specific authority whose signature attaches to the refusal, removal, or retention decision is paramount to ensuring that the act remains contestable before a competent administrative judge⁴⁰.

³⁷ Law No 22-01 relating to Criminal Procedure, promulgated by Dahir No 1-02-255 of 25 Rajab 1423 (3 October 2002), Official Bulletin No 5078 (30 January 2003), arts 16 - 18.

³⁸ Law No 22-01 relating to Criminal Procedure (n 37) arts 16 and 18.

³⁹ Dahir No 1-56-115 of 5 Shawwal 1375 (16 May 1956) concerning the General Directorate of National Security; Dahir No 1-57-280 of 22 Jumada II 1377 (14 January 1958) on the Service of the Royal Gendarmerie, arts 1 and 7; Law No 41-90 establishing Administrative Courts, promulgated by Dahir No 1-91-225 of 22 Rabi I 1414 (10 September 1993), art 8.

⁴⁰ Younés Zakkari, 'Gouvernance sécuritaire, défi de la construction de l'État de droit au Maroc' (2013) 112-113 *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 89, 90 - 93.

B. The “Humanized” Border Management Model and Procedural Safeguards

The notion of “humanized” border management refers, in legal terms, to an effort to exercise border powers within a framework that gives greater weight to procedural guarantees and the protection of vulnerable persons⁴¹. In the Moroccan context, the issue is not the abandonment of border control, but the legal conditions under which such control is justified, implemented, and reviewed. The significance of this shift lies in the attempt to articulate migration management, public order, and humanitarian considerations within the same normative framework.

Morocco’s unique geographic and geopolitical positioning renders this tension structural. Placed in immediate contact with Europe via highly sensitive transit corridors, the mastery of irregular flows constitutes a major vector of political pressure and international cooperation⁴². Simultaneously, Morocco asserts its identity as an influential African actor deeply engaged in regional solidarity, which invites treating migration as a durable social reality rather than a mere security anomaly⁴³. Furthermore, Morocco has transitioned from a transit space to a destination of settlement, obliging the state to shift its policy focus from the mere act of border crossing to the complex management of long-term presence, integration, and social cohesion.

The dialectic between public order and human rights forms the theoretical core of Morocco’s border philosophy. Public order, in this context, is defined functionally as the state’s capacity to maintain collective security and social stability through control practices, surveillance, and administrative decisions. However, security is not an absolute derivative of control; it depends intrinsically on the legal quality and legitimacy of that control. Brutal, opaque, or procedurally deficient enforcement generates severe counter-productive effects, multiplying vulnerabilities, fostering social tension, and degrading international legitimacy. Consequently, humanization is not a rhetorical moral

⁴¹ Meriem Chouki, ‘La politique migratoire au Maroc: quelle protection des droits de l’homme ?’ (2019) 144 *Revue Marocaine d’Administration Locale et de Développement* 292.

⁴² Pascal Boniface, *La géopolitique: 50 fiches pour comprendre l’actualité* (Eyrolles 2025) 30, 203.

⁴³ Rachid Filali Meknassi, ‘Moroccan Migration Law in Storm’ (2019) 4 *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 126, 132 - 35; Katharina Natter, ‘Ad-hocratic Immigration Governance: How States Secure Their Power over Immigration through Intentional Ambiguity’ (2023) 11(4) *Territory, Politics, Governance* 677, 682 - 86.

posture but a strict governance requirement⁴⁴. It involves recognizing that individuals retain fundamental rights even in irregular administrative situations, ensuring robust procedural guarantees against arbitrary deprivation of liberty, and building institutional mechanisms that render migrant presence administratively intelligible to drastically reduce the invisibility that feeds exploitation.

In 2013, prompted by the CNDH report *Foreigners and Human Rights in Morocco*, Morocco initiated a policy shift that culminated in the adoption by the Government Council, on 18 December 2014, of the National Strategy on Immigration and Asylum (SNIA). Conceived as a comprehensive and more human-centred migration policy framework, the SNIA aimed to reorganize migration governance beyond a purely security-based approach. A central, defining instrument of the SNIA was the execution of exceptional regularization operations in 2014 and 2017, which resulted in the granting of legal residence to approximately 50,000 undocumented migrants⁴⁵, predominantly from Sub-Saharan Africa⁴⁶.

From a doctrinal public law perspective, regularization is an act of deep public order and normalization. By granting a residence title, the state transitions an individual from clandestine invisibility into the ordinary legal framework, conferring administrative recognition and altering the individual's fundamental relationship with the state. This process requires complex administrative architectures: the establishment of specific application windows, review commissions, defined timelines, and avenues for appeal. Ultimately, integration acts as a preventive security tool; a migrant population that is administratively and socially integrated is inherently more stable, severely reducing the operational margins of criminal smuggling networks.

⁴⁴ Abdelaziz Bencheikh, 'La gestion de la crise des flux migratoires entre le Maroc et l'Union européenne' (2016) 126-127 *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 284.

⁴⁵ National Human Rights Council (Morocco), *Foreigners and Human Rights in Morocco: For a Radically New Asylum and Immigration Policy* (2013); National Human Rights Council (Morocco), *Avis sur le projet de loi n° 103-13 relatif à la lutte contre la traite des êtres humains* (2016) 6; Ministry Delegate in Charge of Moroccans Living Abroad and Migration Affairs, *National Immigration and Asylum Policy: 2018 Report* (2019).

⁴⁶ Anna Jacobs, 'Global Compact for Migration: Security Constraints versus Humanitarian Morality in the Case of Morocco' (Al Jazeera Centre for Studies 2019) 4.

Despite the progressive ambitions articulated within the SNIA, a pronounced normative lag and legal dichotomy persist within the Moroccan system. The legal framework is characterized by a deep stratification where modern constitutional principles and international human rights commitments overlay an aging, security-dominated ordinary legislation⁴⁷. While the SNIA promotes integration, the primary legislative text governing daily interactions at the border remains Law 02-03⁴⁸. This creates a structural fragility: the humanization of border management remains highly dependent on administrative circulars, political will, and discretionary policies rather than comprehensive, codified legislative reform. A circular organizes administrative behavior but does not establish a statutory right in the full sense, producing an ambiguity that undermines legal certainty.

This fragility is profoundly evident in the realm of asylum. While Morocco is a signatory to the 1951 Geneva Convention, the comprehensive national draft law on asylum (Bill 66-17) has languished for years without parliamentary adoption⁴⁹. In the absence of a codified national asylum procedure, the protection system operates heavily through ad hoc administrative arrangements and the direct involvement of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)⁵⁰. Asylum seekers are rendered procedurally fragile, lacking a robust domestic statutory shield against the ordinary logics of border policing and deportation.

The institutional fragility of this framework is further exacerbated by the operational paralysis of the Bureau of Refugees and Stateless Persons (BRA). Originally established by a 1957 decree to ensure the legal and administrative protection of recognized refugees, the BRA has effectively ceased its primary functions pending the enactment of a comprehensive asylum law. Consequently, the absence of this codified national framework deprives migrants of statutory access to social security, healthcare, and housing, placing the domestic regime in direct tension with the obligations outlined in Articles 27, 28, and 43(1)(d) of the Convention on the Protection of the Rights of

⁴⁷ Achraf El Hila, 'La place du Pacte mondial pour les migrations dans la stratégie migratoire marocaine' (2022) 167 *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 258.

⁴⁸ Law No 02-03 (n 24).

⁴⁹ El Ouassif (n 26) 8.

⁵⁰ Ministry Delegate in Charge of Moroccans Living Abroad and Migration Affairs, *National Immigration and Asylum Policy: 2018 Report* (2019) 92 - 93.

Migrant Workers in a regular situatio⁵¹. For the strategic decision-maker, this institutional void transforms routine border enforcement into a highly complex, ad hoc management of vulnerabilities.

The jurisprudence of Moroccan administrative tribunals provides the critical mechanism for challenging border police decisions, effectively serving as the crucible where the human rights dialectic is tested⁵². Law 02-03 incorporates specific procedural mechanisms for refusal of entry, border removal, expulsion, and maintenance pending departure. Refusal of entry is governed primarily by Article 4, which allows the competent border authority to deny admission where the relevant entry conditions are not met or where the person's presence would threaten public order. Border removal (*reconduite à la frontière*) is regulated by Articles 21 to 24, which require a reasoned administrative decision and allow the foreign national, within forty-eight hours of notification, to seek annulment before the president of the administrative tribunal acting in summary proceedings⁵³. The judge must rule within four clear days; the appeal suspends execution until a decision is delivered, and the person concerned may request an interpreter, access to the administrative file, and the assistance of counsel.

Expulsion is governed by Articles 25 to 27 and is reserved, in principle, for cases in which the foreigner's presence constitutes a serious threat to public order, subject to statutory protections and exceptional derogations for State security or public safety. The law also distinguishes the removal measure from the determination of the country of return, governed by Articles 29 and 30, and prohibits removal to a country where the person's life or liberty would be threatened or where he or she would be exposed to inhuman, cruel, or degrading treatment. Maintenance in non-penitentiary premises pending

⁵¹ Furthermore, within the labour market, Morocco applies the principle of national preference: the administration must certify the absence of any domestic candidate on the Moroccan labour market capable of fulfilling the duties of the intended employment (a requirement typically satisfied by publishing the job offer in newspapers). This principle is governed by Dahir No 1-03-194 of 11 September 2003 promulgating Law No 65-99 relating to the Labour Code [2003]. Specifically, Book IV, Chapters V and VI (arts 516-521) of the said law establish the conditions for the employment of foreign wage-earners.

⁵² Law No 02-03 (n 24) arts 4, 21 - 24.

⁵³ Law No 02-03 (n 24) arts 25 - 30, 34 - 36; Administrative Tribunal of Rabat, Order No 17, Case No 350/06 (24 January 2007) as cited in GADEM and La Cimade, *Justice sans frontières* (Rabat 2009).

departure is governed by Articles 34 to 36: it must be based on a written and reasoned administrative decision, the *Procureur du Roi* must be informed immediately, judicial authorization is required after twenty-four hours, and the person concerned is entitled to interpretation, medical and legal assistance, and contact with the consulate or a person of choice. This procedural framework has also been reinforced in administrative case law, notably by Rabat Administrative Tribunal, Order No 17, Case No 350/06 (24 January 2007), which confirmed that border-removal measures remain subject to urgent judicial review.

II. Contemporary Risks in Border Governance and the Frontex Comparative Benchmark

The rapid evolution of migratory dynamics, transnational organized crime, and regional geopolitical realignments has forced a massive functional expansion of the border's traditional role. "Risk" in the context of border governance is treated as an operative legal category: it designates the specific threats invoked to justify the intensification of preventive state action, administrative policing, and intelligence gathering. However, the acceleration of risk management must be continuously tested against the cumulative requirements of legitimate purpose (*finalité*), necessity, proportionality, structured traceability, and effective oversight. Failure to adhere to these cumulative requirements transforms legitimate risk mitigation into arbitrary state action.

A. Security, Humanitarian, and Geostrategic Risks at the Moroccan Frontier

Contemporary risks at the Moroccan border manifest across three highly intersecting registers: security, humanitarian vulnerabilities, and geostrategic maritime shifts. Each category exerts unique, acute pressures on the legal and operational architecture of border management, requiring dynamic adaptations in enforcement and oversight⁵⁴.

In the security register, the primary risks are consistently framed around terrorism, cross-border smuggling, and the facilitation of transnational trafficking networks. This framing is reflected in a dense penal and security apparatus that

⁵⁴ Lydia Lebon, 'Un espace sans contrôles aux frontières intérieures n'est viable que si ses frontières extérieures sont dûment protégées' in *Le contrôle aux frontières: l'exemple de Schengen* (Bruylant 2017) 5.

has been progressively strengthened since the early 2000s⁵⁵. The inherent legal peril in this high-stakes environment is the centrifugal tendency of border powers. Enhanced controls that are initially justified by targeted, severe threats often produce a generalized inflation of surveillance, arbitrary checks, and restrictions. This over-extension manifests legally in three distinct patterns. First, “purpose drift” occurs when measures designed specifically for counter-terrorism are routinely repurposed as general public-order tools without a recalibration of procedural safeguards. Second, “procedural dilution” emerges when the operational demand for extreme speed compresses the time necessary for individualized assessment and reasoned decision-making. Third, “normative layering” complicates accountability; multiple legal bases (penal, customs, and immigration) are often combined simultaneously, obfuscating the chain of command and complicating the victim’s ability to identify the competent judge for legal redress.

Furthermore, security risks have catalyzed a profound structural transition from the physical checkpoint to the “border by information”. Border enforcement increasingly relies on upstream data collection, algorithmic profiling, vast watchlists, and digitized risk indicators⁵⁶. This informationalization fundamentally alters the calculus of legality. When a decision to deny admission or initiate an interception depends on an opaque data signal, legal certainty requires strict adherence to comprehensive data protection frameworks. Morocco’s Law 09-08 on the protection of personal data establishes broad definitions of personal information, encompassing sound and image, and mandates strict principles of purpose limitation, data accuracy, and proportionality⁵⁷. The National Commission for the Control of

⁵⁵ The judicial formalization of this security apparatus is primarily rooted in Dahir No. 1-03-140 (2003), which promulgated Law No. 03-03 on Combatting Terrorism, expanding investigative powers, and Dahir No. 1-03-196 (2003), which enacted Law No. 02-03 on the Entry and Stay of Foreigners, criminalizing irregular emigration for the first time. This framework was later complemented by Dahir No. 1-16-127 (2016), promulgating Law No. 27-14 on Combatting Trafficking in Human Beings, aligning national legislation with international standards while reinforcing the penal response to transnational criminal networks operating at the borders.

⁵⁶ Amaël Cattaruzza, *Géopolitique des données numériques: Pouvoir et conflits à l’heure du Big Data* (Le Cavalier Bleue Editions 2019) 147 - 150.

⁵⁷ This is further reinforced by Dahir No. 1-09-15 (2009), which promulgated Law No. 09-08 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data. Specifically, Article 1(1) of the Law establishes a broad definition of personal information, encompassing any information relating to an identified or identifiable natural person, including sound and image, and mandates strict principles of purpose limitation, data accuracy, and proportionality.

Personal Data Protection (CNDP) oversees compliance, possessing investigatory powers and the ability to refer severe breaches to prosecutorial authorities⁵⁸. Ensuring the auditability and traceability of these informational systems is indispensable; without reviewable logs detailing precisely how a risk indicator was generated and acted upon, effective judicial or administrative oversight over the algorithmic border becomes entirely illusory⁵⁹.

The humanitarian risk register is dominated by the severe complexities of mixed migration flows and the structural vulnerabilities of individuals on the move. Morocco's border policies are heavily influenced by the externalization of European migration controls⁶⁰. Under cooperative frameworks funded by the EU, such as the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument - Global Europe (NDICI-Global Europe) and the Emergency Trust Fund for Africa, Moroccan authorities face immense, continuous pressure to intercept migrants and block departures toward European shores. This externalization dynamic frequently transforms the Moroccan border into a partner jurisdiction increasingly integrated into EU migration-control dynamics⁶¹, prioritizing performative security metrics (such as the number of interceptions) over human rights compliance.

Civil society and academic reports from 2024 and 2025 critically indicate that this intense pressure often results in practices that several recent reports describe as "legal violence"⁶². Research documents the recurrent patterns of detention and internal displacement of sub-Saharan migrants,

⁵⁸ Law No 09-08 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data (n 57) arts 27-30 and 66.

⁵⁹ Law No 09-08 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data (n 57) arts 27, 30 and 52; Els de Busser, 'Data Protection and Exchange of Information in the Euro-Mediterranean Partnership' (2021) 22(1) *European Journal of Migration and Law* 74.

⁶⁰ Younès Ahouga and Rahel Kunz, '« Gendarme de l'Europe » ou « chef de file » ? Le Maroc dans le dispositif régulateur des migrations euro-méditerranéennes' (2017) 74 *Critique internationale* 95, 96 - 99.

⁶¹ Regulation (EU) 2021/947 of the European Parliament and of the Council of 9 June 2021 establishing the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument - Global Europe [2021] OJ L209/1; European Commission, *EU Migration Support in Morocco* (Factsheet, March 2023); European Court of Auditors, *Special Report 17/2024: The EU Emergency Trust Fund for Africa* (25 September 2024).

⁶² Leslie Gross-Wyrtzen and Zineb Rachdi El Yacoubi, 'Externalizing Otherness: The Racialization of Belonging in the Morocco-EU Border' (2024) 155 *Geoforum* 103673.

who are frequently removed from northern border zones near the Spanish enclaves of Ceuta and Melilla and transported to remote southern areas or informal peripheral camps. These internal deportations often occur without formal procedures, depriving individuals of communication and legal representation, leading researchers to classify them as practices raising concerns analogous to enforced disappearance⁶³. Such practices, often lacking a precise basis in Law 02-03, expose the state to significant litigation exposure, violate international prohibitions against collective expulsion, and sit uneasily with the human-centered orientation of the SNIA. The 2022 tragedy at the Melilla border fence, which resulted in numerous fatalities, illustrates the extreme volatility that can override procedural safeguards associated with rule-of-law administration⁶⁴.

The volatility of this externalization is starkly illustrated by the acute crises at the Ceuta and Melilla perimeters in 2021 and 2022. The sudden influx of approximately 8,000 migrants into Ceuta within a 24-hour period, followed by the tragic events at the Melilla fence where at least 23 migrants died, underscores how the border rapidly transitions from a regulated administrative perimeter into a geopolitical friction zone when bilateral cooperation falters⁶⁵. The legal sensitivity of these practices is further highlighted by *N.D. and N.T. v. Spain*, in which the Grand Chamber of the European Court of Human Rights found no violation of Article 4 of Protocol No. 4 or Article 13 in the specific circumstances of the Melilla fence crossing, while reaffirming that Contracting States must provide genuine and effective access to lawful entry procedures and protection claims at the border⁶⁶. Furthermore, the 2021 decision by France to unilaterally reduce visa issuances to Moroccan nationals by 50%-invoking a lack of cooperation on consular laissez-passer for deportations-demonstrates how the legal right to mobility is frequently used

⁶³ Association for Juridical Studies on Immigration (ASGI), *Untraceable: Border practices and enforced disappearance in Morocco* (SOLROUTES Project Report 2025).

⁶⁴ Human Rights Watch, 'Morocco/Spain: Horrific Migrant Deaths at Melilla Border' (29 June 2022); Amnesty International, 'Morocco/Spain: Reveal fate of migrants who remain missing two years after deadly Melilla border incident' (24 June 2024).

⁶⁵ Amnesty International, *Vérité, justice et réparations: le Maroc et l'Espagne doivent fournir des réponses aux victimes de Melilla* (Index: MDE 29/6257/2022, 2022) 12.

⁶⁶ *N.D. and N.T. v Spain* App nos 8675/15 and 8697/15 (ECtHR, Grand Chamber, 13 February 2020). See also European Court of Human Rights, Press Release ECHR 063 (2020), 13 February 2020.

as an instrument of diplomatic pressure⁶⁷. These events highlight the imperative for state authorities to maintain robust, autonomous border doctrines that are not overly reliant on asymmetrical cooperative frameworks.

In the maritime domain, geostrategic and resource risks compound the legal complexities of sovereignty enforcement. The maritime border is currently undergoing a profound geostrategic reconfiguration through the Moroccan Atlantic Initiative, officially launched in late 2023. This ambitious, state-led corridor strategy aims to provide landlocked Sahelian countries—specifically Mali, Niger, Burkina Faso, and Chad—with direct maritime access to the Atlantic Ocean via Moroccan infrastructure, utilizing the deep-water port of Dakhla and transit routes through Mauritania⁶⁸. Geostrategically, this initiative shifts the paradigm of the southern maritime border from a purely defensive security perimeter into a proactive integration corridor designed to alter regional trade dynamics, reduce the structural penalty of Sahelian landlockedness, and construct a coherent African Atlantic geopolitical space.

However, this economic ambition introduces severe security and legal implications. The success of the transit corridors requires robust legal and military coordination to combat the pervasive threat of jihadist insurgencies, transnational organized crime, and territorial fragmentation currently plaguing the Alliance of Sahel States (AES)⁶⁹. Furthermore, Morocco's 2020 maritime laws (37-17 and 38-17) asserting jurisdiction over its EEZ and continental shelf have reignited complex legal disputes with Spain, particularly regarding the overlapping maritime delimitations near the Canary Islands and the rights to exploit underwater resources like Mount Tropic, a seamount rich in critical minerals such as tellurium and cobalt⁷⁰. The Atlantic Initiative underscores that modern maritime border management must

⁶⁷ French Government Spokesperson, 'Déclaration sur la réduction de l'octroi de visas aux ressortissants du Maghreb' (Press Briefing, Paris, 28 September 2021). <<https://www.vie-publique.fr/discours/281758-gabriel-attal-28092021-prix-gaz-electricite-visas-maghreb-zemmour> Accessed the 07.03.2026>.

⁶⁸ Mohamed Tangi, « L'Initiative Royale pour l'Afrique Atlantique et le Sahel » in *Les enjeux stratégiques des espaces maritimes de l'Afrique atlantique* (Policy Center for the New South 2025) 21 - 29.

⁶⁹ Abdelhak Bassou, « Les États de l'AES et l'Afrique de l'Ouest, quelles perspectives ? » in *Dialogues Stratégiques - Vol. XVII: Quelle place pour l'Europe sur la nouvelle scène internationale ? - Les États de l'AES et l'Afrique de l'Ouest, quelles perspectives ?* (Policy Center for the New South 2025) 108 - 110.

⁷⁰ Hoyos Medina and Santaella García, 'Conflict Over the Delimitation of Waters Between Spain and Morocco' (n 32) 447 - 49.

meticulously regulate not only the exclusion of asymmetric threats and the fulfillment of Search and Rescue (SAR) obligations but also the secure facilitation of transnational economic integration under the strict parameters of UNCLOS.

B. The European Integrated Border Management (EIBM) Model and Lessons for Institutional Accountability

To critically assess the resilience, efficiency, and rule-of-law quality of Morocco's border regime, it is highly instructive to engage in a rigorous functional comparison with the European Integrated Border Management (EIBM) model. Operationalized primarily by Frontex under the mandate of EU Regulation 2019/1896, the EIBM represents the apex of supranational border coordination⁷¹. This comparison is not intended to suggest a direct institutional transposition-given the vast legal and political differences between a supranational agency operating within the Schengen area and a sovereign African state-but rather to extract vital analytical benchmarks regarding strategic coordination, risk analysis, and accountability architectures.

The EIBM framework is a holistic, multiannual policy cycle defined comprehensively by 15 strategic components⁷². These components move far beyond localized checkpoint controls, structuring border management across a "four-tier access control model"⁷³. The tiers include: (1) measures taken in third countries, addressing irregular migration at its source; (2) cooperation with neighboring states; (3) systematic border control and surveillance at the physical external border; and (4) measures within the Schengen area, encompassing police cooperation and returns. Crucially, the EIBM embeds the protection of fundamental rights, research and innovation, and standardized education and training as overarching horizontal components that must permeate every operational layer, ensuring that security enforcement aligns completely with international obligations⁷⁴.

⁷¹ Regulation (EU) 2019/1896 (n 20) arts 1 and 3.

⁷² Regulation (EU) 2019/1896 (n 20) arts 3 and 8; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council establishing the multiannual strategic policy for European integrated border management COM(2023) 146 final, annex I.

⁷³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council establishing the multiannual strategic policy for European integrated border management COM(2023) 146 final, 4.

⁷⁴ Regulation (EU) 2019/1896 (n 20) art 3(2); Communication from the Commission to the European Parliament and the Council establishing the multiannual strategic policy for European integrated border management COM (2023) 146 final (n 72) annex I, components 13 - 15.

A vital cornerstone of the Frontex operational doctrine is the Common Integrated Risk Analysis Model (CIRAM 2.1). CIRAM shifts border governance away from purely reactive policing toward a structured, management-based approach to threat assessment. The model mathematically defines border risk as a function of three intersecting variables: *Threat* (a force or pressure acting upon the border, characterized by its magnitude and likelihood), *Vulnerability* (the structural capacity of the border system to mitigate that specific threat), and *Impact* (the potential socio-economic or political consequences if the threat materializes)⁷⁵. By systematically breaking down risk into these constituent components, CIRAM allows decision-makers to optimize the allocation of constrained resources, formulate targeted countermeasures, and define precise operational targets⁷⁶. For Morocco, which often relies on a generalized, sometimes opaque “public order” logic to justify enforcement, adopting a similarly formalized and auditable risk analysis methodology would provide a legally sound basis for targeted interventions, ensuring that intelligence-led border controls rigorously satisfy the legal tests of necessity and proportionality.

Regarding accountability and fundamental rights safeguards, the Frontex framework offers a highly structured, albeit heavily scrutinized, architecture. Regulation 2019/1896 mandated the expansion of the Fundamental Rights Officer (FRO), establishing it as an independent entity within the agency⁷⁷. The FRO is supported by a network of statutory Fundamental Rights Monitors deployed directly to operational areas to observe activities, ensure compliance with the principle of *non-refoulement*, and advise coordinating officers on the ground. Furthermore, the FRO manages an Individual Complaints Mechanism, allowing any person directly affected by the actions or inactions of border staff during an operation to submit a formal, free-of-charge grievance⁷⁸. While civil

⁷⁵ Frontex, Common Integrated Risk Analysis Model 2.1 (18 November 2021) <<https://prd.frontex.europa.eu/document/common-integrated-risk-analysis-model-2-1/>> accessed 23 March 2026.

⁷⁶ Frontex, Common Integrated Risk Analysis Model 2.1 (n 75).

⁷⁷ Regulation (EU) 2019/1896 (n 20) art 109.

⁷⁸ Regulation (EU) 2019/1896 (n 20) arts 110-111; Frontex, ‘Fundamental Rights Monitors’ <<https://www.frontex.europa.eu/fundamental-rights/fundamental-rights-at-frontex/fundamental-rights-monitors/>> accessed 23 March 2026; Frontex, ‘Frontex Complaints Mechanism’ <<https://www.frontex.europa.eu/fundamental-rights/frontex-complaints-mechanism/>> accessed 23 March 2026.

society organizations and human rights watchdogs frequently criticize Frontex for a persistent culture of under-reporting, alleged complicity in illegal pushbacks in the Aegean, and a failure to adequately sanction member states for severe abuses, the *structural design* of the FRO mechanism sets a definitive benchmark for administrative transparency⁷⁹. In contrast, Morocco relies on the broad oversight of the National Council for Human Rights (CNDH) and the post-facto review of administrative tribunals, lacking a dedicated, formalized complaint mechanism embedded directly at the point of operational interaction.

Table 2: Governance Functions: Frontex/EIBM Benchmark and Moroccan Context & Potential Adaptation.

Governance Function	Frontex / EIBM Benchmark	Moroccan Context & Potential Adaptation
Operational Strategy	15 Components of EIBM organized across a multiannual four-tier access control model.	Plurality of actors (DGSN, Gendarmerie, Customs) lacking a codified, unified multiannual strategy. Adaptation requires enhanced, formalized inter-service reporting.
Risk Assessment	CIRAM 2.0 methodology (Risk = Threat × Vulnerability × Impact).	Reliance on generalized public order/security logic. Adaptation requires the integration of auditable, standardized risk analysis methodologies to ensure proportionality.
Rights Monitoring	Independent Fundamental Rights Officer (FRO) & deployed field monitors at operations.	National Human Rights Council (CNDH) acts as a systemic, high-level watchdog. Adaptation requires operational-level monitoring directly at border sites.
Grievance Resolution	Formalized Individual Complaints Mechanism linked directly to specific operational deployments.	Reliance on general administrative tribunals (<i>référé</i>). Need for accessible, non-judicial complaint channels immediately available to affected migrants.

In the specific context of EU-Morocco cooperation, border externalization creates highly complex, multi-actor enforcement chains where the attribution of legal responsibility becomes dangerously opaque. The EU has consistently

⁷⁹ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of Regulation (EU) 2019/1896 on the European Border and Coast Guard, including a review of the Standing Corps COM(2024) 75 final (n 20), annex; Mariana Gkliati, 'Shaping the Joint Liability Landscape? The Broader Consequences of WS v Frontex for EU Law' (n 20).

viewed Morocco as a privileged partner, channeling hundreds of millions of euros through various instruments to build border infrastructure and support migration management⁸⁰. However, formalizing the deepest levels of operational cooperation remains politically delicate and highly contested.

As of 2025 and early 2026, while Frontex maintains working arrangements with numerous third countries to facilitate information sharing via EUROSUR and deploy executive forces, negotiations for a fully formalized working arrangement with Morocco remain incomplete, though plans exist to appoint a Frontex liaison officer to Rabat⁸¹. Furthermore, decades of negotiations for an EU-Morocco readmission agreement remain deadlocked. This impasse is primarily due to Morocco's steadfast refusal to accept the EU's demand for the forced return of third-country nationals (TCNs) who merely transited its territory. Morocco rejects this clause, citing the disproportionate financial and logistical burden it would place on the Moroccan state, as well as the severe risk that acting as Europe's deportation hub would fundamentally undermine its geostrategic alliances and economic diplomacy within Sub-Saharan Africa. The 15th EU-Morocco Association Council held in January 2026 reaffirmed the strategic nature of the partnership but exposed the underlying geopolitical strains, revealing a reactive logic heavily focused on security and migration containment rather than balanced human development⁸².

This demand for deep operational integration is significantly complicated by the profound legal paradoxes characterizing European policy. In October 2024, the Court of Justice of the European Union (CJEU) definitively annulled the agriculture and fishing agreements between the EU and Morocco, ruling that the inclusion of the Moroccan Sahara lacked the explicit consent of the "*people of Western Sahara*"⁸³. This jurisprudence creates a fundamental strategic contradiction for the European

⁸⁰ Chris Jones, Romain Lanneau and Yasha Maccanico, *Access denied: Secrecy and the externalisation of EU migration control* (Heinrich-Böll-Stiftung 2022) 8, 22 - 25.

⁸¹ Frontex, *Report on cooperation between Frontex and third countries in 2023* (Frontex 2024) <<https://www.statewatch.org/media/4748/report-on-cooperation-between-frontex-and-third-countries-in-2023.pdf>> accessed 6 March 2026 at 16:02; see also Frontex Management Board Decision 21/2024 on the approval of the deployment of a Frontex liaison officer to the Kingdom of Morocco (4 May 2024).

⁸² European Policy Centre, 'EU-Morocco partnership at 30: adaptation under geopolitical strain' (EPC, 2 February 2026) <<https://www.epc.eu/publication/eumorocco-partnership-at-30-adaptation-under-geopolitical-strain/>> accessed 7 March 2026 at 02:54.

⁸³ Joined Cases C-779/21 P and C-799/21 P *Commission and Council v Front Polisario* [2024] ECLI:EU:C:2024:843, paras 102-105; see also Joined Cases C-778/21 P and C-798/21 P [2024] ECLI:EU:C:2024:842.

Integrated Border Management (EIBM) model: the EU concurrently demands that Morocco hermetically secure its southern frontiers against irregular migration and transnational threats, while European judicial institutions refuse to recognize Morocco's territorial and commercial sovereignty over those exact same borders. Such legal incoherence necessitates a highly calibrated response from territorial and security commanders, who must balance the demands of international operational cooperation with the defense of uncompromised national sovereignty.

The central comparative lesson for Moroccan domestic reform is the absolute imperative of procedural traceability and institutional accountability. To insulate its border governance against allegations of arbitrary action, mitigate litigation risks, and assert its sovereignty responsibly within asymmetrical international partnerships, Morocco must prioritize three distinct accountability layers. First, the establishment of mandatory decision registries at all border crossing points to ensure that every restrictive decision—whether a refusal of entry, a maritime interception, or an administrative detention—is explicitly linked to a verifiable legal basis and a specific authorizing official. Second, functional inter-service reporting must be formalized between the DGSN, the Royal Gendarmerie, the Royal Navy, and Customs to mirror the deep functional integration demanded by modern transnational risks. Finally, building upon the established constitutional oversight capacity of the CNDH, Morocco requires the implementation of independent, highly accessible audit mechanisms capable of evaluating systemic patterns of vulnerability handling and operational compliance. This structural evolution is necessary to ensure that the progressive “humanized” border discourse initiated by the SNIA translates definitively into verifiable, rights-compliant administrative reality.

Conclusion

This study has shown that the Moroccan border can no longer be understood simply as a territorial line marking the outer edge of State space. It must instead be conceived as a structured legal environment in which sovereignty is exercised through administrative decisions that directly affect liberty, movement, property, and legal status. Border governance is therefore not merely a question of operational control. It is a field of public law in which legality depends on competence, procedural discipline, reason-giving, traceability, and effective remedies.

From that perspective, the principal weakness identified in the Moroccan framework is not the absence of legal authority, but the fragmentation of its exercise. Moroccan law already provides substantial legal bases for refusal of entry, removal, maritime interception, customs intervention, and data-based forms of control. The more difficult issue is whether these powers are exercised through procedures that remain attributable, reviewable, and institutionally coherent. Where several authorities intervene in succession or in parallel, responsibility may become blurred, procedural guarantees harder to verify, and judicial review less effective.

This difficulty is especially visible in concrete situations. In removal procedures under Law No 02-03, the central issue is not only whether the administration may act, but whether the measure is reasoned, traceable, and open to effective challenge within a meaningful procedural framework. Similar concerns arise in maritime interception operations, where sovereignty, migration control, security, and inter-agency coordination overlap in ways that may complicate legal attribution and oversight. In both cases, legality cannot be reduced to formal authorization alone; it also requires identifiable responsibility and verifiable safeguards.

The comparison with the Frontex-related integrated border management model does not support any institutional transplantation into a sovereign domestic order. Its relevance lies elsewhere. It helps identify several legal and administrative benchmarks that could strengthen Moroccan border governance: more systematic decision registries at border points, more formalized reporting between the DGSN, the Royal Gendarmerie, the Royal Navy, and Customs, and more accessible oversight mechanisms capable of reviewing operational practices affecting vulnerable persons. These are not merely managerial adjustments. They are legal conditions for making border power more accountable and more intelligible.

Ultimately, the future consolidation of Moroccan border law depends less on expanding coercive powers than on refining the legal architecture through which those powers are exercised. A contemporary border regime is judged not only by its capacity to control circulation, but also by its capacity to justify, document, and answer for the exercise of public authority at the edge of sovereignty. In that sense, the strength of the Moroccan border regime will depend on its ability to combine operational effectiveness with legal intelligibility, procedural traceability, and credible accountability.

Bibliography

- Administrative Tribunal of Rabat, Order No 17, Case No 350/06 (24 January 2007)
- Ahouga Y and Kunz R, '« Gendarme de l'Europe » ou « chef de file » ? Le Maroc dans le dispositif régulateur des migrations euro-méditerranéennes' (2017) 74 *Critique internationale* 95
- Amnesty International, 'Morocco/Spain: Reveal fate of migrants who remain missing two years after deadly Melilla border incident' (24 June 2024)
- Amnesty International, *Vérité, justice et réparations: le Maroc et l'Espagne doivent fournir des réponses aux victimes de Melilla* (Index MDE 29/6257/2022, 2022)
- Apatzidou V, 'Bordering Asylum: Examining the EU's Border Procedures under the New Pact on Migration and Asylum' (2025) 37(2) *International Journal of Refugee Law* 201
- Association for Juridical Studies on Immigration (ASGI), *Untraceable: Border practices and enforced disappearance in Morocco* (SOLROUTES Project Report 2025)
- Bassou A, 'Les États de l'AES et l'Afrique de l'Ouest, quelles perspectives ?' in *Dialogues Stratégiques - Vol. XVII: Quelle place pour l'Europe sur la nouvelle scène internationale ? - Les États de l'AES et l'Afrique de l'Ouest, quelles perspectives ?* (Policy Center for the New South 2025)
- Beaulac S, *The Power of Language in the Making of International Law: The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia* (Martinus Nijhoff Publishers 2004)
- Boniface P, *La géopolitique: 50 fiches pour comprendre l'actualité* (Eyrolles 2025)
- C. R. Whittaker, *Frontiers of the Roman Empire: A Social and Economic Study* (Johns Hopkins University Press 1994).
- Cattaruzza A, *Géopolitique des données numériques: Pouvoir et conflits à l'heure du Big Data* (Le Cavalier Bleu 2019)
- Chahdi H, *Le Maroc et les traités internationaux: tradition et modernité* (L'Harmattan 2018)
- Chouki M, 'La politique migratoire au Maroc: quelle protection des droits de l'homme ?' (2019) 144 *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 292
- Clavin T, *La véritable histoire des Dalton: derniers hors-la-loi du Far West* (Laurent Bury tr, Alisio 2025)
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council establishing the multiannual strategic policy for European integrated border management COM(2023) 146 final
- Constitution of the Kingdom of Morocco 2011
- Craven M, 'Between Law and History: The Berlin Conference of 1884-1885 and the Logic of Free Trade' (2015) 3(1) *London Review of International Law* 31

Crawford J, *The Creation of States in International Law* (2nd edn, OUP 2006)

Customs and Indirect Taxes Code, approved by Dahir promulgating Law No 1-77-339 of 9 October 1977

Dahir No 1-56-115 of 16 May 1956 concerning the General Directorate of National Security

Dahir No 1-57-280 of 14 January 1958 on the Service of the Royal Gendarmerie

de Busser E, 'Data Protection and Exchange of Information in the Euro-Mediterranean Partnership' (2021) 22(1) *European Journal of Migration and Law* 74

Decree No 2-19-1086 of 30 January 2020 on the attributions and organization of the Ministry of the Interior

Diarra E and Keita K, *L'Afrique et ses trajectoires juridiques: Du droit précolonial au droit colonial et les enjeux identitaires du droit postcolonial* (L'Harmattan 2026)

El Ouassif A, 'The Socio-Economic and Political Dynamics Around Migration in Morocco' (Policy Center for the New South, Policy Brief 05/22, January 2022)

El Periódico de Canarias, 'Sánchez debe hablar bien claro sobre su entrega del espacio aéreo de Canarias a Marruecos' (2024) <<https://www.elperiodicodecanarias.es/sanchez-debe-hablar-bien-claro-sobre-su-entrega-del-espacio-aereo-de-canarias-a-marruecos/>> accessed 2 April 2024

European Commission, 'Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of Regulation (EU) 2019/1896 on the European Border and Coast Guard, including a review of the Standing Corps' COM(2024) 75 final

European Commission, *EU Migration Support in Morocco* (Factsheet, March 2023)

European Court of Auditors, *Special Report 17/2024: The EU Emergency Trust Fund for Africa* (25 September 2024)

European Court of Human Rights, Press Release ECHR 063 (2020), 13 February 2020

European Policy Centre, 'EU-Morocco partnership at 30: adaptation under geopolitical strain' (2 February 2026) <<https://www.epc.eu/publication/eumorocco-partnership-at-30-adaptation-under-geopolitical-strain/>> accessed 7 March 2026

Filali Meknassi R, 'Moroccan Migration Law in Storm' (2019) 4 *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 126

French Government Spokesperson, 'Déclaration sur la réduction de l'octroi de visas aux ressortissants du Maghreb' (Press Briefing, Paris, 28 September 2021) <<https://www.vie-publique.fr/discours/281758-gabriel-attal-28092021-prix-gaz-electricite-visas-maghreb-zemmour>> accessed 7 March 2026

Frontex, 'Frontex Complaints Mechanism' <<https://www.frontex.europa.eu/fundamental-rights/frontex-complaints-mechanism/>> accessed 23 March 2026

- Frontex, 'Frontex-Morocco outlining the next steps for closer cooperation' (Press release, 12 December 2023)
- Frontex, 'Fundamental Rights Monitors' <<https://www.frontex.europa.eu/fundamental-rights/fundamental-rights-at-frontex/fundamental-rights-monitors/>> accessed 23 March 2026
- Frontex, *Common Integrated Risk Analysis Model 2.1* (18 November 2021) <<https://prd.frontex.europa.eu/document/common-integrated-risk-analysis-model-2-1/>> accessed 23 March 2026
- Frontex, Frontex Management Board Decision 21/2024 on the approval of the deployment of a Frontex liaison officer to the Kingdom of Morocco (4 May 2024)
- Frontex, *Report on cooperation between Frontex and third countries in 2023* (Frontex 2024) <<https://www.statewatch.org/media/4748/report-on-cooperation-between-frontex-and-third-countries-in-2023.pdf>> accessed 6 March 2026
- Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) (Judgment) [1986] ICJ Rep 554
- GADEM and La Cimade, *Justice sans frontières* (Rabat 2009)
- Gkliati M, 'Shaping the Joint Liability Landscape? The Broader Consequences of WS v Frontex for EU Law' (2024) 9(1) *European Papers* 69
- Gross-Wyrzten L and Rachdi El Yacoubi Z, 'Externalizing Otherness: The Racialization of Belonging in the Morocco-EU Border' (2024) 155 *Geoforum* 103673
- Housni M, *Le Droit douanier au Maroc* (L'Harmattan 2011)
- Hoyos Medina F and Santaella García C, 'Conflict Over the Delimitation of Waters Between Spain and Morocco' (2025) 22(1) *Journal of Maritime Research* 447
- Human Rights Watch, 'Morocco/Spain: Horrific Migrant Deaths at Melilla Border' (29 June 2022)
- Jacobs A, 'Global Compact for Migration: Security Constraints versus Humanitarian Morality in the Case of Morocco' (Al Jazeera Centre for Studies 2019)
- Jeremy Adelman and Stephen Aron, 'From Borderlands to Borders: Empires, Nation-States, and the Peoples in Between in North American History' (1999) 104(3) *The American Historical Review* 814, 814-841.
- Joined Cases C-778/21 P and C-798/21 P [2024] ECLI:EU:C:2024:842
- Joined Cases C-779/21 P and C-799/21 P *Commission and Council v Front Polisario* [2024] ECLI:EU:C:2024:843
- Joint Declaration adopted on the occasion of the official visit of the President of the Spanish Government to the Kingdom of Morocco, 7 April 2022
- Jones C, Lanneau R and Maccanico Y, *Access denied: Secrecy and the externalisation of EU migration control* (Heinrich-Böll-Stiftung 2022)

- Kampmann C, 'The Treaty of Westphalia as Peace Settlement and Political Concept: From a German Security System to the Constitution of International Law' in Weller M, Retter M and Varga A (eds), *International Law and Peace Settlements* (Cambridge University Press 2021)
- Khrouz N, *L'étranger au Maroc: Droit et pratiques* (L'Harmattan 2018)
- Kohen M and Hébié M (eds), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law* (Edward Elgar 2018)
- Lauren Benton, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900* (Cambridge University Press, 2002)
- Law No 02-03 relating to the entry and stay of foreigners in the Kingdom of Morocco, and to emigration and irregular immigration, promulgated by Dahir No 1-03-196 of 11 November 2003
- Law No 03-03 on Combatting Terrorism, promulgated by Dahir No 1-03-140 (2003)
- Law No 09-08 relating to the protection of individuals with regard to the processing of personal data [2009] BO No 5714
- Law No 22-01 relating to Criminal Procedure, promulgated by Dahir No 1-02-255 of 3 October 2002, Official Bulletin No 5078 (30 January 2003)
- Law No 27-14 on combatting trafficking in human beings, promulgated by Dahir No 1-16-127 of 25 August 2016
- Law No 37-17 amending and supplementing the Dahir enacting Law No 1-73-211 establishing the limit of territorial waters, promulgated by Dahir No 1-20-02 of 6 March 2020, *Bulletin Officiel* No 6870 (2 April 2020)
- Law No 38-17 amending and supplementing Law No 1-81 establishing an exclusive economic zone of 200 nautical miles off the Moroccan coasts, promulgated by Dahir No 1-20-03 of 6 March 2020, *Bulletin Officiel* No 6870 (2 April 2020)
- Law No 41-90 establishing Administrative Courts, promulgated by Dahir No 1-91-225 of 10 September 1993
- Law No 65-99 relating to the Labour Code, promulgated by Dahir No 1-03-194 of 11 September 2003
- Lebon L, 'Un espace sans contrôles aux frontières intérieures n'est viable que si ses frontières extérieures sont dûment protégées' in *Le contrôle aux frontières: l'exemple de Schengen* (Bruylant 2017)
- Leo Gross, 'The Peace of Westphalia, 1648-1948' (1948) 42(1) *American Journal of International Law* 20, 20-41
- Limonier K and Reghezza-Zitt M, *Introduction à la géopolitique* (Armand Colin 2023)
- Machrouh J, 'Understanding and Addressing Linkages Between Maritime Security and Land-based Human Insecurities' (Policy Center for the New South, December 2025)

- Mezzadra S and Neilson B, *Border as Method, or, the Multiplication of Labor* (Duke University Press 2013)
- Ministry Delegate in Charge of Moroccans Living Abroad and Migration Affairs, *National Immigration and Asylum Policy: 2018 Report* (2019).]
- Ministry Delegate in Charge of Moroccans Living Abroad and Migration Affairs, *National Immigration and Asylum Policy: 2018 Report* (2019)
- N.D. and N.T. v Spain* App nos 8675/15 and 8697/15 (ECtHR, Grand Chamber, 13 February 2020)
- National Human Rights Council (Morocco), *Avis sur le projet de loi n° 103-13 relatif à la lutte contre la traite des êtres humains* (2016) 6
- National Human Rights Council (Morocco), *Foreigners and Human Rights in Morocco: For a Radically New Asylum and Immigration Policy* (2013)
- Natter K, 'Ad-hocratic Immigration Governance: How States Secure Their Power over Immigration through Intentional Ambiguity' (2023) 11(4) *Territory, Politics, Governance* 677
- Partido Comunista de España, 'El PCE rechaza la cesión del espacio aéreo del Sahara Occidental a Marruecos' (24 March 2024) <<https://www.pce.es/el-pce-rechaza-la-cesion-del-espacio-aereo-del-sahara-occidental-a-marruecos/>> accessed 2 April 2024
- Périer D and Véber J, *Tracer des frontières. 10 histoires de cartes au cœur des conflits contemporain* (Novice 2025)
- Raimondo G, *The European Integrated Border Management: Frontex, Human Rights, and International Responsibility* (Hart Publishing 2024)
- Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624 [2019] OJ L 295/1
- Regulation (EU) 2021/947 of the European Parliament and of the Council of 9 June 2021 establishing the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument - Global Europe [2021] OJ L209/1
- Rousseau J, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (Gallimard 1965)
- RTVE, 'Así es Tropic, la isla canaria del tesoro' <<https://www.rtve.es/noticias/20170418/asi-tropic-isla-canaria-del-tesoro/1525422.shtml>> accessed 6 March 2026
- Salvaudon C and Bitterlich J, *Géopolitique: Cette force qui nous habite* (L'Harmattan 2026)
- Sibley A, 'Frontex, agent intouchable du renseignement migratoire' (2025) 145 *Plein droit* 44

- Stéphane Beaulac, 'The Westphalian Legal Orthodoxy - Myth or Reality?' (2000) 2(2) *Journal of the History of International Law* 148, 148-77.
- Tangi M, 'L'Initiative Royale pour l'Afrique Atlantique et le Sahel' in *Les enjeux stratégiques des espaces maritimes de l'Afrique atlantique* (Policy Center for the New South 2025)
- Teitelbaum E, 'L'État et les relations interconfessionnelles: le vivre ensemble sous le toit de la République' in Andriantsimbazovina J and Kabou P (eds), *Laïcité et défense de l'État de droit* (Presses de l'Université Toulouse Capitole 2020)
- Truett S, 'Borderlands and Border Crossings' in Hoganson K and Sexton J (eds), *The Cambridge History of America and the World* (Cambridge University Press 2022)
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted 15 November 2000, entered into force 29 September 2003, 2225 UNTS 209
- United States Department of State Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, *Limits in the Seas No 149: Spain Maritime Claims and Boundaries* (November 2020)
- Wihtol de Wenden C, *Géopolitique des migrations: 40 fiches illustrées pour comprendre le monde* (Eyrolles 2019)
- Zakkari Y, 'Gouvernance sécuritaire, défi de la construction de l'État de droit au Maroc' (2013) 112-113 *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 89

Zygmunt Bauman’ın “Öteki” Kavramı ve Sorumluluk Etiği Açısından Hukuk Öznesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Emre ŞİMŞEK^(**)

Öz

Bu çalışmada, Zygmunt Bauman’ın ahlâk felsefesi ekseninde “öteki” kavramı analiz edilmekte ve bu kavramın modern hukuk özneliği üzerindeki dönüştürücü imkânları tartışılmaktadır. Modern hukukun rasyonel, anonim ve edilgen bir kurgu olarak tasarladığı hukuk öznesi, Bauman’ın Levinasçı bir izlekle temellendirdiği “sorumluluk etiği” aracılığıyla yeniden okunmaktadır. Çalışma, akışkan modernitenin ürettiği belirsizlik ve ötekileştirme pratikleri karşısında hoşgörü (tolerans) ve dayanışma kavramlarının hukuk düzleminde nasıl bir “etik uyanıklık” imkânı sağlayabileceğini göstermeyi amaçlamaktadır. Analiz sonucunda, hukuk öznesinin salt normlara itaat eden bir teknisyen konumundan çıkarılarak, ötekinin mağduriyetine tanıklık eden ve bu sorumluluğu karşılıksız üstlenen aktif bir fail olarak düşünülmesinin kapsayıcı bir adalet düzeni bakımından belirleyici olduğu ileri sürülmektedir. Çalışma, hukukun katı normatif yapısı ile ahlâki sorumluluğun vicdani boyutu arasındaki gerilimi birarada yaşamının kurucu unsurlarından biri olarak ele almaktadır. Ayrıca hukuk ile adalet arasındaki gerilimli alanda, öznenin etik konumunun imkân ve sınırlarını tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Zygmunt Bauman, Emmanuel Levinas, Hukuk Öznesi, Sorumluluk Etiği, Akışkan Modernite, Dayanışma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.02.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 05.05.2026.

Atıf Şekli: Emre Şimşek, ‘Zygmunt Bauman’ın “Öteki” Kavramı ve Sorumluluk Etiği Açısından Hukuk Öznesi’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307,340.
DOI: 10.52273/sduhfd..1893594.

^(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Sivas-Türkiye.

E-posta: emrevsimsek@gmail.com.

Orcid: 0000-0002-5471-2324.

The Legal Subject in the Context of Zygmunt Bauman's Concept of the "Other"

Abstract

This article analyses the concept of the "Other" within Zygmunt Bauman's moral philosophy and discusses its transformative potential for modern legal subjectivity. The legal subject, typically constructed by modern law as a rational, anonymous, and passive figure, is reinterpreted through Bauman's "ethics of responsibility," articulated along a Levinasian trajectory. Against the uncertainties and practices of othering produced by liquid modernity, the article explores how tolerance and solidarity can generate a form of "ethical wakefulness" within the legal domain. It argues that an inclusive order of justice requires reimagining the legal subject not as a technician who merely complies with norms, but as an active agent who bears witness to the Other's vulnerability and assumes responsibility without demanding reciprocity. In doing so, the article repositions the tension between law's rigid normative structure and morality's conscientious responsibility as a constitutive motif of living together, and interrogates the possibilities and limits of ethical agency in the "undecidable" gap between law as a calculable system of rules and justice as incalculable.

Keywords

Zygmunt Bauman, Emmanuel Levinas, Legal Subject, Ethics of Responsibility, Liquid Modernity, Solidarity.

Extended Summary

This study centers on Zygmunt Bauman's moral philosophy and his conceptualization of the "other," exploring its transformative potential for the contemporary understanding of legal subjectivity. While Bauman did not aim to construct a direct legal theory, his sociological analyses harbor a profound potential to disrupt the rational and order-obsessed foundations upon which modern legal subjectivity is built. By utilizing his concept of "liquid modernity," which represents the shift from a rigid, predictable society to a fluid and uncertain one, this paper critically examines the precarious position of the "other" within contemporary law. The primary objective is to reinterpret the legal subject, traditionally constructed by modern law as an anonymous and passive fiction, through the lens of an "ethics of responsibility" rooted in the philosophy of Emmanuel Levinas.

The crisis of the "other" is fundamentally tied to modernity's structural exclusion practices. While an aversion to difference has always existed, modernity and its subsequent liquid phase transformed this traditional antipathy into systematic, institutionalized marginalization. The modern nation-state, driven by an ontological quest for order, often marginalizes the "stranger" who does not conform to hegemonic cultural codes. This is not merely an accidental deviation but a direct consequence of Enlightenment rationality, which stripped moral action of its emotional foundations and reduced it to the strict obedience of rational principles. Bauman argues that this reliance on universal "ethical codes" aims to eliminate the ambiguity of human existence, offering an illusion of absolute certainty. However, this sterile order comes at a heavy cost: it reduces morality to a set of obligations, alienating the agent from their own conscientious impulses. Bauman refers to this process as "adiaphorization" or moral blindness. Individuals delegate their moral burden to bureaucratic systems, acting as mere technicians who follow rules rather than ethical agents who take responsibility for their actions.

Consequently, the study critically analyzes the transformation of the modern legal subject. In modern positive law, the legal person is often reduced to a synthetic point of imputation for rights and duties. While this fiction enables technical legal operations, it strips the decision-making agent of moral responsibility. Bauman's ethics of responsibility posits that ethical consciousness begins not with the assertion of the self, but with the recognition of one's absolute, unconditional, and asymmetrical responsibility toward the other. This responsibility is inherently ambiguous and fraught with "moral anxiety." This anxiety is the perpetual concern of never being "good enough" for the other. Unlike the comfortable certainty offered by codified laws, this moral anxiety is the true driving force of an ethical life. The legal subject must not use the law as a shield to deflect responsibility but must embrace the inherent risks of ethical decision-making.

The intersection of this intimate ethical encounter with the broader social demand for justice occurs with the arrival of "The Third" (le tiers). The presence of a third person disrupts the infinite, asymmetrical dyad of the "I" and the "Other," necessitating comparison, calculation, and the establishment of rights, which in short signifies the

birth of law. This creates a profound paradox: how can the infinite responsibility of ethics be reconciled with the general, abstract, and comparative nature of law? Law inherently must reduce the unique “otherness” of individuals into general categories. However, the ethical legal subject does not seek to abolish the law; rather, they maintain an “ethical alertness.” Drawing parallels with Jacques Derrida’s distinction between calculable law and incalculable justice, the study suggests that the legal subject experiences an “undecidable” moment during adjudication. In this space between rigid norms and the unique plea of the other, the subject must exercise interpretative discretion to prevent the strict letter of the law from suffocating the spirit of justice. The jurist’s role shifts from a “legislator” imposing universal truths to an “interpreter” mediating between diverse horizons.

Furthermore, the study posits solidarity and active tolerance as essential practical motifs for coexistence in liquid modernity. Unlike the passive tolerance often granted by authorities, Bauman advocates for an unconditional hospitality that welcomes the other without seeking to assimilate their difference. The modern triad of “liberty, equality, fraternity” is re-envisioned as “liberty, difference, and solidarity.” Solidarity, derived from the concept of mutual dependence, is presented not as a rigid institutional framework but as a dynamic, collective ethical awakening. Examples such as the Occupy Wall Street movement and the grassroots resistance in Glasgow against the deportation of refugees illustrate this potential. In these instances, individuals transcended their legally defined roles to act upon an overarching ethical responsibility, demonstrating how the rigid rules of law can be humanized through conscientious solidarity.

In conclusion, re-evaluating the legal subject through the lens of responsibility ethics offers a vital pathway toward a more inclusive and just legal order. By embracing the moral anxiety and inherent ambiguity of the liquid modern world, the legal subject achieves true autonomy. This autonomy is gained not through mere obedience to external norms, but through an unwavering commitment to the other. This transformation ensures that the “other” is no longer an invisible ghost within the bureaucratic machinery of the legal system but is recognized as the central figure of justice, fostering a society where the law serves as a catalyst for ethical action and human solidarity.

Giriş

Bu çalışmada *Zygmunt Bauman*'ın özellikle ahlâk felsefesine ilişkin görüşleri ve "öteki" kavramı üzerine odaklanılmıştır. *Bauman*'ın daha çok geç dönem çalışmalarında kullandığı "akışkan modernite" (*liquid modernity*) kavramsallaştırması, hukukun katı ve genel-geçer normatif yapısı karşısında 'öteki'nin konumunu yeniden düşünmek için kritik bir imkân sunar. Genel olarak *Bauman*, sosyal teorisini modernite, postmodernite ve etik ekseninde inşa etmiştir. Bu birikim, doğrudan bir hukuk teorisi ortaya koyma amacı gütmese de modern hukuk özneliğinin üzerine oturduğu 'rasyonel' ve 'düzen takıntılı' zemini sarsacak güçlü bir potansiyeli bünyesinde barındırır. Düşünürün Holokost ve Stalinist dönemi de içeren tarihsel analizleri, modernitenin "farklılığı" ve "belirsizliği" birer tehdit olarak kodlayan yapısal karakterini açığa çıkarmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda Bauman, çok geniş bir düşünce alanına temas etme saikiyle, kapitalizmden tüketim kültürüne ve küresel siyasete uzanan eleştirilerini her zaman "insani olanın" ve "ötekinin" korunması kaygısıyla temellendirmiştir. Böylece akışkan modernite, modern hukukun genel, soyut ve belirli özne tasarımı sorgulamaya açarken, "öteki'nin hukuki ve ahlâki düzlemde nasıl yeniden görünür kılınabileceğine ilişkin temel tartışma hattını da belirlemektedir.

Çalışmada "etik uyanıklık" kavramı, hukuk öznesinin ötekinin kırılganlığına, çağrısına ve maruziyetine karşı duyarsızlaşmayan bir sorumluluk açıklığını ifade etmektedir. Kavram, modern hukukun rasyonel, anonim ve salt norm-izleyici özne tasarımı karşısında, karar anında ötekinin tekilliğini gözden kaçırmayan bir etik dikkat hâline işaret etmektedir. Bu nedenle etik uyanıklık, hukuku ilga eden bir ahlâkçılıktan ziyade; hukuki muhakemeyi ötekinin yüzü karşısında diri tutan yorumlayıcı bir duyarlılığı anlatmaktadır.

Bauman, özellikle 1990'ların sonuna kadar modernite eleştirisini "postmodern etik" kavramı üzerinden sürdürse de sonrasında kavramsal ağırlık merkezini postmodernite söyleminden "akışkan modernite" analizine kaydırmıştır. Bu terminolojik tercih, modernitenin sona ermesinden ziyade, katı, bürokratik ve öngörülebilir formundan (*solid*), belirsiz, kuralsız ve esnek bir forma (*liquid*) evrildiği, yani modernliğin bir süreklilik içinde biçim değiştirdiği tezine dayanır.¹ Bu nedenle çalışmada, *Bauman*'ın "postmodern" dönemine ait etik içgörülerini, onun "akışkan modernite" çerçevesiyle bir bütünlük içinde ele alınmıştır. Zira akışkan modernite ile karakterize edilen günümüz dünyasında, bireyler ve top-

¹ Zygmunt Bauman, *Liquid Modernity* (Polity 2000) 2-3.

lumlar arasındaki etkileşim ağları sıkılaşıırken, aynı zamanda bu ilişkilerin zeminindeki belirlilik ve güvenlik duygusu da aşınmaya başlamıştır. Göç dalgaları, dijital çağla birlikte bilgiye erişim, doğrulama ve dolaşıma girme biçimlerinin dönüşmesi ile toplumsal yaşamda güvenlik arzusunun kişilerde artması gibi tespitler, modern hukukun “korunaklı” sınırlarını sarsmaktadır. Bu durumbireyin kendi öznelığının ötesine geçerek, ayrıca siyasal ve hukuki söylem tarafından çoğu zaman “tehdit” veya “yabancı” olarak kodlanan “öteki”nin de hukuki düzlemdeki statüsünü sarsıcı bir biçimde etkilemektedir. Bu noktada asıl soru, ötekinin sadece dışsal bir normun (yasanın) konusu değil, ahlâki bir içtenlikle karşılanan bir “sorumluluk öznesi” olarak görülmesinin mümkün olup olmadığıdır. Makro düzeydeki ideolojik anlatıların aksine, ötekinin bu içsel kabulü, hukuk kurumlarının meşruiyetini ve işlevselliğini yeniden tanımlama potansiyeli taşımaktadır.

Bu nedenle çalışma, “öteki”nin yalnızca hukuki düzenlemenin konusu olmasının ötesine geçmeyi amaçlayarak, ahlaki sorumluluğun muhatabı olarak düşünülmesinin hukuk kurumları bakımından ne tür imkânlar doğurabileceğini tartışmaktadır. Bununla birlikte, *Bauman*’ın sosyal teorisi bu dönüşüm için kapalı ve tamamlanmış bir model sunmaz. Aksine, kesin bir reçeteden çok, hukuki düşünceye taşınabilecek eleştirel bir imkân alanı açar. Çalışma, bu imkânı hukuk düzleminde izleyerek, katı normatif yapılar içinde öteki merkezli bir dayanışma anlayışının nasıl düşünülebileceğini soruşturmaktadır.

Bauman’ın ahlak anlayışı, ötekiyle kurulan sorumluluk ilişkisini bireysel bir duyarlılık meselesi olmaktan çıkarıp adalet tartışmasının merkezine taşır. Bu perspektiften bakıldığında hukuk öznesini yalnızca hak ve yükümlülük taşıyan teknik bir figür olarak kavramak yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle çalışma, hukuk öznesini aynı zamanda sorumluluk alan, yorum yapan ve kararlarının etik sonuçlarını üstlenen bir fail olarak yeniden düşünmektedir. Böylece mesele, hukukun normatif yapısını bütünüyle aşmak değil, bu yapının ahlaki sorumluluk karşısında nasıl daha insani ve daha kapsayıcı bir biçimde yorumlanabileceğini göstermektir.

Çalışmanın temel tezi, akışkan modernite koşullarında hukuk öznesinin yalnızca dışsal normlara uyan teknik bir kişi olmasından ziyade, öteki karşısında sorumluluk alan ve hukuki yorumunu bu sorumluluk bilinciyle kuran etik bir fail olarak yeniden düşünülmesi gerektiğidir. Bu çerçevede çalışma, *Bauman*’ın sosyoloji analizlerini hukuk teorisiyle ilişkilendirerek, hukuk öznesinin etik sorumluluk, yorum ve karar arasındaki konumunu tartışmaktadır. Bu bağlam de-

taylandırılırken argüman akışı, hukuk öznesini analitik olarak iki düzlemde ele almaktadır: hukuk düzeninin kurduğu teknik kişi statüsü ile somut olayda yorum yapan ve karar veren fail. Çalışmanın odak noktası, Bauman'ın etik projesine yöneltilen eleştirileri bütünüyle dışlama arayışına girmeksizin,² sorumluluk etiğinin mevcut hukuki tikanlıkları aşma açısından hangi imkânları sunduğunu göstermektir. Bu nedenle dayanışma ve hoşgörü, çalışma boyunca çok kültürlü hukuk düzenlerinde birarada yaşamanın başlıca imkânları olarak değerlendirilecektir.

I. Akışkan Modernite ve "Öteki"nin Krizi: Ahlâki Kodlara Hapsetmek

Farklı olanın dışlanması ve "öteki"nin tehdit olarak kodlanması, insanlık tarihinde farklı biçimlerde ortaya çıkan bir olgudur. Farklı tarihsel dönemlerde kölelik, dinsel tahkir, etnik ayrımcılık ve toplumsal kriz anlarında belirli grupların suçun kaynağı olarak işaretlenmesi, bu dışlayıcı yönelimin sürekliliğini göstermektedir. Ancak modernite, bu eğilimi dağınık toplumsal tepkilerin ötesine taşıyarak daha örgütlü, kurumsal ve hukuki biçimlerde üretmiştir. Özellikle modern ulus devletin çizdiği siyasal ve hukuki sınırlar, bazı toplumsal grupları "makbul" özneye yakınlıklarına göre sınıflandıran bir düzen kurmuştur. Bu nedenle dışlama, yalnızca toplumsal bir önyargı olarak değil, idari ve hukuki mekanizmalar aracılığıyla işleyen yapısal bir sorun olarak görünür hale gelmiştir. Akışkan modernite koşullarında da bu sorun ortadan kalkmamış, aksine güvenlik kaygıları, göç rejimleri ve aidiyet siyasetleri üzerinden yeni biçimler almıştır. Bu çerçevede modern hukukun düzen arayışı, farklılığı kendi tekilliği içinde korumaktan çok, onu genel kategoriler içinde yönetilebilir hale getirme eğilimi göstermektedir.³ "Makbul vatandaş", "yabancı" ya da "risk" gibi statüler üzerinden işleyen bu mantık, hukukun farkı tanıyan bir çerçeve olmaktan uzaklaşıp tektipleştirici sonuçlar üretmesine yol açabilmektedir. Bu dışlayıcı mantığın uç biçimleri, belirli tarihsel bağlamlarda ırkçılık, nefret söylemi ve kitlesel şiddet gibi sonuçlar da üretmiştir.

Modernitenin bu dışlayıcı pratiği, tesadüfi bir sapma değil, bizzat Aydınlanma düşüncesinin "duygudan arındırılmış akıl" kabulünün bir sonucudur. Aydınlanma rasyonalizmi, ahlâki eylemi duyguların istikrarsız zemininden kopararak salt aklın buyruğuna indirgeyen bir paradigma inşa etmiştir. Bu yaklaşıma

² Ali Rattansi, *Bauman and Contemporary Sociology: A Critical Analysis* (Manchester University Press 2017) 122-125.

³ Zygmunt Bauman, *Modernite ve Holocaust* (Süha Sertabiboğlu çev, Versus 2007) 95-97.

göre, duygu temelli yargılar ahlâki bir değer atfedilmeye uygun görülmezken ahlâkîlik, ancak rasyonel bir ilkeye dayalı ve öznel eğilimlerden arındırılmış kararlar üzerinden tanımlanmıştır. Bu doğrultuda erdem, insanın duyuşsal dünyasını yadsıyan ve duyguları akıldışı (irrasyonel) kabul ederek ahlâk alanının dışına iten bir kavramsallaştırmaya dönüşmüştür. Ahlâkın bu şekilde “duygulardan arındırılmış rasyonel bir saha” olarak kurgulanması, modern hukukun da özneyi sadece kurallara itaat eden “teknik bir birim” olarak görmesinin önünü açmıştır. *Bauman’a* göre aklın, ahlâkîliğin tek mutlak belirleyicisi olarak konumlandırılması ciddi bir soruna işaret etmektedir. Zira bu durum, ahlâkın failin içsel dürtülerinden koparak dışsal bir kural setine (heteronom bir yapıya) bağımlı hale gelmesine neden olmaktadır.⁴

Bauman’a göre bu yaklaşımın temelinde, modernitenin belirlilik ve denetim arayışı bulunmaktadır. Geniş kitlelere yöneltilen etik kodlar, bireylere ne yapmaları gerektiğine dair açık ve sabit ölçütler sunarak ahlâki belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçlar. Böylece ahlâki eylem, öznenin içsel muhakemesinden çok kurala uyuma dayalı bir pratiğe dönüşür. Bu modern tasavvur, yalnızca istenmeyen davranışları sınırlamayı değil, yanlış tercih ihtimalini de en aza indiren denetimli bir toplumsal düzen kurmayı hedeflemektedir.⁵ Ancak bu durumun önemli bir sonucu vardır. Ahlâkın yükümlülöklere indirgenmesi, failin kendi vicdani değeriendirmesinden uzaklaşmasına yol açar. Böylece özne, ahlâki karar veren bir fail olmaktan çok, dışsal kurallara uyan bir uygulayıcıya dönüşür. Dışsal normlar ya da toplumsal baskı nedeniyle sergilenen davranışlar her zaman ahlâki bir değeri taşımaz. Çünkü kurala uygunluk ile ahlâki sorumluluk aynı şey değildir. Ötekiyle kurulan içsel bağdan doğmayan eylem, çoğu durumda etik bir tercihten çok, kurala uyumun sonucudur.⁶

⁴ Zygmunt Bauman, *Postmodern Etik* (Alev Türker çev, 4. Baskı, Ayrıntı 2020) 87-90.

⁵ Zygmunt Bauman, *Parçalanmış Hayat: Postmodern Ahlak Denemeleri* (İsmail Türkmen çev, 2. Baskı, Ayrıntı 2014) 12-13.

⁶ Bauman’a göre modernite ve bürokrasi, insan eylemlerini ahlâki sonuçlarından koparır. Bir eylem “idari bir prosedür”, “teknik bir zorunluluk” veya “yasal bir görev” olarak tanımlandığında, o eylemi gerçekleştiren kişi vicdani bir muhasebe yapma gereği duymaz. Eylem, ahlâki bir mesele olmaktan çıkıp teknik bir meseleye dönüşür (adiyaforize edilir). Adiyaforizasyonun en güçlü aracı bürokrasidir. İş bölümü, hiyerarşi ve teknik dil, eylemi yapan kişi ile eylemin sonuçları (örneğin bir başkasının acı çekmesi) arasına mesafe koyar. Kişi sadece “işini yaptığına” veya “kuralları uyguladığına” inanır, böylece yaptığı işin insani sonuçlarına karşı ahlâki bir duyarsızlık geliştirir. Zygmunt Bauman ve Leonidas Donskis, *Ahlaki Körlük: Akışkan Modernlikte Duyarlılığın Yitimi* (Akın Emre Pilgir çev, Ayrıntı 2020) 45-48; Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 128.

Bu kerte de, *Bauman*'ın terminolojisinde yer alan kritik bir ayrımı berraklaştırmak yerinde olacaktır. *Bauman*, "ahlâk" (*morality*) ile "etik" (*ethics*) kavramlarını birbirine zıt kutuplarda konumlandırır. Ona göre ahlâk, kendiliğinden, kodlaştırılmayan, rasyonel bir temele ihtiyaç duymayan ve ötekinin yüzüyle karşılaşma anında beliren "sorumluluk dürtüsü"dür. Buna karşılık "etik", kodlaştırılmayan bu sorumluluk dürtüsünü kurallar, yasalar ve kodlar aracılığıyla denetim altına almaya çalışan, ahlâki öğrenilebilir bilgiye indirgeyen modern bir projedir.⁷ Modernite, ahlâki etik kodlar aracılığıyla rasyonelize ederek, bireylerin eylemlerinin sonuçlarıyla arasına bürokratik bir mesafe koyar. *Bauman*'ın "adiyaforizasyon"⁸ (ahlâki duyarsızlaşma/moral körlük) olarak tanımladığı bu süreç, eylemin ahlâki yükünü failin omuzlarından alarak sisteme devreder. Dolayısıyla bu çalışmada eleştirilen "hukuk öznesi", tam da bu kodlaştırıcı etiğin ürünü olan ve ahlâki "dürtüsünü" yasal "ödevine" takas etmiş öznedir.

Bauman'ın perspektifinden bakıldığında akıl, çoğu zaman bir "güç istenci" aracı olarak işlev görür. Bu bağlamda rasyonalite, bireyin amaca yönelik eylemlerinde karşılaştığı direnci kırmasını sağlayan ve ötekini kendi hedef hiyerarşisinde konumlandıran araçsal bir yetiye dönüşür.⁹ *Bauman* için ahlâkın katı etik kodlara hapsedilmesi, modernitenin ontolojik kaos korkusundan kaynaklanan "belirlilik ve güvenlik" arayışının bir yansımasıdır. Düşünüre göre bu durum, ahlâki evcilleştirme ve kontrol edilebilir kılma çabasından başka bir şey değildir.¹⁰ Oysa ahlâki fenomenler doğası gereği kurallara sığmaz, öngörülemez, biricik ve tekrar edilemez niteliktedir. Bu nedenle, genellemeler üzerine kurulu hiçbir etik kod veya hukuki norm, ahlâki anın barındırdığı bu "kurucu müphemliği" tam anlamıyla kuşatamaz. *Bauman*, modern etik düşüncenin temel hatasını, ahlâki bir "yasa formu" içinde kurgulama çabasında görür. Bu girişimlerin nihai hedefi, ahlâki anın barındırdığı müphemliği bertaraf ederek her duruma

⁷ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 14-16; Alexis Cloquell-Lozano and Carlos Novella-García, 'The Adiaphorization and Dehumanization of Migrations from the Ethical and Moral Approach of Public Policies' (2022) 11(3) Social Sciences 89, 4.

⁸ Bir eylemi, durumu veya süreci ahlâki değerlendirme alanının dışına çıkarma, onu "ahlâki açıdan nötr" veya "ilgisiz" hale getirme sürecidir. Kavram, kökenini Stoacı felsefedeki "adiaphora" (ne iyi ne de kötü olan, ahlâken kayıtsız kalınacak şeyler) teriminden alır. Bauman ilgili terimi farklı kitaplarında farklı bağlamlarda tartışmaktadır. Bunun için Bkz. Bauman ve Donskis, *Ahlaki Körlük* (n 6) 42-48.

⁹ Zygmunt Bauman, *Modernite, Kapitalizm, Sosyalizm: Küresel Çağda Sosyal Eşitsizlik* (F Doruk Ergun çev, 2. Baskı, Say 2014) 163-165.

¹⁰ Zygmunt Bauman, *Modernlik ve Müphemlik* (İsmail Türkmen çev, 4. Baskı, Ayrıntı 2020) 16-18.

uyarlanabilir, evrensel ve öngörülebilir tanımlar inşa etmektir. Uygun ve uygun olmayan eylemler arasındaki sınırları mutlak kurallarla çizme arayışı, ahlâki yaşamı bir “hesaplanabilirlik” düzlemine indirgemeyi amaçlar.¹¹ Oysa *Bauman*’a göre bu çaba, ahlâki fenomenleri bireyin özerk vicdan alanından kopararak yapısal olarak inşa edilmiş bir “etik iktidarın” denetimine sokar. Bu noktada ahlâk, failin içsel bir yönelimi olmaktan çıkıp, kurumlar tarafından onaylanan bir itaat protokolüne dönüşür.¹² Böylece ötekinin varlığından doğan doğrudan sorumluluk, kurumsallaşmış ödevlere dönüşür. Sonuç olarak özne, kararını ötekinin tekil talebinden ziyade, önceden belirlenmiş normlara göre vermeye yönelir.¹³

Bauman’ın, yukarıdaki açıklamalara paralel olarak düşünülebilecek “zor özgürlük” (*difficile liberté*) anlayışı, *Emmanuel Levinas*’tan esinlenen bir kavramsallaştırmadır.¹⁴ Dünyanın, sanki başka hiç kimse yaşamıyormuş gibi algılanması, kişinin kendisi haricinde kalan her şeyi yadsıyarak, denetimsiz, hesapsız ve cezasız bir varoluşu benimsemesi “müstakil” bir özgürlük alanına işaret etmektedir. Bu anlayışın mutlak hakimiyetini dışlayan “zor özgürlük”, “sorumluluk özgürlüğüne” işaret etmektedir. Bu anlamda kişi, kendi yapıp etmelerine ilişkin özgürlük hattını, başkalarının özgürlüğüyle kurduğu mukayese ölçüsünde kavramaktadır.¹⁵ *Bauman*’ın “zor özgürlüğü”, adiyaforizasyonun konforunu reddetmek demektir. Ahlâki olmak zordur; çünkü belirsizdir ve garantisi yoktur. Başkası üzerindeki bu sorumluluk, yalnızca o “ben”in deneyimleyebileceği ve “insan” olması nedeniyle reddedemeyeceği bir şeydir. Bu biricik olan “ben”in deneyimi, kendisini yalnızca bu sorumluluk alanında var edebilecektir.¹⁶ *Bauman*’a göre ahlâki özgürlük, bir “yapabilme gücü” (*power to do*) olmaktan ziyade, öteki’ne yönelen ve hiçbir zaman bütünüyle kapatılamayan sorumluluk

¹¹ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 24-26.

¹² Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 21-22.

¹³ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 22.

¹⁴ Levinas ve Bauman’da “rehin alınma” durumu söz konusudur. Levinas’a göre Öteki’nin Yüzü (*le Visage*) beni sorumlu kılar. Özgürlüğüm, Öteki’nin sorumluluğunu üstlendiğim anda başlar. Yani özgürlük, “benim alanımdaki serbestiyet” olarak yorumlanamaz, “benim Öteki’ne cevabımdır” olarak değerlendirilmelidir. Emmanuel Levinas, *Difficult Freedom: Essays on Judaism* (Seán Hand tr, Johns Hopkins University Press 1997).

¹⁵ Mehmet Yüksel, ‘Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk’ (2015) 5(1) Hacettepe HFD 9, 17.

¹⁶ Emmanuel Levinas, *Sonsuz Tanıklık* (Zeynep Direk ve Erdem Gökyaran eds, Kolektif çev, 4. Basım, Metis 2016) 333-334.

borcunun ürettiği bir "endişe" hâlidir; bu nedenle özgürlük, rahatlatıcı bir imkân değil, yapısal olarak "zor" bir deneyimdir.¹⁷

Bu sorumluluk alanının varlığı, etik kodun neden akışkan dünyada uygun-suz olacağını da belirlemek açısından yararlı olmaktadır. Çünkü etik kod, insan ilişkilerinde ve davranışlarında çeşitli düzenlemeleri soyut, genel nitelikli bir hale büründürerek çeşitli kurumların görüşlerini ana akım haline getirmektedir. Bu durum dolaylı olarak kişilerin etik koda dair büyük önem atfetmelerine neden olarak, gündelik yaşam pratikleri içerisinde ortaya çıkan sorumluluktan kaçınmaya neden olabilmektedir.¹⁸ Çünkü etik kodun dışsal bir erke bağlı olması, "ben" in mevcut tek olay karşısında, vicdani ve ahlâki sorumluluk alanında cereyan eden olaylara karşı dışsal bir gözle yaklaşımına neden olmaktadır. Bu durum sorumluluk hissetmek ve ötekini görmek, çoğulluğun, farklılığın kavranmasının önüne geçerek yalnızca etik bir koddan hareketle karar almaya ve sorumluluğu dışlamaya neden olmaktadır. *Bauman* için, insanların bu tip bir etik kod arayışının temelinde, onların özgür ve serbest bir seçim olanaklarının olduğu ihtimallerde, yanlış bir tercihte bulunacakları, ahlâksızlığa yöneleceklerine ilişkin bir ön kabul söz konusudur. Bunu önlemek için, toplumsal yaşamda belirsizliğin önüne geçilmek istenmektedir ve bu tip dışsal kontrol kuralları (etik kodlar) oluşturulmaktadır. Böylece, insanların potansiyel kötü eylemlerinden veya eğilimlerinden sıyrılması amaçlanarak, bu yeterli olmadığı takdirde de zor ve baskıyla bir çözüm arayışı söz konusu olabilmektedir.¹⁹ Bu durum dolaylı olarak toplumsal yaşam içerisinde, ahlâki kod arayışının, itaat ve boyun eğmeyi teşvik edici bir yönünü ortaya koymaktadır.²⁰

Sonuç olarak Bauman'ın eleştirisi, etik kodların yalnızca ahlâki belirsizliği azaltmaya çalışmanın ötesinde bir işlevi olduğunu ve bu algılayışın sorumluluğu öznenin içsel muhakemesinden uzaklaştırdığını göstermektedir. Böylece karar veren özne, öteki karşısında doğrudan sorumluluk alan bir fail olmaktan çok, önceden belirlenmiş kuralları uygulayan bir taşıyıcıya dönüşmektedir. Bu tespit,

¹⁷ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 109-112.

¹⁸ Yüksel, 'Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk' (n 15) 20.

¹⁹ Bauman, modernitenin ahlâki evrensel yasalar formunda kodifiye etme çabasının temelinde yatan bu denetim arzusunu ve yasa koyucu aklın toplumsal düzeni sağlama adına bireyi nasıl itaatkâr bir nesneye dönüştürdüğünü detaylıca tartışır. Bu yöndeki "disipline edici" modern pratiklerin geniş bir analizi için ayrıca bkz. Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 16-17; Zygmunt Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular* (Kemal Atakay çev, Metis 1996) 88.

²⁰ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 16-17.

modern hukuk öznesinin neden teknik bir “kişi” olarak kurulduğu ve neden yeniden düşünülmesi gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir.

II. Modern Hukuk Öznesinin Dönüşümü: Teknik Bir “Kişi”den Etik Bir “Fail”e

Bauman’ın eleştirdiği “kodlaştırılmış ahlâk” anlayışı, hukuk dünyasında en somut karşılığını modern hukuk öznesi kurgusunda bulur. Modern pozitif hukuk, özneyi hak ve borçların isnat edilebildiği soyut bir noktaya indirgeme eğilimindedir. Hans Kelsen’in “Saf Hukuk Kuramı”nda belirttiği üzere, hukuki kişi (*person*), biyolojik bir gerçeklikten ziyade, hukuk düzeninin yarattığı yapay bir kavram ve bir “görevler ve yetkiler demeti”dir (*point of imputation*). Bu kurgu, hukuki işleyişi teknik olarak mümkün kılarsa da, karar verici konumundaki faili ahlâki sorumluluğundan soyutlayarak onu sistemin pasif bir taşıyıcısına dönüştürür. Dolayısıyla burada eleştirilen şey, teknik bir kategori olarak “kişi” statüsü değil, bu statünün ardına saklanarak vicdani muhakemesini askıya alan hukuk uygulayıcısıdır. Böyle yaklaşıldığında, bu çalışmada “hukuk öznesi” kavramı, analitik bir ayrıma gidilerek iki farklı düzlemde ele alınmaktadır. Birinci düzlem, Kelsen’in işaret ettiği anlamda, hukuk düzeninin yarattığı ve haklarla borçların bağlandığı teknik kişi statüsüdür.²¹ İkinci düzlem ise, bu teknik statüyü kullanan, yasayı yorumlayan ve somut olayda karar veren (yargıç, avukat veya yurttaş olarak) “fail”dir. Bauman’ın eleştirisi ve Levinasçı etik, ilkinde değil, ikinci düzlemde yani failin ahlâki kapasitesine yönelmektedir. Bu nedenle Bauman’ın sorumluluk etiği, Kelsenci soyut kişi kurgusuna karşı, sorumluluğunu devredemeyen etik özneyi öne çıkarır.²²

Öteki üzerinden inşa edilen etik ve sorumluluk bilinci, bireyin kendisini ancak “başkalık” ile girdiği diyalogda konumlandırabileceği varsayımına dayanır. Bu bağlamda sorumluluk etiği, özneyi rasyonel hesabı olan biri olmaktan çıkartıp, onu kendi eylemlerinin müphemliği ve insani durumun olumsuzluğuyla (*con-*

²¹ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight tr, University of California Press 1967) 173-174; Karel Beran, ‘The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science’ (2013) 3(1) *The Lawyer Quarterly* 29, 31-32.

²² Bauman’a göre hukuk, sorumluluğun sınırlarını netleştirerek vicdanın azabını dindirir ve faili yasal statüsünün ardına gizler; oysa etik, bu sınırları reddeder ve “ben”i sonsuz bir sorumlulukla baş başa bırakır. Bkz. Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 101-104. Levinasçı etik anlayışının hukuki yükümlülüklerle (*legal obligation*) olan bu gerilimli ilişkisi ve hukukun ötesine geçen “sorumluluk” tartışmaları hakkında detaylı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Jonathan Crowe, ‘Levinasian Ethics and Legal Obligation’ (2006) 19(4) *Ratio Juris* 421, 425; Matthew Stone, *Levinas, Ethics and Law* (Edinburgh University Press 2016) 12-15.

tingency) yüzleşen etik bir fail haline getirir. İnsani eylemin doğasındaki müphemlik, her tercihin kaçınılmaz bir risk barındırmasına neden olur. "Ben", bu riski dışsal bir norma devrederek hafifletemez, aksine sorumluluk etiği, tam da bu etik riskin yükünü tereddütsüz üstlenen öznenen neşet eder.²³ Hiçbir hukuk kuralı veya etik kod, ahlâki anın barındırdığı bu radikal olumsuzluğu tamamen bertaraf edemez. Karar anının bütünsel sonuçlarını önceden öngörmek imkânsız olduğundan, sorumluluk etiği çerçevesindeki her eylem, bir anlamda rasyonel kesinlikten yoksun bir "boşluğa atlayış" karakteri taşır.²⁴

Levinas'ın "başkalık etiği"nde "ben", ötekiyle kurulan ilişkiden önce var olan izole bir birimden daha çok bu ilişkinin bir ürünüdür. *Bauman*'ın da benimsediği bu yaklaşım, ahlâki varlık bilgisinden önceleyen bir "ilk felsefe" olarak konumlandırır. Bu sistemde etik bilinç, öznenin kendi varlığını tahkim etmesinden önce, ötekinin üzerindeki mutlak sorumluluğunu fark etmesiyle başlar.²⁵ Zira sorumluluk etiğinde ahlâk, toplumsal sözleşmenin veya dışsal normların bir türevi değildir ve toplumsallaşma sürecinden önce var olan ilksel bir durumdur. İnsanın henüz "vatandaş" veya "hukuk öznesi" olarak tanımlanmadan önce "ahlâki bir varlık" olması, her türlü kurumsal yapının üzerinde bir meşruiyet zemini oluşturur. Bu sorumluluk ilişkisi, öznenin kendi varlığını ancak ötekinin çağrısına yanıt verdiği sürece anlamlandırabildiği ontolojik bir zemine oturur; ancak bu ilişki, hukuki sözleşmelerin aksine, tarafların birbirine denk haklar tanıdığı bir "karşılıklık" (*reciprocity*) ilkesine dayanmaz, aksine mutlak bir asimetriyi barındırır.²⁶ Toplumsal yapılar teşekkül etmeden önce bireyin ahlâki bir potansiyele sahip olması, ahlâkın sosyolojik bir inşa süreciyle açıklanmasının ötesinde, insani bir öz olduğu fikrini açığa çıkarır. Bu perspektifte insan, doğuştan "iyi" veya "kötü" olarak etiketlenemez; zira ahlâkılık, önceden belirlenmiş bir karakter özelliği değildir ve ötekiyle girilen o anki ilişkinin niteliğinde gizlidir.

²³ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 24-26.

²⁴ Yüksel, 'Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk' (n 15) 19.

²⁵ Ali Yaşar Sarıbay, 'Politik Teori, Modernite ve Etik' (1998) 4 *Doğu Batı* 55, 59.

²⁶ "Levinas'ın sorumluluk anlayışına göre, bir kişinin "ben" diyebilmesinin koşulu, öteki için duyduğu sorumlulukta aranmalıdır. Levinas için sorumluluk, kendi gerekçelerini bir başkasına sunmak değil, aksine, kendini ötekine verme, teslim etme durumudur. Dolayısıyla, sorumluluk, ötekinin başına gelebileceklerden ve onun edimlerinden sorumluluk duymak ve sorumlu tutulmaktır. Ayrıca sorumluluk, kişinin evrensel usa uygun olarak kendine koyduğu buyrukla yükümlü olması değil, ötekinin yüzünde ifade bulan buyruğa tabi olmasıdır. Levinas, öznenin öteki için sorumluluğu sayesinde özneliğini (*subjectivity*) kazanabileceğini öne sürer." Elif Çırakman, 'Levinas'ta Öteki ve Adalet: Eleştirel Bir Not' (2000) 13 *Doğu Batı* 179, 180.

Etik kodların toplumsal yaşamı düzenleyen baskın çerçeveye dönüşmesi, esas olarak moderniteyle birlikte görünür hale gelmiştir. Buna karşılık akışkan modernite koşullarında, sabit buyruklara dayanan bu tür kodların aynı açıklık ve kesinlikle işlemesi güçleşmektedir.²⁷ *Bauman*, Levinasçı “ahlâk sahnesini” iki kişi arasındaki mikro ilişkiden başlatarak, bu sahnede sorumluluğun karşılıksız ve asimetrik doğasını vurgular. Bununla birlikte *Bauman*, bu ikili karşılaşmayı makro düzeydeki adalet tartışmasıyla ilişkilendirerek ötekine karşı sorumluluğu toplumsal vicdanın temeline yerleştirir.²⁸ Böylece etik, iki kişi arasındaki mahrem bir andan, kamusal bir adalet arayışına doğru genişler. *Bauman*, Kant’ın rasyonel ve evrensel yasaya dayalı “kategorik emperatif”ine karşı, Hans Jonas’ın geliştirdiği “sorumluluk ilkesi”ni (*The Imperative of Responsibility*) referans alarak daha ontolojik bir zemin önerir. Jonas’ın formüle ettiği, “Öyle eyle ki, eylemlerinin etkileri gerçek insani yaşamın sürekliliğiyle uyumlu olsun”²⁹ düsturu, *Bauman*’ın akışkan modernite analizinde merkezi bir yer tutar. *Bauman*, Jonas’ın gelecek etiğinde akışkan modernitenin en belirgin sorunlarından biri olan kısa vadeciliğe karşı önemli bir imkân görür. İlişkilerin, kimliklerin ve toplumsal aidiyet biçimlerinin hızla değiştiği akışkan modernite koşullarında, Jonas’ın gelecek kuşaklara yönelik sorumluluk ilkesi uygulanması güç bir talep gibi görünmektedir. Bununla birlikte *Bauman*, tam da bu nedenle hukukun kısa vadeli eğilimleri sınırlayan ve kararların geleceğe dönük sonuçlarını dikkate almaya zorlayan bir işlev üstlenmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu açıdan akışkan modernitenin ürettiği müphemlik, modernitenin katı belirlilik arayışının sınırlarını görünür kılmaktadır. Bu noktada *Bauman* ötekilik, yoksulluk ve yabancılık gibi olguları birer “sorun” olarak değil, etik bir sorumluluk alanı olarak

²⁷ Zygmunt Bauman, ‘Modernite, Postmodernite ve Etik’ (2002) 5(19) *Doğu Batı* 51, 52-55.

²⁸ Levinas ve Bauman’da sorumluluk, bir “rehin alınma” durumu olarak karşımıza çıkar. Levinas’a göre Öteki’nin Yüzü (*le Visage*) beni koşulsuz sorumlu kılar ve özgürlük, “benim alanımdaki serbestiyet” değil, “benim Öteki’ne cevabım” olarak değerlendirilmelidir. Bkz. Levinas, *Difficult Freedom: Essays on Judaism* (n 14). Bu asimetrik sorumluluk anlayışında kişinin “ben” diyebilmesinin yegâne koşulu, öteki için duyduğu bu sorumluluktur. Sorumluluk, kendi gerekçelerini bir başkasına sunmak değil; kendini ötekine verme, ona teslim olma durumudur. Ayrıntılı tartışma için bkz. Çırakman, ‘Levinas’ta Öteki ve Adalet: Eleştirel Bir Not’ (n 26) 180.

²⁹ Jonas’ın “gelecek etiği”, etik sorumluluğun kapsamını mevcut öznelerle sınırlamayıp gelecekteki insan yaşamının korunmasına doğru genişleten bir yaklaşımdır. Bu etik, özellikle teknolojik eylemlerin uzun vadeli sonuçları nedeniyle, henüz var olmayan kuşaklara karşı da sorumluluk bulunduğu düşüncesine dayanır. Hans Jonas, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age* (Hans Jonas ve David Herr, University of Chicago Press 1984) 11.

görür ve "dayanışma" ile "tolerans" kavramlarını bu yeni etiğin pratik araçları olarak konumlandırır.³⁰

Bauman'a göre toplumsal yapılar, kurumlar, kurallar ve yasalar aracılığıyla ahlâki anın barındırdığı o sınırsız sorumluluk duygusunu "evcilleştirerek" onu sınırlı, koşullu ve bürokratik bir çerçeveye hapsetmektedir. Bu süreçte, ötekinin mutlak talebi, yerini sistemin öngördüğü ölçülebilir yükümlülüklerle bırakır.³¹ Toplumsal düzen, bir arada yaşamanın ön şartı olarak sorumluluğu bir "karşılıklık" zeminine oturtur. Bu aşamada, öznenin saf ahlâki dürtüleri, toplumsal işleyişin devamı için dondurularak "usuli kurallara" tahvil edilir. Böylece ahlâk, yaşayan bir eylemden ziyade donmuş bir normlar dizisine dönüşür. Ne var ki, kurumsal yapılar ne kadar gelişmiş olursa olsun, toplumsal yaşamın rasyonel talepleri ile ahlâkin vicdani talepleri arasındaki ontolojik çatışma baki kalır. Bu ikilem arasında sıkışan ahlâki özne, kurala uymanın rahatlığı ile vicdanın huzursuzluğu arasında süregelen etik bir meydan okumayla karşı karşıyadır.³² Dolayısıyla Bauman'ın karşı çıktığı ahlâki anlayışta, ötekine karşı duyulan sorumluluk belirli tiplere ve kodlara ayrılarak bireylerin yerine getirebileceği akla uygun ödevler biçimine sokulmaktadır. Dışsal bir otorite tarafından dayatılan etik yasalar, görünürde bir ödev bilinci oluştursa da ahlâki eylemin kendiliğindenliğini ve içsel sorumluluk boyutunu zayıflatmaktadır. Bu formülasyonun en ağır sonucu, sorumluluğun gerçek, kanlı canlı bir "öteki"den koparılarak, soyut bir

³⁰ Bauman'ın akışkan modernitede ihtiyaç duyduğu dayanışma, salt bir duygudaşlık değildir; adaletsizliğe karşı risk almayı gerektiren politik bir eylemliliktir. Klasik sosyolojide dayanışma, Durkheim'in "mekanik" ve "organik" ayrımıyla iş bölümü üzerinden okunsa da Bauman'ın araştırdığı ve arzuladığı dayanışma anlayışı daha normatif ve politiktir. Bu ayrıntılı teorik ayırım için bkz. Émile Durkheim, *The Division of Labor in Society* (Steven Lukes ed, W D Halls, 2nd edn, Free Press 2014 [1893]) 60; Sally J Scholz, *Political Solidarity* (Penn State University Press 2008) 34. Bauman'ın dayanışma kavramına yönelik güncel ve eleştirel yaklaşımı için ayrıca bkz. Zygmunt Bauman, 'Solidarity: A word in search of flesh' (2013) Eurozine <https://www.eurozine.com/solidarity-a-word-in-search-of-flesh/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2025. Ötekine yönelik sorumlulukta "tolerans" ve "misafirperverlik" (*hospitality*) kavramlarının felsefi sınırları hakkında bkz. Rainer Forst, *Tolerance in Conflict: Past and Present* (Ciaran Cronin, Cambridge University Press 2013) 23.; Jacques Derrida ve Anne Dufourmantelle, *Of Hospitality: Anne Dufourmantelle Invites Jacques Derrida to Respond* (Rachel Bowlby, Stanford University Press 2000) 77.

³¹ Zygmunt Bauman, *Etiğin Tüketiciler Dünyasında Bir Şansı Var mı?* (Funda Çoban ve İnci Katırcı çev, De Ki Basım Yayım 2010) 45-46.

³² Bauman'a göre hukuk ve katı etik kodlar, sorumluluğun sınırlarını netleştirerek kurala uyan failin vicdan azabını dindirir; oysa ahlâk, bu sınırları reddeder ve "ben"i sonsuz bir sorumluluk ve huzursuzlukla baş başa bırakır. Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 101-104.

“ödev” yöneltilmesidir. Artık özne ötekinin gözlerine değil, yasanın metnine bakarak karar vermektedir.³³

Bauman’ın modernite eleştirisi topyekûn bir reddediş değildir. Bu nedenle düşüncelerinde, özellikle refah devletinin sunduğu sosyal hakları ve “onurlu yaşam” idealini insanlığın büyük bir kazanımı olarak selamlar. Buradaki nüans, bu hakların soğuk bir bürokratik lütuf şeklinde değerlendirilmesinin ötesinde, etik bir sorumluluğun kurumsal yansıması olarak görülmesi gerekliliğidir.³⁴ Bu kazanım hukukun ve siyaset felsefesinin modernite dönemi ahlâk anlayışıyla paralellliğini ortaya koymaktadır. *Bauman*’a göre toplumun temelinde, insanların dışsal olarak dayatılan ahlâki ödevlerden ve etik kodlardan önce gelen bir ahlâki kapasite bulunmaktadır. Çünkü *Bauman*, insanın ahlâki sonradan öğrenen bir varlık olmasının ötesinde, daha en baştan seçimler yapan bir özne olduğunu göstermektedir. Ahlâki bir sorun alanına doğan kişi, seçim yapsın ya da yapmasın, ahlâki ikilemlerle karşı karşıya kalmakta ve eylemlerini buna göre biçimlendirmektedir.³⁵

Bauman için ahlâki sorumluluk, “ben”in ötekine karşı eylemesinin ve/veya eylemsizliğinin onda meydana getireceği sonuçları ifade etmektedir. Ahlâki sorumluluğun belirsiz yapısı nedeniyle *Bauman*’ın ahlâk anlayışı, dışsal bir güçle konumlandırılmaktan sıyrılmaktadır. Bu durum da dolaylı olarak “ben”in her durumda aklını önceleyerek ötekiyle kuracağı ilişkide ahlâkiliği dışsal bir uyarıcı olmadan eyleme sorumluluğunu doğurmaktadır. Ancak eğer ödev ahlâkiyle hareket ediliyor olsa, “ben” ötekiyle karşılaşmasında aklın gerektirdiği sorumluluk dahilinde karar almayarak yalnızca dışsal otoritenin ödevlendirdiğine göre eylemeyi tercih edecektir.³⁶ Ötekine karşı duyulan sorumluluk, bilinçli/görevlendirilen bir ödevle değil, kendiliğinden meydana gelmektedir. Böyle bir sorumluluk tasarlanmaz, yalnızca boyun eğilerek kabul edilir.³⁷ Sorumluluk,

³³ Bkz. Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 2013) 8. Levinasçı “yüz” kavramının hukuk kuramındaki yansımaları ve adaletin başkalık üzerinden inşası hakkında detaylı tartışmalar için ayrıca bkz. Costas Douzinas ve Ronnie Warrington, ‘Adaletin Yüzü: Başkalığın Hukuk Kuramı’ (Rabia Sağlam ve Kasım Akbaş çev) (2014) 72(1) İÜHF 895, 905-908.

³⁴ Bkz. Zygmunt Bauman, *Bireyselleşmiş Toplum* (Yavuz Alogan çev, 2. Baskı, Ayrıntı 2011) 106.

³⁵ Bauman, *Parçalanmış Hayat* (n 5) 8-10.

³⁶ Bauman, *Bireyselleşmiş Toplum* (n 34) 105.

³⁷ Zygmunt Bauman, *Ölümlülük, Ölümsüzlük ve Diğer Hayat Stratejileri* (Nurgül Demirdöven çev, 2. Baskı, Ayrıntı 2012) 59.

"ben"i suçlamayı reddedemeyen bir sanık gibi çağırır.³⁸ Levinas'ın anlatımıyla, öteki insanın sorumluluğunu haiz olan "ben", biricikliğe davet edilir.³⁹ Bu bakımdan ahlâkilik, öteki için sorumluluğu ve ötekinin iyiliğini koruma çabasını gerektiren değerli bir şey olarak "ben"de anlam kazanır. Aynı zamanda "ben" in yaptıklarının ve yapmadıklarının bu iyiliği etkilediği, bu ikili ilişki içerisinde olmayan insanların buna göre eyleyip eylemedikleri "ben" in sorumluluğunu ortadan kaldırmadığının bilinmesini de gerekli kılmaktadır. Ahlâki sorumluluk, ötekinin kim olduğu, ne yaptığı, "ben" in hassasiyeti karşısında eylemlerin ötekine değip değmeyeceği, bu ihtiyata karşılık verip vermeyeceğinden bağımsızdır. "Ben", ahlâki sorumluluktan kaçınmayı haklı gösteren bir iddiada bulunmaz.⁴⁰ "Ben", sorumluluklarına göre eylediği her raddede kendisinde daha çok sorumluluk alanı meydana geldiğini hissedecektir ve bu genişleyen sorumluluk ağı herhangi bir sınırdan son bulmayacaktır.⁴¹

Ötekiyle girilen ilişki sorumluluğu meydana getirmektedir; fakat bu sorumluluğun tam anlamıyla nerede sonlanacağı belirsizdir. "Ben" in bu sorumluluk içerisinde karşılaşacağı bir başka belirsizlik de ötekiyle ilişkisindeki sorumluluğun zorlamaya dönüşmesinden ve ötekinin özerkliğinin zedelenmesinden kaynaklanır.⁴² Sorumluluk etiği ile tahakküm, gerçek hoşgörü ile kayıtsızlık (*indifference*) arasındaki sınır oldukça kırılgandır. "Ben", ötekinin iyiliği için hareket ettiğini varsayarken, onun özerkliğini ihlal eden bir "etik paternalizm" tuzağına kolayca düşebilir. Bu nedenle her ahlâki eylem, kendi içinde bir sınır aşımı riskini barındırır.⁴³ Fail, sorumluluk üstlenme pratiğinin hangi noktada ötekinin iradesini zedeleyen müdahaleci bir tutuma dönüştüğünü ayırt edebilmelidir. Ötekinin adına karar veren ve onun özerkliğini göz ardı eden böyle bir sorumluluk anlayışı, etik bir eylem olmaktan uzaklaşarak öznenin kendi ahlâki konumunu dayatmasına dönüşebilir.⁴⁴ Bunun karşısında "ben" in sorumluluk alanında ol-

³⁸ Bkz. Emmanuel Levinas, *Tanrı, Ölüm ve Zaman* (Işık Ergüden çev, Dost Kitabevi 2011) 182.

³⁹ ibid 172.

⁴⁰ Bauman, *Parçalanmış Hayat* (n 5) 359-360.

⁴¹ Levinas okumasının bu noktasına ilişkin tartışma için bkz. Robert Bernasconi, *Levinas Okumaları* (Zeynep Direk çev, Pinhan 2011) 158-159.

⁴² Bauman, *Parçalanmış Hayat* (n 5) 96.

⁴³ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 221.

⁴⁴ Bauman, Levinas'ı izleyerek ahlâki sorumluluğun doğasını "kavrayan el" (*grasping hand*) ile "okşayan el" (*caressing hand*) ayrımı üzerinden açıklar. Kavrayan el; nesnesini tanımayı, tanımlamayı, bitirmeyi ve nihayetinde ona "sahip olmayı" arzular. Bu, ötekinin gizemini çözen ve onu nesneleştiren bir iktidar biçimidir. Oysa "okşayan el"; ne aradığını bilmeden dokunur,

masına karşın yerine getirilmeyen eylem, öteki nazarında kayıtsızlığın ve saygısızlığın sembolü olarak yorumlanabilecektir. “Ben”, ötekinin gereksinimlerini her zaman açık biçimde kavrayamayabilir; çünkü bu talepler çoğu durumda yoruma açıktır. Bu nedenle ben-öteki ilişkisinde özne, ötekinin talebini yorumlamak zorundadır; ancak bu yorum hiçbir zaman mutlak bir doğruluk güvencesi sunmaz. Tam da bu nedenle özne, sorumluluk ilişkisi içinde sürekli bir kaygı taşır. Çünkü her durumda öteki için daha fazlasını yapıp yapamayacağı sorusu açık kalmaktadır. Hukukun önceden belirlenmiş kuralları, karar verene belli bir güvenlik ve açıklık sağlayabilir; buna karşılık ahlâki sorumluluk, öznenin kendisini bütünüyle haklı çıkaramadığı bir belirsizlik alanında işler. Bauman’ın “ahlâki anksiyete” olarak kavramsallaştırdığı bu huzursuzluk, etik yaşamın itici gücüdür.⁴⁵ Bu nedenle hukuk kuralları özneyi tereddütten kurtarmayı vaat ederken, sorumluluk etiği bu tereddüdü bütünüyle ortadan kaldırmaz; aksine onu etik dikkatin bir parçası olarak canlı kılar. Kişi, kendi masumiyetinden kuşku duya-bildiği ölçüde vicdani sorumluluğunu da diri tutar.⁴⁶ Bu bakımdan ahlâki sorumluluk, devredilemeyen ve başkasına havale edilemeyen bir yükümlülüktür, özneyi etik bakımdan biricik kılan da tam olarak budur.⁴⁷

III. Hukukun Çıkmazı ve İmkânı: “Üçüncü”nün Gelişi ve Adalet Arayışı

Ahlâkın doğasındaki belirsizlik ve özneliliğin öteki üzerinden inşası, ilk bakışta sadece “ben” ve “öteki” arasındaki mahrem alanda kalır; ancak *Bauman*, Levinasçı izleği takip ederek, bu ikili ilişkiye “üçüncü kişi” (*le tiers*) dahil olduğu anda hukukun zorunlu bir ihtiyaç olarak doğduğunu vurgular. Üçüncünün gelişi, mahrem etik anın kamusal bir adalet arayışına, yani hukuka tahvil edildiği kırılma noktasıdır.⁴⁸ Üçüncü kişinin varlığı, “ben”in sadece tek bir ötekiyle olan asimetrik ilişkisini bozar ve artık karşımızda birbiriyle kıyaslanması, hakları arasında denge kurulması ve öncelik sıralaması yapılması gereken çoklu bir “öteki-

sahip olma amacı gütmeyen ve ötekinin “başkalığını” tüketmeden onunla ilişki kurar. Sorumluluk, kavrayan bir ele (tahakküme) dönüştüğünde ahlâki vasfını yitirir; o ancak okşayan bir el olarak kaldığı sürece, yani ötekini kendi dünyasına hapsedmediği sürece etiktir. Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 101-103.

⁴⁵ Zygmunt Bauman, *Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları* (İsmail Türkmen çev, Ayrıntı 2019) 295.

⁴⁶ Bauman’a göre hukuk, sorumluluğun sınırlarını netleştirerek vicdanın azabını dindirir; oysa etik, bu sınırları reddeder ve “ben”i sonsuz bir sorumlulukla baş başa bırakır. Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 101-104.

⁴⁷ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 304.

⁴⁸ Bkz. Çırakman, ‘Levinas’ta Öteki ve Adalet: Eleştirel Bir Not’ (n 26) 198.

ler" dünyası vardır.⁴⁹ Bu çoğulluk, asimetrik sorumluluğu ölçülebilir ve paylaştırılabilir bir adalet arayışına taşır. Böylece hukuk, tekil talebi genel ve karşılaştırılabilir bir düzleme çevirmek zorunda kalır ve paradoks da tam burada başlar.⁵⁰ Eğer hukuk öznesi sonsuz sorumlulukla hareket ederse, hukuki belirlilik (*legal certainty*) ve sistemin işleyişi felç olma riski taşır. Ancak Jonathan Crowe'un belirttiği üzere, hukuk sistemi bu gerilimi yönetmek adına etik sorumluluğu sınırlı kurallara tercüme etse de hukuki yükümlülük meşruiyetini tam da bu etik "huzursuzluktan" alır.⁵¹

Özne ile norm arasındaki ilişki hiçbir zaman pürüzsüz bir uyum içermez. İster ahlâki bir buyruk ister pozitif bir hukuki norm olsun, kurallar, her zaman yorumun ve tikel olayların direnciyle karşılaşır. Modern hukukun "açıklık" ve "basitlik" iddiası, aslında yaşamın kaotik gerçekliği karşısında kurgulanmış bir "normatif illüzyon"dur. Kuralların kendi içerisinde yer alan istisnaları ve kuralları yorumlayan öznenin itkileriyle, kural kendi formundan sıyrılıp, öznenin zihninden yeni bir form olarak algılanmaktadır. Bu ve buna benzer durumlar, yaşam boyu insanın karşısına çıkan ahlâki ikilemlerde de benzerlikler göstermektedir. Ancak çok az ahlâki ikilem, iki farklı öznenin benzer koşullarda karşılaşabileceği bir ihtimaldir. Bu açıdan çıkmazların kaynağında tikel unsurlar söz konusudur. Dolayısıyla, insan yaşamında belirsizliğin bulunmadığı bir durumda ahlâki duyarlılığa ve sorumluluğa aynı ölçüde ihtiyaç duyulmayabilirdi. Belirsizliğin ortadan kalktığı böyle bir düzende, her somut durum için önceden belirlenmiş davranış şemaları oluşturulabilir ve sorunların kurallar aracılığıyla çözülebileceği varsayılabilirdi. Oysa insan yaşamı, müphemliği ve değişkenliği sürekli yeniden üreten bir yapıya sahiptir. Bu nedenle hem ahlâki kurallar hem de soyut hukuk normları, toplumsal yaşamın içerdiği farklılık, çoğulluk ve değişkenliği tam olarak kuşatamamaktadır.⁵² Sonuç olarak etik kodların ve soyut hukuk normlarının uygulanması, belirsizliği ortadan kaldırmaktan çok, kimi durumlar da onu daha da görünür hale getirmektedir.

Akışkan modernlik kendi içerisinde ahlâki, ben ve öteki üzerinde kurguladığı bir anlayışa sahne olmaktadır. Böyle bir anlayış, modern dönem aksine,

⁴⁹ Emmanuel Levinas, *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority* (Alphonso Lingis, Duquesne University Press 1969) 213; Emmanuel Levinas, *Otherwise than Being, or Beyond Essence* (Alphonso Lingis, Duquesne University Press 1998) 157-158.

⁵⁰ Stone, *Levinas, Ethics and Law* (n 22) 12-15.

⁵¹ Crowe, 'Levinasian Ethics and Legal Obligation' (n 22) 425.

⁵² Yüksel, 'Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk' (n 15) 20.

etik kodlardan yalıtılmış sorumluluğu kişiselleştirerek öznenin üzerinde belirli bir irade yaratmıştır.⁵³ Ötekiyle kurulan ilişki doğrudan ahlâkiliğin de neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ahlâki bakış, hukukun ve ahlâkiliğin içeriğinin yorumlanması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Çünkü, modern döneme değin hukukun aşıldığı alanda bireylere belirli bir sorumluluk vermekten kaçınılması söz konusudur; ancak günümüz akışkan dünyası, bireye daha fazla sorumluluk tanıyarak kendi kaderini tayin etmesi bakımından da onu önemli bir statüye yerleştirmiştir.⁵⁴

Üçüncü kişinin sahneye girişi, Levinasçı anlamda bir “ihaneti” de beraberinde getirir; zira yüz yüze ilişkinin sonsuz sorumluluğu, artık başkalarıyla kıyaslanmak ve sınırlandırılmak zorundadır. Bu noktada “etik uyanıklık” ile “hukuki yükümlülük” arasındaki gerilimli ilişki belirginleşir. Crowe’un belirttiği üzere, hukuk sistemi bu gerilimi yönetmek adına, sonsuz etik sorumluluğu sınırlı ve tanımlı yasal kurallara tercüme etmeye çalışır. Fakat bu tercüme süreci, doğası gereği bir “anlam kaybı”nı beraberinde getirir, ahlâki dürtü yasalaştığı anda soğur ve teknikleşir.⁵⁵ Matthew Stone, Levinasçı etiğin hukuku ortadan kaldıran bir yaklaşım değil, hukukun adalet iddiasını eleştirel biçimde canlı tutan bir imkân sunduğunu belirtir. Stone’a göre hukuk, karar verebilmek için tekil durumları genel kategoriler içinde değerlendirmek zorundadır ve hukukun paradoksu da tam burada ortaya çıkar.⁵⁶ Bu nedenle bu çalışmada savunulan etik fail, hukuka karşı çıkan ya da onu ilga etmeye yönelen biri değildir. Aksine böyle bir fail, hukuki karar sürecinde kullanılan kategorilerin somut olayın tekilliğini bütünüyle tüketmediğinin farkında olan hukukçudur. Bu nedenle etik uyanıklık, hukukçunun karar verirken normun soyut çerçevesi ile somut olayın adalet talebi arasındaki gerilimi gözden kaçırmamasını ifade eder.⁵⁷

⁵³ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 48-50.

⁵⁴ Postmodern hukuk devleti ideallerine ilişkin tartışma için bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, ‘Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti’ (2000) 13 *Doğu Batı* 200, 207.

⁵⁵ Bauman’ın postmodern etik anlayışını “modern etik karşıtı” bir pozisyon olarak okuyan bir değerlendirme için bkz. Ferhat Tekin, ‘Modern Etik Karşıtı Bir Düşünür Olarak Zygmunt Bauman ve Postmodern Etik Anlayışı’ (2020) 6(13) *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi* 39. Levinasçı etik perspektifinden hukuki yükümlülük tartışması için bkz. Crowe, ‘Levinasian Ethics and Legal Obligation’ (n 22) 425.

⁵⁶ Stone, *Levinas, Ethics and Law* (n 22) 12-15.

⁵⁷ Jacques Derrida, adaletin ancak hukukun bu hesaplanabilir katılığı askıya alındığında ve ötekinin tekilliğine hitap edildiğinde (karar anında) ortaya çıkabileceğini belirtir. Bkz. Jacques Derrida, ‘Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”’ (1990) 11 *Cardozo L Rev* 920, 925; Levinasçı “yüz” etiğinin yargısal karar alma sürecine (*adjudication*) ve hukuki yoruma

Ötekine karşı sorumluluk içinde kurulan "ben", üçüncü kişilerin devreye girmesiyle hukukun zorunluluğunu görünür kılar. Başka bir deyişle, ben ile öteki arasındaki ilişkide ortaya çıkan ahlâki sorumluluk, üçüncü kişinin dahil olmasıyla toplumsal ve hukuki bir düzleme taşınır. Bu bağlamda akışkan modernite, bir yandan doğal hukukçu rasyonalizmin evrensel ve a priori norm varsayımlarını sarsarken, öte yandan hukuku egemenin buyruğuna indirgeyen iradeci pozitivist açıklamaların sınırlarını da görünür kılar. Bölünen egemenlik yapıları ve belirsizleşen iktidar alanları, hukukun artık ne yalnızca buyruğa dayalı bir modelle ne de soyut aklın evrensel ilkeleriyle yeterince açıklanabileceğini göstermektedir.⁵⁸ Bu nedenle akışkan modernite koşullarında hukuk, öznenin ötekiyle ilişkisini ve bu ilişkinin doğurduğu etik sorumluluğu da hesaba katan bir çerçevede yeniden düşünülmelidir. Böylece evrensel norm iddialarının yerini, ötekinin önceliğini gözetten bir yaklaşım almaktadır.

Modern dönemin etik anlayışında, modern yasama uygulaması evrensellik ideali ve temel yazılı emirlerin varlığına dayanmaktadır. *Bauman*'ın yaptığı "yasa koyucu" (*legislator*) ile "yorumcu" (*interpreter*) ayrımı, tam da bu noktada hukuk teorisi için hayati bir referans noktası sunar. Modernite, hukukçuyu ve aydınlanmacı özneyi, topluma evrensel doğruları dikte eden bir "yasa koyucu" olarak konumlandırmıştır; ancak akışkan modernitenin çok kültürlü ve parçalı yapısında bu rol sürdürülemez hale gelmiştir. Artık hukuk öznesinden beklenen, tek bir doğruyu dayatmak yerine, farklı anlam dünyaları (kültürler, ötekiler, yabancılar) arasında bir tercüman işlevi görerek "yorumcu" rolünü üstlenmesidir. Adalet, artık yasanın lafzını dikte etmekten ziyade, o lafzı ötekinin acısını dindirecek şekilde yorumlayabilmekte yatar.⁵⁹ Yasa koyucular zora dayalı tek tip bir düzen peşinde koşarken, felsefeciler evrensel bir "insan doğası" illüzyonuna sığınmaktadır. *Bauman* ise bu "kusursuz kod" arayışının karşısına akışkan dünyanın öngörülemezliğini koyar. Ona göre, toplumsal yaşamın ve insan doğasının kurucu müphemliği, her türlü "mutlak düzen" projesini eninde sonunda karşılıksız bırakmaya mahkûmdur.⁶⁰

nasıl nüfuz edebileceğine dair kapsamlı bir analiz için bkz. Douzinas ve Warrington, 'Adaletin Yüzü: Başkılığın Hukuk Kuramı' (n 33) 900-905. Adalet ve hukuk devleti ideallerinin postmodern düzlemdeki bu kırılmaları hakkında ayrıca bkz. Türkbağ, 'Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti' (n 54) 207.

⁵⁸ Türkbağ, 'Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti' (n 54) 207.

⁵⁹ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 17-19.

⁶⁰ Bauman'ın "akışkanlık" metaforu üzerinden modernitenin sınır çizme ve kontrol etme hedeflerinin nasıl çözüldüğüne dair analizi için bkz. Bauman, *Liquid Modernity* (n 1) 2-3. Ayrıca mo-

*Bauman'a göre modern dönemin ahlâki kaygı etrafında kurduğu düzen ve gelecek tasavvuru da sorgulanmalıdır. Sağduyuyu dışlayan, sıradanlığı önemsizleştiren ve gündelik hayatın somut gerçeklerini hesaba katmayan bir toplumsal yapı, doğal felaketlerden gündelik ihtiyaçlara kadar uzanan sorunlar karşısında yeterli çözümler üretememektedir.*⁶¹ Bu nedenle *Bauman*, entelektüelin yasa koyucu işlevinden yorumlayıcı işleve geçişine dikkat çeker. Ona göre entelektüelin rolü, uygar konuşmayı, cemaatler arası etkileşimi ve farklı anlam dünyaları arasında aracılığı mümkün kılacak biçimde dönüşmüştür. Bu dönüşüm, denetimin yerini yönlendirmenin aldığı ve yasallığın siyasetten çok ekonomi tarafından belirlendiği bir bağlamda ortaya çıkmaktadır. İktisadi söylemin güç kazandığı, siyasal söylemin ise geri çekildiği bu dönemde entelektüelden beklenen, farklı anlam alanları arasında ilişki kurabilmesi ve ötekini anlaşılabilir kılan bir yorum dili geliştirebilmesidir.⁶²

Modernitenin hukuk anlayışında, özellikle Kantçı perspektifte özne, otonomisi aracılığıyla hem evrensel yasayı koyan bir “irade” hem de kendi koyduğu bu yasaya itaat eden bir “tabiiyet” ilişkisi içinde tanımlanır. Bu kurguda hukuk öznesi, kategorik emperatif aracılığıyla kendisini evrensel geçerlilik iddiası taşıyan bir normatif düzenin parçası haline getirir ve böylece tikel sorumluluklarından arındırılmış rasyonel bir figür olarak belirir. Buna paralel olarak doğal hukukçu perspektif, yasayı hem evrensel bir düzenin görünümü hem de belirli bir amaca yönelen normatif bir buyruk olarak değerlendirmektedir.⁶³ Rasyonalist gelenek, sübjektif ahlâkiliğe görelilik tehlikesi nedeniyle kuşkuyla yaklaşır. Ancak etiği evrensel ve genel geçer normlara indirgeme çabası, yerel değerlerin ve bireysel vicdanın sesini bastırarak ahlâki muhakemeyi bürokratik bir ödev anlayışına dönüştürme riski taşır. Modernite, evrensellik adına ötekiyle kurulan o biricik ve tikel bağı feda etmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, başkasına saygı, Kantçı ahlâkiliğin de koşulsuz temel ilkesidir. Bu saygı, en az özne kadar yasaya boyun eğen bir başkası olgusuyla birlikte harekete geçmektedir ve öznenin kendi saygısının boyutu içerisinde değerlendirilmektedir. Öteki, öznenin ahlâk yasasına uyan bir yasa tarafından yönetildiği süreç

dernitenin her şeyi sınıflandırarak evrensel bir “mutlak düzen” kurma projesinin, toplumsal yaşamın doğasındaki “müphemlik” (*ambivalence*) karşısında yaşadığı kaçınılmaz ontolojik başarısızlık hakkında kapsamlı tartışmalar için bkz. *Bauman, Modernlik ve Müphemlik* (n 10) 352-354.

⁶¹ *Bauman, Parçalanmış Hayat* (n 5) 8-12.

⁶² *Bauman, Yasa Koyucular ile Yorumcular* (n 19) 88.

⁶³ *Douzinas ve Warrington, 'Adaletin Yüzü: Başkılığın Hukuk Kuramı'* (n 33) 900.

özgür bir özneye dönüşebilecektir. Bu açıdan hukukun işleyişinin en iyi kanıtı olarak, yasaya boyun eğen "ötekine" özne tarafından saygı duyulması aranmaktadır.⁶⁴

Bu bağlamda Derrida'nın hukuk ile adalet arasında yaptığı ayrım, *Bauman*'ın tezleriyle paralel bir tartışma zemini sunmaktadır. Derrida'ya göre hukuk, uygulanabilir ve hesaplanabilir kurallar bütününe dayanırken, adalet tekil durumun bütünüyle kurala indirgenemeyen talebine işaret eder.⁶⁵ Hukuk öznesinin güçlüğü de tam burada ortaya çıkar: yargıç, genel kuralları somut ve tekil olaylara uygularken yorum yapmaksızın karar veremez. Bu nedenle *Bauman*'ın işaret ettiği ahlâki özne, yasayı otomatik biçimde uygulayan biri değil, karar anında sorumluluk üstlenen hukukçudur. Karar verme sürecinde ortaya çıkan bu gerilim, hukukun normatif yapısı ile adalet talebi arasındaki mesafenin bütünüyle kapatılamadığını göstermektedir.

Bauman ve *Levinas* için öznellik, bir "özgürlük" alanı değil, bir "rehinelik" ve "çağrıya yanıt verme" alanıdır. Modernizmin aksine buradaki hukuk öznesi, talebini soyut bir yasadan ziyade, ötekinin somut ve "yüz yüze" (*face-to-face*) karşılaşmasındaki sessiz çığılından alır. Bu karşılaşma empirik bir olaydır ve özneyi evrensel bir ilkeye uymasındasa, o andaki biricik muhtaçlığa cevap vermeye mecbur kılar. "Ben"i öteki üzerindeki sorumluluğa tabii kılan, etik bir özne olarak eylemeye yardımcı olan bu yerleşik karşılaşma ve tekrar edilemeyecek tekil bir talepte gizlidir. Ötekinin, tekil talebi yalnızca "ben" in varlığına yöneleceğinden bu ilişki, karşılıksız bir ilişkidir. Bu anlamda, ötekinin "ben"le ilişkisi evrensel bir ideal temelinde veya hukuksal bir kişilikle değil, her şeyden evvel Antigone'un keşfettiği "ben" dir.⁶⁶ Antigone, Kral Kreon'un (devletin) koyduğu pozitif hukuku (yasağı) reddederek, yazılı olmayan ebedi bir adalet yasasına (kardeşini gömmeye sorumluluğuna) itaat etmiştir. Bugünün hukuk öznesi de benzer bir eşiktir. Bürokrasinin "yapılamaz" dediği yerde, vicdanın "yapılabilir" dediği o Antigonevari "sorumluluk anı", hukukun tükenmesinden ziyade, adaletin başladığı yerdir. Hukukun sınırlarında beliren bu adalet arayışı, gücünü doğrudan sorumluluk etiğinin doğasından alır.

⁶⁴ Douzinas ve Warrington, 'Adaletin Yüzü: Başkalığın Hukuk Kuramı' (n 33) 903.

⁶⁵ Derrida, 'Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"' (n 57) 925.

⁶⁶ Douzinas ve Warrington, 'Adaletin Yüzü: Başkalığın Hukuk Kuramı' (n 33) 905.

Sorumluluk etiği, diğer etik anlayışlardan ziyade dolaysızdır ve tam karşılaşma, ötekini görme, ötekinin taleplerine kulak vermekle ilgilidir.⁶⁷ Hukukun temelinde yer alan, izin verilen ve yasaklanan normlardan ziyade, sorumluluk etiğinde ötekine karşı yakınlığımızdan kaynaklanan bir olgusal temele göre hareket etme söz konusudur. Bu anlamda hukuk öznesine dair, sorumluluk etiğinin işlevi hukuku tetikleyici bir yere çekmesidir. Hukuk, doğası gereği talepleri anonimleştirerek genel kurallar üretme eğilimindedir; ancak bu sistematik kurumsallaşma sürecinde “ötekinin ötekiliği” (*alterity*), hukukun genelleştirici merceği altında silikleşir. Hukuk, kişiyi bir “dosya numarasına” veya “statüye” indirgediği anda, sorumluluk etiğinin talep ettiği o canlı ilişki kopma noktasına gelir.⁶⁸ Hukukun normu dayanak aldığı alanlarda kimi zaman somut olayın dışına çıkarak kapsayıcı bir tutumla açıklamaya giriştiği de görülebilmektedir. Bu anlamıyla hukukun normu soyutlaştırma ve genelleştirme kaygısı gütmesi, tekil insanları anonim hukuksal özneler şeklinde tasvir etmesiyle görünür kılmaktadır. Bu kurgusal düzen içerisinde hukuki öznenin, dışsal bir belirleyenle girdiği ilişkide, edilgen bir ontolojiden türetildiği görülebilecektir.⁶⁹ Nihai olarak, *Bauman*’ın adalet anlayışı, hukuk öznesini dışsal bir normun edilgen alıcısı olmaktan çıkarıp, onu ötekiyle kurulan karşılıksız ve doğrudan bağın aktif bir faili olarak yeniden kurgular.⁷⁰ Bu perspektif, hukuk öznesini kurgusal bir anonimlikten kurtararak, ona olgusal ve etik bir gerçeklik kazandırır ve böylece hukuk, adil olma iddiasını bu etik “uyanıklık” üzerinden yeniden kazanabilir. Çünkü ötekinin yadsındığı bir norm, hukukun adil yönünü aktifleştirmekten ziyade, ötekinin

⁶⁷ Bu konuda adaletsizliğe bakmak ve görmek arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Farklı anlamlarda, “dertlenerek ilgilenmek” gibi argümanlarla da desteklenecek görüşleri bakımından Gülriz Uygur’un görüşleri Türkçe literatür açısından önem arz etmektedir. Uygur’a göre sadece “bakmak”, var olanı yüzeysel bir şekilde algılamak veya hukukçular özelinde konuşursak, sadece kuralları ve normları mekanik bir şekilde olaya uygulamaktır. Uygur, bu durumu Küçük Prens romanındaki “Fenerci” metaforu ile açıklar. Fenerci, talimatlara uyar, işini yapar (bakar) ama değişen koşulları ve yaşamın kendisini kaçıır. Hukukta sadece yasa maddesine “bakmak”, insanın somut acısını ve yüzünü gözden kaçırmaya (onu görünmez kılmaya) neden olabilir. “Görmek” ise etik bir eylemdir. Uygur buna “etik görme” veya Saint-Exupéry’den ilhamla “gönül gözüyle görmek” de der. Bu, kuralın ötesine geçip “Öteki”nin (Levinasçı anlamda) yüzünü, acısını ve özgün durumunu fark etmektir. Adaletsizliği görmek, ancak bu tür bir derinleşme ile, yani hukukun soyutluğu içinde kaybolan insanı “görünür kılmakla” mümkündür. Bkz. Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek* (n 33) 8.

⁶⁸ Douzinas ve Warrington, ‘Adaletin Yüzü: Başkılığın Hukuk Kuramı’ (n 33) 906.

⁶⁹ Douzinas ve Warrington, ‘Adaletin Yüzü: Başkılığın Hukuk Kuramı’ (n 33) 908.

⁷⁰ Bauman, *Postmodern Etik* (n 4) 101-103.

"asıl" sayılandan daha "eşit" olamayan bir yaşama deneyimine sebebiyet vermektedir.⁷¹

Toplumsal ilişkilerde "öteki"ni görünür kılan ve çoğulluğu esas alan bir norm, hukuk öznesini kurgusal alandan çıkarıp olgusal gerçekliğe taşır. Öznenin bu yeni kavranış biçimi, hukuk aktörlerinin pratiğini de etkileyerek hukuku adalet ve bilgi temelli etik bir yaklaşıma yönleltecektir. Sonuçta kurgusal olarak atanmış rollere bürünen tekil insanlar, kişi-kişi ilişkisinde görülebilecek olan "ben" ve öteki ilişkisinin toplumsal bir dönüşümünün gerçekleşmesine aracılık edebilecektir. Bu anlamıyla hukuk öznesinin yeni değerlendirme alanı, genişleyen, kapsayıcı, adil bir düzenin işareti olarak da okunabilecektir. Aynı zamanda akışkan dünyanın özneye modern zamana göre verdiği sorumluluk marjının genişlemesi, ahlâki açıdan sorumluluk etiğinin uygulamasına da olanak sağlamaktadır. Bu açıdan, hukuk öznesinin, kişi-kişi ilişkilerinin dışına çıktıklarında hukuki alanda sorumluluk etiğine göre eylemleri, belirli bir karşılığa ihtiyaç duymamaları öznelere de birbirleriyle ilişkileri ve dayanışmalarını da olanaklı kılmaktadır. Bu halde ifade edilen topluluk, insanların hukuki menfaatlerden ziyade, ötekinin menfaatine göre eylemeyi ve ötekinin taleplerini duymayı da gerekli kılmaktadır. Hukuk öznesi, sorumluluk etiğiyle otonom anlayışını öteki üzerinden kuracağı bir ilişki elde edecek ve sorumluluk olarak toplumsal yaşamın açmazlarını görünür kılmaya gönüllü olabilecektir.⁷²

IV. Birarada Yaşam Pratiği Olarak Dayanışma ve Aktif Hoşgörü

Bauman, öteki üzerinden temellendirdiği ahlâkiliği sadece bir yükümlülük olmasının ötesinde, yaşamın tüm çoğulluğuyla "olumlanması" (*affirmation*) olarak kurgular. Bu etik sorumluluk, kaçınılmaz olarak yabancının, farklılığın ve ötekinin kendi varlık sahasını bulabileceği, baskıdan arındırılmış özgürlük alanlarının inşasını zorunlu kılar. Düşünürün sosyolojisinde bu alanlar, tolerans ve hoşgörü kavramları üzerinden şekillenir. Ancak burada kullanılan tolerans, Rainer Forst'un belirttiği gibi iktidarın "lütfettiği" bir "izin verme" hali değil⁷³; Derida'nın "koşulsuz misafirperverlik" tartışmasıyla hizalanan, ötekinin gelişine

⁷¹ Hukuki veya bürokratik normların ötekini yadsıyarak nasıl bir "insandışılştırma" (*dehumanization*) ve ahlaki kayıtsızlaştırma pratiğine dönüştüğüne dair güncel bir tartışma için bkz. Cloquell-Lozano ve Novella-García, 'The Adiaphorization and Dehumanization of Migrations' (n 7) 4.

⁷² Bauman'a göre salt hukuki menfaatlerin ötesine geçen ve karşılıklılık beklemeyen bu tür bir eylemlilik, bireyselleşmiş toplumda yitirilen "dayanışma" ruhunu yeniden ete kemiğe büründürmenin yegâne yoludur. Bkz. Bauman, *Bireyselleşmiş Toplum* (n 34) 105-106.

⁷³ Forst, *Tolerance in Conflict* (n 30) 23.

kapı açan aktif bir etik duruştur.⁷⁴ *Bauman*'ın tolerans anlayışı, modernitenin aksine, belirsizliği yok etme veya ötekini bir "belirlilik" potasında eritme amacı gütmaz. Aksine bu, belirsizliğin kurucu bir unsur olarak kabul edildiği, ötekiyle girilen diyalogun risklerini göze alan aktif bir "birlikte var olma" iradesidir. *Bauman* için birlikte yaşam formları, dolaylı olarak makro-sosyal düzlemlerde etik anlayışının da yaşam alanı bulmasına bağlıdır. Bu etik yaşam alanı, belirli beklentiler ve bekleme süreçleriyle mümkün olabilecektir. Bu bekleme süreçlerine en çok katkı, düşünürün sosyal teorisinin dayanışma bölümünde kendisini göstermektedir.

Dayanışma, *Bauman*'da ötekiyle kurulan mikro-etik bağın makro-toplumsal bir karşılık bulmasıdır. Bu dayanışma, farklılıkları tek bir kimlikte eriterek "bir" yapmak değil, farklılıkların kendi biricikliğini koruyarak birbirine etik bir sorumluluk ağıyla bağlandığı toplumsal bir umut zeminidir. Buna karşın *Bauman*, dayanışmanın tesis edilmesi için somut bir kurumsal reçete veya araçsal bir yöntem sunmaktan kaçınır. Düşünür için bu tip kesin yargılar, tarihin akışkanlığını yadsıyan bir "yalancı peygamberlik" riskini barındırır.⁷⁵ O, bir yol haritası çizmek yerine dayanışmayı her defasında yeniden kurulması gereken etik bir imkân olarak bırakır.⁷⁶ Bununla birlikte böyle bir dayanışmanın gerçekleşebilmesi, ötekiyle kurulan ahlâki ilişkinin canlı tutulmasına bağlıdır. Bu nedenle *Bauman*'ın dayanışma anlayışı, farklılıkları ortadan kaldıran bir birlik fikrine değil, farklılığın korunarak birlikte yaşanmasına dayanır. Bu çerçevede modernitenin "özgürlük, eşitlik, kardeşlik" formülü, *Bauman*'da yerini "özgürlük, farklılık ve dayanışma" vurgusuna bırakmaktadır.⁷⁷ Bunu şu şekilde ifade eder:

"... dürüstçe ifade etmek gerekirse, kardeşimizin bekçisi olmamız, hizmet vermemiz, ahlâklı olmamız için hiçbir 'makul sebep' yoktur ve fayda yönelimli bir toplumda, faydasız ve işlevsiz yoksulun ve işsiz mutlu olma haklarına ilişkin akılcı kanıtlar hesaba katılamaz. Evet, itiraf etmeliyiz ki, sorumluluk üstlenmek, hizmet vermek ve ahlâklı olmak konusunda hiçbir 'makul

⁷⁴ Derrida ve Dufourmantelle, *Of Hospitality* (n 30) 77.

⁷⁵ Bauman, modern sosyolojinin ve yasa koyucu aklın aksine, ahlâki krizlere karşı kurumsal reçeteler sunmaktan bilinçli olarak kaçınır; zira ona göre kesin çözümler vadetmek, akışkan modernitenin doğasına aykırı ontolojik bir yanılsamadır. Bu yöndeki "peygamberlik" eleştirileri ve ahlâki müphemlikle reçetesiz yaşama zorunluluğuna dair görüşleri için bkz. Zygmunt Bauman ve Stanislaw Obirek, *Tanrı'ya ve İnsana Dair* (Akın Emre Pilgir çev, Ayrıntı 2018) 146.

⁷⁶ Bauman, 'Modernite, Postmodernite ve Etik' (n 27) 52-55.

⁷⁷ Bauman, *Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları* (n 45) 295-298.

sebepe' bulunmamaktadır. Ahlâkın tek destekçisi ahlâkın kendisidir: İnsanları daha zengin ve şirketleri daha kârlı hale getirmeyecek olsa da hizmet etmek ellerini yıkayıp gitmekten, mutsuz olan ötekiyle dayanışmak kayıtsız kalmaktan daha iyidir."⁷⁸

Bauman, yaşadığı tarihsel dönem itibarıyla hem modernitenin yol açtığı yıkımlara doğrudan tanıklık etmiş hem de akışkan moderniteyi kuramsallaştırabilecek tarihsel bir perspektife sahip olmuştur. Bu nedenle çözüm arayışlarında, özellikle totaliter siyasal deneyimlerin yarattığı tahribatın izleri belirgindir. Bauman, toplumsal sorunlara köktenci ideolojik projelerle çözüm üretilmeyeceğini düşünür; buna karşılık totaliter eğilimlerden arındırılmış yeni birlikte yaşama imkânlarının aranması gerektiğini savunur. Bu çerçevede, modernitenin belirlilik arayışı ile akışkan modernitenin duyarsız hoşgörü biçimleri karşısında, dayanışmayla desteklenen bir hoşgörü anlayışının geliştirilmesini önerir.⁷⁹ Bauman açısından insanlık tarihi, çoğu kez tek hakikat iddiası adına işlenen şiddet ve katliamlarla örülüdür. Buna karşılık o, çoğulluk ve farklılığın bastırılması yerine korunmasının daha adil bir toplumsal düzen bakımından temel önemde olduğunu vurgular. Dolayısıyla, insanlık tarihinde kardeşin kardeşi öldürmesine neden olan şeyler insanların çok kültürlülüğü, farklılıkları, yabancılıkları vb. değildir. Bunun aksine farklılığın reddedilmesi, çokluğun görmezden gelinmesi, ötekinin yadsınması ve insanların kendi "mutlak" doğrularına duydukları inanç bu tip kötülöklere neden olmaktadır. İnsanlar arasında hoşgörünün, toleransın, öteki üzerinden kurulan ahlâkiliğin, dayanışmanın ve çoğulculuğa ilişkin uzlaş alanının varlığı, çok dinli, çok dilli, çok kültürlü, sosyal ve politik kimlik biçimine rıza göstermek insanlığın birlikte yaşam pratiğine zemin hazırlayacaktır.⁸⁰

Bauman, dayanışmanın pratik tezahürlerini analiz ederken, kavramın kökenindeki "karşılıklı bağımlılık" (*solidaire*) ruhuna vurgu yapar. Wall Street eylemleri üzerinden gerçekleştirdiği okumada, bu kolektif devinimi "birimiz hepimiz, hepimiz birimiz için" ilkesinin akışkan dünyadaki bir izdüşümü olarak değerlendirir.⁸¹ Burada dayanışma, sadece sınıfsal bir çıkar birliği olarak okunmayarak, bizzat "insan olma" paydasında buluşan etik bir kitleselliktir. Bu karşılıklı sorumluluk ilkesi, kökenini Roma Hukuku'ndaki "in solidum" (bir borcun tamamından müte-

⁷⁸ Bauman, *Bireyselleşmiş Toplum* (n 34) 105.

⁷⁹ Bauman, *Modernlik ve Müphemlik* (n 10) 352-354.

⁸⁰ Bauman ve Obirek, *Tanrı'ya ve İnsana Dair* (n 75) 146.

⁸¹ Bauman, 'Solidarity: a word in search of flesh' (n 30).

selsilen sorumlu olma) kavramından alır.⁸² Modern politik terminolojide kavramın izleri, *Chevalier de Jaucourt*'un 1765 tarihli *Encyclopédie*'de kaleme aldığı "solidarité" maddesine kadar sürülebilir; ancak kavramın toplumsal felsefenin merkezine yerleşmesi ve yaygınlaşması esasen 19. yüzyılda gerçekleşmiştir.⁸³ Dayanışmanın sözcük temelinde, "karşılıklı olarak bağımlı" anlamına gelen *solidaire* sıfatı yer almaktadır. *Solidaire*, "sağlamlık", "bütünlük", "kitlesellik" ve "kalıcılık" anlamlarına gelen *solide* kelimesinden gelmektedir.⁸⁴ Wall Street'i işgal eden eylemciler, kendilerini dayanışmacı olarak tanımlayan bir toplumsal hareketin kardeşleri olarak ifade etmişlerdir. Wall Street işgalcileri, kendilerini dayanışmacı bir toplumsal hareketin mensupları olarak ifade etmişlerdir. Bu hareket, Amerikalıları egoizme, açgözlülüğe ve özel çıkarların peşinde koşmaya iten sınıfsal, etnik, dini, politik ve ideolojik ayrışmaları aşmayı amaçlamıştır. Onların gözünde Wall Street bankacıları, bu sorunların somutlaştığı başlıca aktörlerdir. Eylemcilerin "yüzde doksan dokuz" vurgusu ise ortak insani kriz karşısında ayrışmaları geri plana iten bir dayanışma çağrısını simgelemektedir. *Bauman* için bu durum, farklılıkların yok sayılmasının aksine, ortak bir "etik kaygı" etrafında tartışmaların askıya alınarak bir araya gelinebileceğinin kanıtıdır. Bu, hiyerarşisiz ve lidersiz gelişen yeni bir demokratik özneleşme pratiğidir. Eylemciler, parktaki gazetecilere, hareketlerinin kendiliğinden ortaya çıktığına ve kimse tarafından manipüle edilmediğine dair demeçler vermişlerdir ve eylemlerinde onları yöneten ve yönlendiren hiçbir lidere sahip değillerdir.⁸⁵

Bauman açıkça akışkan dünyada yer alan gündelik angaryanın dayanışmaya elverişsiz olduğunun altını çizer; ancak, ona göre her zaman böyle olmamıştır. Çünkü modern çağın arifesinde oluşan toplum sistemi içinde gerçek bir dayanışma bolluğu görülmektedir. Modern dönemin pek çok yönü insanlara, dayanışma hakkında bir gösterge oluşturarak onların saflarını birleştirmeye ve kol kola yürümelerine teşvik etmiştir. *Bauman*'a göre modern dönemde dayanışmayı besleyen başlıca dinamiklerden biri, kapitalist üretim ilişkilerinin ortaya çıkardığı ortak hak arayışlarıdır. Buna karşılık dayanışmanın zayıflamasının te-

⁸² CNRTL (Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales), 'SOLIDAIRE: Etymologie de SOLIDAIRE' (CNRTL <<https://www.cnrtl.fr/etymologie/solidaire>> Erişim Tarihi 01 Şubat 2026.

⁸³ Andrea Sangiovanni ve Juri Viehoff, 'Solidarity in Social and Political Philosophy' (2023) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2023 Edition, Edward N Zalta ve Uri Nodelman eds) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/solidarity/> Erişim Tarihi 01 Şubat 2026.

⁸⁴ Bauman, 'Solidarity: a word in search of flesh' (n 30).

⁸⁵ Bauman, 'Solidarity: a word in search of flesh' (n 30).

melinde, bireyin içinde yaşadığı toplumun ortak iyiliğine gösterilen ilginin gide-
rek azalması yer almaktadır. Bu durum, uzlaşıya dayalı bir topluluk anlayışından
çok, kendi kaderini tek başına belirlemeye çalışan bireyci bir toplum yapısına
işaret etmektedir.⁸⁶

Bauman, güvenlik istenci çerçevesinde ideoloji ve tüketim alışkanlıkların-
dan örnekler vererek dayanışmanın günümüzde neden ve nasıl zor olduğunu
da detaylıca ele alır. İçerisinde yaşanılan ve her gün kendi dünyalarımız aracılı-
ğıyla yeniden üretilen dünya oldukça fazla örnekle dayanışmanın mümkün ol-
madığını göstermektedir. Bu açıdan, dayanışmayı sağlama söz konusu oldu-
ğunda, eylemler özellikle etkileyici değildir. Ancak dayanışma ruhunun ve açlı-
ğının da pes etmeyeceğini gösteren deliller az olsalar da varlıklarını sürdürmek-
tedirler. Birbirini izleyen ve birbirinden etkilenen dayanışma dönemleri dünya-
nın farklı coğrafyalarında kendisini göstermektedir. Özel amaçlı kooperatif te-
şebbüsleri gibi yerel girişimler, genellikle mütevazı ve çoğu zaman geçici olsalar
bile hızla çoğalmaktadır. *Bauman*, dayanışmanın akışkan modernitede henüz
tam anlamıyla "vücut bulmamış" (*in search of flesh*) bir kavram olduğunu savu-
nur. Dayanışma, bir formdan diğerine evrilen, başarısızlıklarından ders çıkara-
rak kendini sürekli yeniden kurgulayan dinamik bir süreçtir. Bu, bitmiş bir yapı
değil, her toplumsal krizde yeni bir çehreyle beliren "inatçı bir etik potansi-
yel"dir.⁸⁷ Dolayısıyla, dayanışmanın yeni form arayışında, 21. yüzyıl sakinleri
olarak tüm insanlar, arayışın hem faileri hem de nesneleri olmaktadır. *Bau-
man*, "Solidarity" başlıklı makalesinde Occupy Wall Street hareketini analiz
ederken, bu eylemliliği hiyerarşisiz ve lidersiz bir etik uyanış olarak selamlar.⁸⁸
Benzer bir "etik failleşme" pratiği, 2021 yılında Glasgow'da (*Kenmure Street*)
gerçekleşen olayda somutlaşmıştır. Yerel halk, iki mültecinin sınır dışı edilme-
si engellemek için göçmen bürosu aracının etrafını sararak pasif bir direniş
sergilemiştir. Burada hukuk özneleri, devletin o anki idari tasarrufuna (sınır dışı
kararı) itaat etmek yerine, uluslararası mülteci hukukunun temel taşı olan "geri
göndermeme" (*non-refoulement*) ilkesiyle⁸⁹ örtüşen vicdani bir sorumluluğu
üstün tutmuşlardır. Bu eylem, hukukun askıya alınması değil; aksine hukukun
evrensel koruma ilkelerinin (insan hakları), bürokratik işlem süreçlerine karşı

⁸⁶ Bauman, 'Solidarity: a word in search of flesh' (n 30).

⁸⁷ Bauman, 'Solidarity: a word in search of flesh' (n 30).

⁸⁸ Bauman, 'Solidarity: a word in search of flesh' (n 30).

⁸⁹ Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 art 33.

toplumsal bir dayanışmayla savunulmasıdır.⁹⁰ Bu iki örnek, *Bauman*'ın dayanışmayı soyut bir ahlâki ideal olmanın ötesinde konumlandırışına örnek teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere, hukuk öznesinin öteki karşısında sorumluluk olarak görünür kıldığı pratik bir imkân olanağı açığa çıkmaktadır. Dayanışma burada hukuku askıya alan bir istisna değildir, hukukun koruyucu ve kapsayıcı ilkelerini bürokratik tasarruflara karşı yeniden hatırlatan etik bir müdahaledir. Bu nedenle akışkan modernite koşullarında hukuk öznesi, yalnızca kurala uyan pasif bir figür olarak yorumlanmayarak, ötekinin kırılabilirliği karşısında sorumluluk üstlenen bir fail olarak belirmektedir.

Sonuç

Akışkan modernite, toplumsal yapıları sarsarak bireyi belirsizlik ve etik kırılabilirlik içinde bırakmıştır. Bu düzende egemen ideolojiler, güvenlik söylemini güçlendirerek ötekiyle karşılaşmayı tehdit olarak kodlamakta, bunun sonucunda bireyler içe kapanmakta ve ahlâki sorumluluk bürokratik işleyişe devredilmektedir. Bu anlamda, insanlar güvenlik istenciyle, kendilerine sürekli aktarılan ötekinin/farklının uzağında, korunaklı bir yaşam içerisinde kalmak istemektedirler. Bu durum, modern ahlak teorisinin öngördüğü dışsal ödevlerle birlikte ele alındığında, insanın yalnızca kendi “getto”sunda yaşadığı, sınırları çizilmiş bir “mahalle kültürü” ile kapalı toplumsal zümrelerin inşa edilmesine hizmet eder. Nihayetinde bu yapı, toplumsal geçişleri engelleyerek ötekinin söylemsel düzeydeki farklılığını daha da keskinleştirir.

Bauman'ın Levinasçı izlekte geliştirdiği sorumluluk etiği, modern hukukun “edilgen” ve “anonim” özne tasarımına köklü bir alternatif sunar. Burada önerilen hukuk öznesi, kurala körü körüne itaat eden bir teknisyen olmanın ötesine geçen, ötekinin talebini duyan, onun yüzündeki çaresizliğe tanıklık eden ve bu sorumluluğu devretmeyi reddeden “aktif bir etik fail”dir. Bu fail, Antigonevari bir sorumlulukla, yasanın “yapılamaz” dediği noktada vicdanın “yapılmalı” dediği etik riski üstlenir. Bununla birlikte bu eylem modern dönem ahlâkiliği aksine, dışsal bir erke veya evrensel bir norma dayanmaksızın, kişinin içsel alanında cereyan eden bir ilişkidir. Bu ilişkinin karşılıksız ve asimetrik oluşu, onun bir amaca veya çıkara dayanmadığını göstermektedir; ancak Levinas teorisini iki

⁹⁰ Libby Brooks, ‘Glasgow protesters rejoice as men freed after immigration van standoff’ (The Guardian, 13 May 2021) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2021/may/13/glasgow-residents-surround-and-block-immigration-van-from-leaving-street>> Erişim Tarihi 01 Şubat 2026.

kişi arasındaki etik karşılaşma düzleminde geliştirirken, *Bauman* üçüncü kişiyi de devreye sokarak hukuku bu etik anlayışın parçası haline getirmektedir. Böylece çalışma, sorumluluk etiği zemininde konumlanan bir hukuk öznesinin nasıl belireceğini değerlendirmekte ve bu bilinçle eyleyen öznenin, "öteki"ni hukuki alanda görünür kılmadaki hayati rolünü vurgulamaktadır. Ancak bu görünürlük, modern anlamda belirlilik istenciyle değil, ötekinin yaşamını "ben"le eşit seviyeye çekebilecek bir görme halini kendisinde barındırmaktadır. Çünkü, öteki çeşitli söylemler içerisinde hakları görmezden gelinen, farklılıklarıyla toplumdan dışlanan ve güvensiz olarak lanse edilen özellikleri ihtiva etmektedir. Hukuk öznesi, sorumluluk etiğiyle donandığında, kendi özerkliğini ötekini yok saymak üzerine değil, ötekinin varlığını korumak üzerine inşa eder. Bu perspektif, hukuku sadece uyumsuzlukları çözen teknik bir aygıt olmaktan çıkarıp, ötekinin mağduriyetini "ben"in sorunu kılan kapsayıcı bir adalet düzenine dönüştürür. Sonuç olarak, akışkan dünyanın belirsizlikleri karşısında sığınılacak yer katı ve dışlayıcı yasalardan ziyade, farklılığa alan açan bir dayanışma ve aktif bir hoşgörü kültürüdür. Hukuk öznelerinin kurgusal rollerinden sıyrılarak etik birer aktör olarak eylemde bulunmaları, adaletin kâğıt üzerindeki çerçevelenişinden sıyrılarak, yaşam pratiğinde karşılık bulduğu daha insani bir düzenin kapısını aralayacaktır. Bu dönüşüm, "kardeşinin bekçisi" olmaya gönüllü olanların omuzlarında yükselecek bir dayanışma etiğinin eseridir.

Kaynakça

Bauman Z, *Yasa Koyucular ile Yorumcular* (Atakay K çev, Metis 1996)

- -, *Liquid Modernity* (Polity 2000)

- -, 'Modernite, Postmodernite ve Etik' (2002) 5(19) *Doğu Batı* 51-61

- -, *Modernite ve Holocaust* (Sertabiboğlu S çev, Versus 2007)

- -, *Etiğin Tüketiciler Dünyasında Bir Şansı Var mı?* (Çoban F ve Katırcı İ çev, De Ki Basım Yayın 2010)

- -, *Bireyselleşmiş Toplum* (Alogan Y çev, 2. Baskı, Ayrıntı 2011)

- -, *Ölümlülük, Ölümsüzlük ve Diğer Hayat Stratejileri* (Demirdöven N çev, 2. Baskı, Ayrıntı 2012)

- -, 'Solidarity: a word in search of flesh' (2013) Eurozine <https://www.eurozine.com/solidarity-a-word-in-search-of-flesh/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2025

- -, *Modernite, Kapitalizm, Sosyalizm: Küresel Çağda Sosyal Eşitsizlik* (Ergun FD çev, 2. Baskı, Say 2014)

- -, *Parçalanmış Hayat: Postmodern Ahlak Denemeleri* (Türkmen İ çev, 2. Baskı, Ayrıntı 2014)

- -, *Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları* (Türkmen İ çev, Ayrıntı 2019)

- -, *Modernlik ve Müphemlik* (Türkmen İ çev, 4. Baskı, Ayrıntı 2020)

- -, *Postmodern Etik* (Türker A çev, 4. Baskı, Ayrıntı 2020)

Bauman Z ve Donskis L, *Ahlaki Körlük: Akışkan Modernlikte Duyarlılığın Yitimi* (Pilgir AE çev, Ayrıntı 2020)

Bauman Z ve Obirek S, *Tanrı'ya ve İnsana Dair* (Pilgir AE çev, Ayrıntı 2018)

Beran K, 'The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science' (2013) 3(1) *The Lawyer Quarterly* 29-42

Bernasconi R, *Levinas Okumaları* (Direk Z çev, Pinhan 2011)

Brooks L, 'Glasgow protesters rejoice as men freed after immigration van standoff' *The Guardian* (13 May 2021) <https://www.theguardian.com/uk-news/2021/may/13/glasgow-residents-surround-and-block-immigration-van-from-leaving-street> Erişim Tarihi 1 Şubat 2026

CNRTL (Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales), 'SOLIDAIRE: Etymologie de SOLIDAIRE' (nd) CNRTL <https://www.cnrtl.fr/etymologie/solidaire> Erişim Tarihi 1 Şubat 2026

Cloquell-Lozano A and Novella-García C, 'The Adiaphorization and Dehumanization of Migrations from the Ethical and Moral Approach of Public Policies' (2022) 11(3) *Social Sciences* 89

- Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137
- Crowe J, 'Levinasian Ethics and Legal Obligation' (2006) 19(4) *Ratio Juris* 421-433
- Çırakman E, 'Levinas'ta Öteki ve Adalet: Eleştirel Bir Not' (2000) 13 *Doğu Batı* 179-199
- Derrida J, 'Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"' (1990) 11 *Cardozo L Rev* 920-1029
- Derrida J ve Dufourmantelle A, *Of Hospitality: Anne Dufourmantelle Invites Jacques Derrida to Respond* (Bowlby R tr, Stanford University Press 2000)
- Douzinan C ve Warrington R, 'Adaletin Yüzü: Başkalığın Hukuk Kuramı' (Sağlam R ve Akbaş K çev) (2014) 72(1) *İÜHFM* 895-915
- Durkheim E, *The Division of Labor in Society* (Lukes S ed, Halls WD tr, 2nd edn, Free Press 2014 [1893])
- Forst R, *Toleration in Conflict: Past and Present* (Cronin C tr, Cambridge University Press 2013)
- Jonas H, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age* (Jonas H tr, with the collaboration of Herr D, University of Chicago Press 1984)
- Kelsen H, *Pure Theory of Law* (Knight M tr, University of California Press 1967)
- Levinas E, *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority* (Lingis A tr, Duquesne University Press 1969)
- -, *Difficult Freedom: Essays on Judaism* (Hand S tr, Johns Hopkins University Press 1997)
- -, *Otherwise than Being, or Beyond Essence* (Lingis A tr, Duquesne University Press 1998)
- -, *Tanrı, Ölüm ve Zaman* (Ergüden I çev, Dost Kitabevi 2011)
- -, *Sonsuza Tanıklık* (Direk Z ve Gökyaran E eds, Kolektif çev, 4. Basım, Metis 2016)
- Rattansi A, *Bauman and Contemporary Sociology: A Critical Analysis* (Manchester University Press 2017)
- Sangiovanni A and Viehoff J, 'Solidarity in Social and Political Philosophy' (2023) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2023 Edition, Zalta EN ve Nodelman U eds) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/solidarity/> Erişim Tarihi 1 Şubat 2026
- Sarıbay AY, 'Politik Teori, Modernite ve Etik' (1998) 4 *Doğu Batı* 55-60
- Scholz SJ, *Political Solidarity* (Penn State University Press 2008)
- Stone M, *Levinas, Ethics and Law* (Edinburgh University Press 2016)
- Tekin F, 'Modern Etik Karşıtı Bir Düşünür Olarak Zygmunt Bauman ve Postmodern Etik Analayışı' (2020) 6(13) *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi* 39-74

Türkbağ AU, 'Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti' (2000) 13 *Doğu Batı* 200-212

Uygur G, *Hukukta Adaletsizliği Görmek* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 2013)

Yüksel M, 'Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk' (2015) 5(1) Hacettepe HFD 9-26

Thomas Hobbes'un Doğal Hukuk Teorisinin Normatif Çelişkileri Üzerine^(*)

Murat SEVENGÜL^(**)

Öz

Hobbes, erken modern dönemin nominalist dünya görüşü çerçevesinde klasik doğal hukukun tezlerine karşı çıkar. Asosyal ve atomize bireyleri temel alarak ahlâkı, hukuku ve devleti bir sözleşme vasıtasıyla temellendirir. Hobbes, mekanistik bir çerçevede kavradığı doğadan hukuku ve devleti türetmeye çalışır. Hobbes, “söz verme” eylemini içeren sözleşme olgusunu ahlâkın öncesine koyar. Oysa bireylerin doğa durumunda birbirlerine söz verebilmeleri, ahlâki bir zemin üzerinde mümkün olabilir. Hobbes bunu yadsır, çünkü böyle bir ahlâkiliğin varlığını kabul etmek, doğa durumunun aslında mevcut olmadığını kabul etmeyi gerektirecektir. Hobbes, sözleşmenin yapılmasını öz çıkarla açıklar. Ancak bireylerin öz çıkar temelli bir sözleşme yaparken neden daha sonra öz çıkarı gözetmeden yasalara uymaları gerektiğini normatif biçimde açıklayamaz. Hukuka uyumu savaş ve ölüm korkusuyla temellendirmeye çalışır. Ona göre akıl, ahlâk ve adalet kavramları görecedir. Doğal hukukun yorumlanması bütünüyle egemene aittir. Bu kapsamda devleti, ahlâkın ve hukukun tek kaynağı haline getirir. Devlet, hukukun tek kaynağı olduğunda hukuk ve yasa özdeş hâle gelir. Bu nedenle Hobbes, hukukun temelini normatif bir çerçevede değil, güce başvurarak açıklar. Bu çalışmada, Hobbes'un doğal hukuk teorisi kapsamında çelişki olarak görülen şu hususlar incelenmiştir: Hukukun temeline öz çıkarın yerleştirilmesi, doğa durumundaki sosyallik eksikliğinin aşılamaayan bir güven krizine yol açması ve hukukun sözleşmeyle ortaya çıkmasının devletin normatifliğini açıklayamaması. Tüm bu

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 17.04.2026.

Atıf Şekli: Murat Sevgül, 'Thomas Hobbes'un Doğal Hukuk Teorisinin Normatif Çelişkileri Üzerine' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341,371.

DOI: 10.52273/sduhfd..1913943.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü Doktora Öğrencisi, Kocaeli-Türkiye.

E-posta: mursevgul@gmail.com.

Orcid: 0000-0002-2647-5982.

çelişkilerin ortak zemini Hobbes'un toplum ve devleti yapay kurumlar olarak görmesidir. Sonuç olarak, ahlâk ve hukukun devlet öncesinde sosyalliğe içkin olması itibarıyla, toplum ve devletin tarihsel süreçte gelişen sosyalliğin bir ürünü olduğu ve bu bakımdan Hobbes'un iddia ettiği üzere yapay kurumlar olmadığı ileri sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Hobbes, Doğal Hukuk, Doğa Durumu, Sosyal Sözleşme, Hukuki Normatiflik.

On the Normative Contradictions of Thomas Hobbes's Natural Law Theory

Abstract

Hobbes opposes classical natural law theory. He grounds law and the state in a contract among asocial individuals. Hobbes places the contract prior to morality itself. Although individuals can make promises to one another in the state of nature only on a moral basis, Hobbes explains the making of the contract in terms of self-interest. He states that obeying the laws after the social contract is a moral obligation. However, he does not normatively explain why individuals who form contracts on the basis of self-interest should later obey the laws without regard to self-interest. According to him, the interpretation of natural law belongs entirely to the sovereign. In this context, he makes the state the sole source of morality and law. When the state becomes the sole source of law, law and legislation become identical. Therefore, Hobbes can explain the basis of law not within a normative framework, but only by resorting to power. This study examines the contradictions in Hobbes's understanding of natural law; the placement of self-interest at the foundation of morality and law; the inability to overcome the crisis of trust arising from the lack of sociality in the state of nature; and the consequences of law emerging through contract for the normativity of the state. Therefore, it is shown that society and the state are not artificial institutions.

Keywords

Hobbes, Natural Law, State of Nature, Social Contract, Legal Normativity.

Extended Summary

Hobbes's theory of natural law includes three different but interconnected contradictions. This study examines the placement of self-interest at the foundation of the contract, the crisis of trust arising from the lack of sociality in the state of nature, and the consequences for the sovereign's normativity of the establishment of morality and law after the contract.

The first contradiction in Hobbes's natural-law theory is his placement of self-interest at the foundation of morality. According to Hobbes, individuals desire peace and enter into contracts out of self-interest. Although morality is defined as acting independently of self-interest, Hobbes reverses this by grounding morality in self-interest through the act of "promising." This contradiction raises the following question: If individuals enter into contracts in the state of nature on the basis of their self-interests, why should their obligation to abide by the contract persist even if their self-interests change after the contract is concluded?

For Hobbes, a person who enlists in the army as a soldier and receives money from the state cannot invoke the excuse of a timid nature and is obligated not only to go to war but also not to flee the battlefield without the permission of their commander. Nevertheless, according to Hobbes, people enter into contracts to ensure their own survival. No contract can involve risking death. Even a sovereign cannot order his citizens to die. Therefore, as seen in the example of the soldier, the validity of a contract based on self-interest cannot be established on a moral basis. The morality Hobbes emphasizes in this context is based on objective value and demands categorical conformity. Paradoxically, Hobbes is forced to return to the understanding of objective values held by Aristotle and scholastic philosophy, which he criticizes. In conclusion, the placement of self-interest at the foundation of the contract and morality is a crucial contradiction in Hobbes's natural law theory.

The second contradiction in Hobbes's natural law theory is that the crisis of trust that must be overcome for a contract to be made in an asocial state of nature is insurmountable. Since sovereignty can emerge only through a contract, people can enter into a contract only by overcoming their mutual distrust in the state of nature. Hobbes states that a contract can arise when people behave rationally in the state of nature. However, he does not explain how people who are atomized and asocial overcome their crisis of trust in one another. This crisis cannot be overcome solely through rationality, since even if one person decides to act rationally, there is no guarantee that others will do so. Yet the element that provides this guarantee is the contract itself. People enter into a contract through the act of making a promise. However, "making a promise" is itself a moral act and can arise only on the basis of a moral foundation. The dilemma in Hobbes's theory is that morality is said to emerge after the contract is made, while the act of promising required for the contract presupposes morality.

Overcoming mistrust can be achieved through people getting to know each other within a social framework and through the emergence of a more or less shared moral understanding throughout history. The act of making a promise is only possible on a

social level. In other words, the act of promising cannot give rise to sociality, rather the act of promising can exist only within sociality.

The third contradiction is that morality and law become actualized through sovereignty. Hobbes grounds the absolute nature of the sovereign arising from the social contract in the argument of "infinite regression." Every limit requires a higher authority to set it, and this chain cannot continue indefinitely. Therefore, a final limit is necessary; consequently, the power of the supreme sovereign must be unlimited. According to Hobbes, the highest limit cannot be a norm because multiple interpretations of a norm lead to conflict.

Natural law comes into existence through the sovereign's laws and becomes actual through the sovereign's interpretation, which is considered the only correct one. However, the very existence of a contract requires that those making the contract have at least a minimum interpretive agreement on what constitutes the act of "promising." Therefore, the emergence of a contract is impossible in a situation where interpretive agreement cannot be achieved at any level of rule; at the very least, there must be a consensus on the meaning of the rule of "promising."

Hobbes's argument of infinite regression, which he addresses within the scope of limitation, can also be examined in terms of the application of power. The ruler uses force through officials to ensure obedience. If officials are bound to the law only by the fear of sanctions, then new officials are needed to enforce it; this process cannot continue indefinitely. Therefore, adherence to the law by at least some officials should not stem solely from fear of power and sanctions. One way to halt this regress is to tell officials that they have a moral obligation to obey. But this morality cannot be the morality interpreted by the ruler, because the very issue at hand is whether the ruler's laws will be obeyed. Therefore, the sovereign must refer to a morality beyond its own interpretation. However, such a reference implies accepting the existence of a rule and morality before sovereignty, but this acceptance is incompatible with Hobbes's theory of natural law. Hence, this is a normative contradiction in his theory.

In conclusion, Hobbes implies that a state of nature may never have existed in history and that he has constructed it hypothetically. However, a state of nature as depicted by Hobbes is impossible, either historically or hypothetically. The inherent social nature of morality and law before the state shows that society and the state are not artificially constructed, as Hobbes argues, rather, they arise from sociality that develops throughout history.

Giriş

Modern doğal hukukun kurucu isimlerinden biri olan Hobbes, pek çok çağdaşı gibi, Ockhamlı William'ın öncülük ettiği nominalizm düşüncesini ve o dönemde yeni ortaya çıkan fiziksel ve mekanistik dünya görüşünü benimsemiştir. Bu kapsamda, klasik doğal hukuk anlayışına kaynaklık eden skolastik felsefenin Aristoteles-Aquinas teorilerine dayanan birçok unsuruna karşı çıkmıştır.

Hobbes, yasallığı ve nesnel değerleri evrenin metafizik unsurları olarak gören skolastik felsefenin doğal hukuk ve siyaset felsefesini, fiziksel dünyanın gerçeklerine aykırı bulur. Yaşadığı çağda tanık olduğu siyasi ve dini çatışmalar, onun hayata korku temelli bakmasına yol açar. Bunu, “*Annem bir ikiz doğurdu: Biri ben, diğeri korku.*” diyerek itiraf eder.¹ Bu nedenle, özellikle Aristoteles felsefesinin “erdem”, “adalet” ve “nesnel iyi” gibi kavramlarını, süregelen toplumsal ve siyasi çatışmaların kaynağı olarak görür.² Hobbes’a göre, akıl ve değerler görece kavramlar olmaları itibarıyla, sonu gelmez tartışma ve çatışmalara sebep olurlar.³

Hobbes’a göre, Aristoteles ve skolastik felsefe ne savunursa savunsun, egemenin, yani devletin, nesnel değerler sonucu ortaya çıkmadığını;⁴ ya fetih yoluyla ya da bireyler arası bir sözleşme aracılığıyla ortaya çıktığını ileri sürer.⁵ Ancak egemenin ortaya çıkmasıyla ahlâk ve hukuk meydana gelir.⁶ Aristoteles’in iddiasının aksine, sosyallik doğal olmayıp, bireylerin yapay olarak oluşturduğu bir durumdur.⁷

Hobbes’un doğal hukuk anlayışına ilişkin literatürde başlıca iki ana damar ortaya çıkmıştır: Quentin Skinner, Hobbes’u klasik bir faydacı olarak görürken,⁸ Warrender ve Taylor gibi düşünürler⁹ ise onu doğal hukuk geleneğinin sadık bir

¹ AP Martinich, *Thomas Hobbes* (Akın Terzi çev, Türkiye İş Bankası 2010) 2.

² Thomas Hobbes, *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti* (Semih Lim tr, 8. baskı, Yapı Kredi Yayınları 2010) 491-492.

³ ibid 81.

⁴ ibid 491-494, 500.

⁵ ibid 155-156.

⁶ ibid 114.

⁷ ibid 135-136.

⁸ Quentin Skinner, ‘Review Article: Hobbes’ “Leviathan”’ (1964) 7(2) *The Historical Journal* 321, 321.

⁹ Howard Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes: His Theory of Obligation* (Clarendon Press 1961) 322; AE Taylor, ‘The Ethical Doctrine of Hobbes’ (1938) 13(52) *Philosophy* 406, 408.

takipçisi olarak konumlandırır.¹⁰ Bu çalışma, Hobbes'un faydacı görüşleri olduğunu kabul etmekle birlikte, onun felsefesinin bu faydacı yönünü hukukun normatifliği açısından değerlendirmektedir.

Bu çerçevede, Hobbes'un bilimsel devrim ve Protestanlık ile ivme kazanan nominalist dünya görüşü çerçevesinde, klasik doğal hukuk teorisini dönüştürdüğü ve bu geleneğin sadık bir takipçisi olmadığı ileri sürülmektedir. Tam tersine Hobbes'un, klasik doğal hukukun antitezi olan nominalist bir açıdan doğal hukuku baştan inşa etmeye çalıştığı vurgulanmaktadır. Bu açıdan Hobbes, modern çağın hem materyalizminin hem de pozitivizminin öncü düşünürü olarak görülebilir.¹¹

İleriki bölümlerde gösterileceği üzere, Hobbes'un doğa durumunda, atomize ve asosyal olarak tanımladığı birey, öz çıkarını temel alarak sözleşme yapmakta ve bunun sonucu olarak ahlâka, hukuka ve devlete ulaşmaktadır. Ne var ki, "sözleşme" kavramının bizzat kendisi, bireyin bir yasallık mefhumuna sahip olmasını gerektirmektedir. Yasallık anlayışına ve söz verme yetisine sahip olmak ise sosyalliğin ve ahlâkın var olmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla Hobbes'un, "birey" olgusunun ve onu oluşturan sınırların, ancak ötekilerin varlığı ve sosyal ilişkilerle ortaya çıktığı gerçeğini dikkate almadığı düşünülmektedir.

Bu noktada amaçlanan, Hobbes'un bireyin mevcudiyetini sürdürme arzusunun temel alıp, sosyalliği, toplumu ve devleti yapay şekilde tesis etme girişiminin, ahlâk ve hukukun temellendirilmesinde çelişkilere yol açtığını göstermektir.

Birinci bölümde, Hobbes öncesi erken modern dönemdeki klasik doğal hukuk dünya görüşü ve nominalist felsefe hakkında kısa bilgi verilmiştir. İzleyen bölümler ise Hobbes'un doğal hukuk anlayışındaki çelişkilere odaklanmaktadır. İkinci bölümde, hukukun temeline öz çıkarın yerleştirilmesi; üçüncü bölümde, doğa durumundaki sosyallik eksikliğinin doğurduğu güven krizi; dördüncü ve son bölümde ise yasallığın sözleşme ile ortaya çıkmasının egemenin normatifliği açısından doğurduğu çelişkiler incelenmektedir.

¹⁰ Nicola-Ann Hardwick, 'How Radically Did Hobbes Depart from the Natural Law Tradition?' (2011) E- International Relations <<https://www.e-ir.info/2011/02/15/how-radically-did-hobbes-depart-from-the-natural-law-tradition/>> Date of Access 3 March 2026.

¹¹ Solmaz Zelyut, *Dört Adalı -Hobbes- Locke- Berkeley- Hume* (2. Baskı, Doğu Batı Yayınları 2010) 11.

I. Klasik Doğal Hukuk ve Nominalizm Düşüncesi

13. yüzyılda doğal hukuk öğretisi, Orta Çağ felsefesine hâkim olan, Grek felsefesinin kavramlarından yararlanan ve Tanrı merkezli düşünce sistemi olarak nitelenen Skolastik felsefede¹² en yetkin ifadesine ulaşır.¹³ Bu dönemin doğal hukuk düşüncesinin en önemli düşünürü Thomas Aquinas'tır.¹⁴ Aquinas'ın Aristoteles ve İbn Rüşd felsefesinden öğeler barındıran doğal hukuk teorisinde, doğal hukuk evrene içkin olan Tanrı aklının ebedi yasalarından türetilir.¹⁵ Skolastik felsefenin kaynağı olan Aquinas'ın anlayışı, teoloji-felsefe ve iman-akıl ekseninde bir köprü kurar.¹⁶ Bu kapsamda Aquinas, Hristiyan dünya görüşü ile klasik dünya görüşünün çağının ihtiyaçlarına uygun düşen yeni ve sağlam bir sentezini yapmıştır.¹⁷ Bu felsefi bakışıyla Aquinas, evrene içkin ebedi bir akıl düşünmüş ve teleolojik olarak tasavvur ettiği bu evreni nesnel değerlerin temeli olarak görmüştür.¹⁸

Aquinas için gerçeklik sadece empirik olgulardan oluşmaz. Evrenin akılsal ve metafiziksel bir yapısı vardır ve bu yapı sadece beş duyu ile bilinemez. Zira evrenin metafiziksel boyutu insanın akılsal kavrama gücüyle anlaşılabilir.¹⁹ Bu kapsamda "var olmak" ifadesi çok anlamlı, yani analogik bir biçimde kullanılabilir. Bir önermeyi doğru yapan her kavram bir anlamda mevcuttur. Örneğin, bir cismin olmadığını söyleyerek onun yokluğuna atıf yaparız; çünkü bu, bazı önermeleri doğru kılmaktadır.²⁰

Aquinas'ın doğal hukuk anlayışının en temel ilkesi, evrenin yasallıktan ibaret oluşudur. Aristoteles'ten feyz alan Aquinas, iyiye ereksel nedene özdeş gö-

¹² Ahmet Cevizci, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (2. Baskı, Paradigma Yayınları 2003) 304.

¹³ Heinrich A Rommen, *Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy* (Thomas R Hanley tr, Liberty Fund 2012) 34-35.

¹⁴ Robert Pasmau, 'Thomas Aquinas' in Edward N Zalta and Uri Nodelman (eds), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/aquinas/>> accessed 10 April 2026.

¹⁵ Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (Fathers of the English Dominican Province tr, 1947) I-II, q 93, arts 1-6 <<https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.toc.html>> accessed 10 March 2026.

¹⁶ ibid I, q 1, arts 1-8.

¹⁷ Ahmet Cevizci, *Ortaçağ felsefesi tarihi* (4. basım, Asa Kitabevi 2012) 350.

¹⁸ Aquinas (n 15) I, q103 art 2.

¹⁹ Edward Feser, *Aquinas: A Beginner's Guide* (Oneworld 2009) 24.

²⁰ Anthony Kenny, *Aquinas on Being* (Clarendon Press 2002) 3-4.

rür. Hukuk, evrenin her veçhesinde mevcuttur. İrade, akıl ve sosyallik hukuku oluşturan unsurlardır.²¹ Ancak bu üç unsur aracılığıyla hukuk açıklanabilir.²²

Aquinas, hukuku, toplumu gözetten kişi tarafından ortak yararı sağlamak için yapılmış ve ilan edilmiş akli kurallar olarak tanımlar.²³ Aquinas, “akli kurallar” ile akıl tarafından keşfedilen evrensel ilkeleri kastederken, hukukun toplumu gözetten kişi tarafından yapıp ilan edilmesiyle onun iradi yönüne atıf yapmış olur. Söz konusu hukuk tanımında toplumun ortak yararından bahsedilmesi, sosyalliği gözetten bir anlayışı yansıtır. Dolayısıyla Aquinas için hukuk, sadece akılla kavranan soyut evrensel yasaları değil, bunları temel alan ve bunlardan çıkarılan pozitif yasaları da kapsar.²⁴

1277 yılında Paris Piskoposu Stephen Tempier, yetkisi altındaki fakültelerde 219 adet felsefi ve teolojik tezin öğretilmesini yasaklamıştır.²⁵ Bu yasaklamanın amacı, skolastik düşüncede Aristoteles ve Arap filozofların etkisini bertaraf etmektir.²⁶ Bu süreçte, Scotus ile Ockhamlı William’ın görüşleri doğrultusunda teoloji ile felsefeyi ayırıştıran ve iradeyi öne çıkaran fikir hareketleri ön plana çıkmıştır.²⁷

William’ın, dünyanın tekillerden oluştuğunu, tümel yasa ve kavramların olmadığını ileri süren Aristoteles karşıtı anlayışı, teoloji ile felsefe ve akıl ile inanç arasındaki bağlantıyı koparmıştır.²⁸ William’a göre kavramsal olarak “var olmak” tek anlamlıdır; gerçeklik, empirik olgulardan ibarettir.²⁹ Bu yüzden var olan her şey ve tüm kavramlarımız, tekil nesnelere aittir ya da dilsel olarak tekil nesne kavramlarına indirgenebilir. Tekil olmayan veya tekillere indirgenemeyen her şey, zihnin ürünü olup gerçeklikte karşılığı yoktur.³⁰

²¹ Aquinas (n 15) I, q19, art1.

²² ibid Ia IIae, q 94 art 2.

²³ ibid I-II, q 90, art 4.

²⁴ ibid I-II, qq 90-95.

²⁵ Hans Thijssen, ‘Condemnation of 1277’ *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/entries/condemnation/>> accessed 23 November 2022.

²⁶ Michael Allen Gillespie, *The Theological Origins of Modernity* (University of Chicago Press 2008) 21.

²⁷ Frederick Charles Copleston, *A History of Philosophy. 3: Late Medieval and Renaissance Philosophy* (Doubleday 1993) 10-11.

²⁸ Rondo Keele, *Ockham Explained: From Razor to Rebellion* (Open Court 2010) 29-30; Copleston (n 27) 11-13.

²⁹ William of Ockham, *Philosophical Writings* (Philotheus Boehner tr, 3 rd Printing, The Bobbs-Merrill 1964) 104-105; Copleston (n 27) 78.

³⁰ William of Ockham (n 29) 44-46; Frederick Charles Copleston, *A History of Medieval Philosophy* (University of Notre Dame Press 2007) 239.

Ockhamlı William'ın tasvir ettiğimiz bu görüşleri, kendisinden sonra gelen pek çok erken modern dönem düşünürüne kaynaklık etmiş ve “nominalizm” olarak adlandırılmıştır. Nominalizm, evrenin tekil nesnelerden oluştuğunu savunduğu için, evrene içkin bir rasyonel yasallık anlayışı içermez. Evren, zorunlu sebep-sonuç ilişkilerinden değil, olumsal düzenliliklerden oluşur.³¹ Bu kapsamda nominalistler, Aristoteles'in ereksel sebep anlayışını hatalı bulur; sadece maddi ve etkin sebepleri dikkate alırlar.³² Aristoteles, dilin mantık unsurları ile gerçeklik arasında ontolojik bir paralellik görürken, William mantığı terimsel olarak temellendirir.³³ Başka bir deyişle ona göre mantık kavramları, gerçeklikte bir karşılığa sahip olmayıp sadece evreni anlama kapsamında birer zihinsel tasarım aracıdır. Bu anlayışa göre insan, bilim yaparken doğrudan evren hakkında değil, evreni anlamak üzere oluşturduğu önermeler hakkında konuşur.³⁴ Dolayısıyla William için, Aristoteles ve ondan feyz alan Aquinas ontolojisinde yer alan tümel kavramlar ve kategoriler mevcut değildir.³⁵

On altıncı yüzyılda modern bilimin gelişmesiyle birlikte Aristoteles'in fizik anlayışı giderek terk edilmiştir. Bu dönemde Galileo ve Newton gibi fizikçilerin etkisiyle bilimsel araştırmada, ereksel nedenler yerine fail nedenlerin temel alınmasının bilimsel gelişmeye çok büyük ivme kazandırdığı anlaşılmıştır.³⁶

Fizik biliminin gelişmesi ve nominalist felsefenin popülerlik kazanmasıyla birlikte teleolojik evren anlayışı, yerini bütünüyle mekanistik ve atomcu evren anlayışına bırakmıştır.³⁷ Buna göre evren, kendi içinde normatif değerler taşımaz. Bu tür değerleri fiziksel bir evrende aramak, bilimsel anlayışa aykırı görülür. Dolayısıyla erken modern dönem düşünürlerinin en önemli sorunu, mekanistik bir dünyada ahlâk ve hukuk gibi normatif alanların nasıl konumlandırılacağıdır.

³¹ Wiliam of Ockham (n 29) XX-XXII; Copleston (n 27) 73.

³² Wiliam of Ockham (n 29) 8-9, 155-156.

³³ ibid 53-54; Gillespie (n 26) 23.

³⁴ Wiliam of Ockham (n 29) 12; Paul Vincent Spade and Claude Panaccio, 'William of Ockham' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/ockham/>> accessed 13 April 2026.

³⁵ Wiliam of Ockham (n 29) 38; Keele (n 28) 21-23.

³⁶ Carl Craver, James Tabery and Phyllis Illari, 'Mechanisms in Science' *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2026/entries/science-mechanisms/>> accessed 10 April 2026; Cemal Yıldırım, *Bilim Tarihi* (21. Baskı, Remzi Kitabevi 2016) 163-165.

³⁷ Craver, Tabery and Illari (n 36).

II. Doğal Hukuk ve Öz Çıkar

Yukarıda ana hatlarını verdiğimiz tarihsel ve düşünsel çerçevede Thomas Hobbes, nominalist dünya görüşüne sadık kalarak ahlâk ve hukuku temellendirmeye çalışacaktır. Siyasi ve dini savaşların gölgesinde yaşamış olan Hobbes, bunların sorumlularından biri olarak gördüğü Katolik Kilisesi'ni ve onun skolastik felsefesini eleştirir.³⁸ Skolastik dünya görüşünün etkilendiği Grek filozoflarını, kendi öznel değerlerini topluma nesnelmiş gibi sunmakla suçlar.³⁹ Ona göre, eski ahlâk felsefecilerinin kitaplarında bahsedilen böyle bir *finis ultimus* (nihai amaç) veya *summum bonum* (en büyük iyilik) yoktur.⁴⁰ Aristoteles'in *Etik* adlı eserini bir cehalet örneği olarak niteler.⁴¹ Hobbes, doğal hukuku metafizik olarak gördüğü skolastik kavramlardan arındırıp, maddeci ve mekanistik evren tasavvuruna uygun, nominalist ve fiziksel bir temele oturtmayı; bu şekilde "bilimsel" bir ahlâk ve hukuk teorisine ulaşmayı amaçlar.

Hobbes, diğer erken modern düşünürlerin tersine, insan doğası ile fiziksel doğayı birbirinden ayırmaz. Başka bir deyişle, ona göre tek bir doğa vardır. Hobbes, insan ve fiziksel dünya için aynı yasaların geçerli olduğunu düşünmesi sebebiyle, Descartes'ın "*res cogitans*" (düşünen töz) ve "*res extensa*" (yer kaplayan töz) ayrımını hatalı bulur.⁴² Hobbes için insan doğası da bir makine gibidir.⁴³

Hobbes için gerçeklik, tümel yasa ve kavramlar içermez. Dildeki tüm sözcük ve cümleler uzlaşımsaldır. Hobbes'a göre, "*Dünyada adlardan başka hiçbir şey genel değildir; çünkü adlandırılan nesnelerin her biri münferit ve tektir.*"⁴⁴

Böyle bir nominalist çerçevede, devlet, ahlâk ve hukuk gibi normatif yapılar nasıl temellendirilecektir? Hobbes'un bu soruya cevabı, normatif alanı fiziksel olgulardan, yani doğadan hareketle açıklamaktır. Başka bir deyişle, insan doğasına ilişkin varsayılan ya da gözlenen olgulardan siyasi, hukuki ve ahlâki normatifliği türetmeye çalışacaktır.⁴⁵

³⁸ Hobbes (n 2) 500-505.

³⁹ ibid 490.

⁴⁰ ibid 81.

⁴¹ ibid 491.

⁴² Martinich (n 1) 191.

⁴³ Hobbes (n 2) 17.

⁴⁴ ibid 36.

⁴⁵ CB Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke* (Oxford University Press 1979) 15.

Hobbes, ahlâk ve hukukun bulunmadığı bir doğa durumu varsayar.⁴⁶ Bu noktadan yola çıkarak insanı psikolojik unsurlar bakımından araştırır. İnsan, arzu ve nefret ekseninde yaşar ve bu çerçevede devamlı hareket eder. Ancak ölümle birlikte bu arzu ve nefret hâli son bulur. Hobbes, insanın arzuladığı nesnelere “iyi”, nefret ettiği nesnelere ise “kötü” dediğini belirtir.⁴⁷ Hobbes, “iyi” olanı bireyin iradesine ve arzularına bağlı görerek öznelci bir ahlâk anlayışı ortaya koyar.⁴⁸ Dolayısıyla Hobbes, insan psikolojisini maddeci ve fiziksel bir perspektiften kavrar.

Bu maddeci psikoloji anlayışı, Hobbes’u nesnel iyi ve nesnel kötü değerler olamayacağı sonucuna ulaştırır. İnsanlar, öznellikleri çerçevesinde arzularının peşinde sürekli koşar. Hayat, arzuların peşinde koşma faaliyetidir.⁴⁹ Her insanın arzularının peşinde koşma hareketi, onları aynı nesneleri arzulama konusunda karşı karşıya getirir. Bu şekilde ortaya çıkan karşılaşmalar, savaşla sonuçlanır. Savaş durumu ya ölümle son bulur ya da devamlı bir ölüm korkusuna yol açar. Kendilerini korku altında tutacak genel bir güç olmaksızın yaşayan insanlar, herkesin herkesle savaş içinde olduğu bir durumda kalırlar. Hobbes’un “doğa durumu” tasvirinin özü budur:

*Çünkü savaş, sadece muharebeden veya dövüşme eyleminden ibaret olmayıp; mücadele etme iradesinin yeterince bilindiği bir zaman süresince oluşur; dolayısıyla, savaşın doğasında zaman kavramı, havanın doğasındaki gibi düşünülmelidir. Nasıl kötü havanın doğası bir veya iki yağmur sağanağından ibaret olmayıp, birçok günlerin eğiliminden oluşursa; savaşın doğası da, çarpışma eyleminden ibaret olmayıp, tersine bir güvencenin bulunmadığı, çarpışmaya yönelik kesinleşmiş eğiliminden oluşur. Bunun dışındaki bütün zamanlarda barış vardır.*⁵⁰

Hobbes’un tasvir ettiği bu durum bir ikilem içerir. İnsan, arzularının peşinden gittiğinde ya ölüme gider ya da vahşi bir ölüm korkusuyla yaşar.⁵¹ Diğer yandan arzuların peşinden gitmemek, arzuların yok olması demektir; bu du-

⁴⁶ Hobbes (n 2) 102-104.

⁴⁷ ibid.

⁴⁸ Cennet Uslu, ‘İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar’ (Doktora tezi, Hacettepe Üniversitesi 2007) 46.

⁴⁹ ibid 81.

⁵⁰ ibid 101.

⁵¹ ibid 101-102.

rumda hayat sona erer. Dolayısıyla insanın doğa durumunda içinde bulunduğu hâl, her iki durumda da ölüme götüren bir ikilemdir. Hobbes, bu ikilemin çözümü belli kurallar çerçevesinde arzuların sınırlandırılmasında görür.

Hobbes, böyle bir durumda rasyonel olanın barışı istemek olduğunu ileri sürer. Ona göre barışı istemek, doğal hukukun ilk yasasıdır. Bu yasayı herkes arzulamalıdır. Tek bir kişinin bunu istemesi, bilakis aptallık olacaktır. Herkes savaşırken bir kişinin barış isteyip kendini savunamaması, onun ölümüne yol açacaktır. Barışın mümkün olması, herkesin doğal hakkından, yani sınırsızca arzularının peşinden gitme hakkından vazgeçmesiyle gerçekleşebilir.⁵² Bunun için herkesin, bir sözleşme çerçevesinde, bu haklarını bir egemene devretmesi gerekir.⁵³ Bu şekilde kişiler, egemenin belirleyeceği tüm yasalara kategorik olarak uymayı birbirlerine taahhüt ederler. İnsanlar, doğal haklarını egemene devrederek, sözleşme yoluyla bir topluluk haline gelirler:

*Herkes herkese, senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılmak şartıyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye ya da bu heyete bırakıyorum, demişçesine, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet, latince 'civitas' olarak adlandırılır.*⁵⁴

Yukarıda görüldüğü üzere Hobbes, maddi ve mekanik bir doğa anlayışından hareketle devleti, ahlâki ve hukuku insanların aralarında yaptıkları bir sözleşmeyle temellendirir. Dolayısıyla Hobbes'a göre doğa durumunda, sözleşme öncesinde bu normatif boyutların hiçbiri mevcut değildir.⁵⁵ Bu nedenle yapılan ahdin içerdiği "söz verme" eylemi, bir ahlâki ilke olamaz. İnsanlar, öznel ve rasyonel çıkarları gereği kendilerine bir fayda sağlamak üzere sözleşme yaparlar.⁵⁶ Başka bir deyişle kişiler, öz çıkarları gereği hukuka geçerler.

Eğer ahlâkilik, öz çıkarlardan bağımsız olarak bir eylemin yerine getirilmesi ise Hobbes, bu anlayışı tersine çevirerek, "söz verme" eyleminin temeline öz çıkarı koyar. Hâlbuki bir kuralın ahlâki olması, o kuralın öz çıkarlardan bağımsız

⁵² Hobbes (n 2) 99-104.

⁵³ ibid 104-105.

⁵⁴ ibid 136.

⁵⁵ ibid 103.

⁵⁶ ibid 106.

biçimde uygulanması yükümlülüğü anlamına gelir.⁵⁷ Kişi, bir söz verdiğinde, söz verdiği eylemi, öz çıkarları ne şekilde değişirse değişsin, yerine getireceğini taahhüt eder. Bu çelişki şu soruyu doğurur: Kişiler, doğa durumunda öznel çıkarları gereği sözleşme yaptıysa, sözleşme sonrasında öz çıkarları değişse bile sözleşmeye ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan hukuka uyma yükümlülükleri sürecektir midir?

Oysa doğa durumunda öz çıkarları gereği sözleşme yapan bireyler, sözleşme sonrasında çıkarları değiştiği takdirde sözleşmeye uyacakları garanti değildir. Hatta öz çıkarları gereği kendi güçlerini egemenden daha fazla gördüklerinde, yasalara uymayı bırakıp savaşı bile göze almaları mümkündür. Yine aynı bireylerin, verilen cezaları öz çıkarlarına göre değerlendirip, yasalara aykırı eylemlere başvurmaları olasılığı dışlanamaz.

Hobbes da bu konuya değinir ve bu tür düşünebilecek kişileri “aptal” olmakla suçlar. Eğer yasalara uymak herkesin çıkarınyorsa, öz çıkar bahanesiyle o yasaya uymamak rasyonel değildir. Çünkü böyle bir durum savaşa yol açacağı için, o kişinin uzun vadeli çıkarlarına aykırıdır. Başka bir deyişle, uzun vadeli çıkarlar hukuka uymayı gerektirir.⁵⁸

Leviathan adlı eserinde aptala cevap verirken “uzun vadeli çıkar” argümanını kullanan Hobbes, eserin bazı yerlerinde ahlâki argümanlara başvurur. Hobbes’un bu anlayışına göre örneğin bir kişi, para kazanmak için herhangi bir profesyonel meslek dalına yönelebilir. Kişinin bu meslek dalına öz çıkarı çerçevesinde yönelmesi, o mesleğe girdikten sonra mesleğin ahlâk kurallarına uymamasını gerektirmez.⁵⁹ Yani öz çıkarı temelinde girdiği işte, çıkarları gereği başarı kazanmak için gayriahlâki yollara başvuramaz.⁶⁰ Bu anlayış çerçevesinde Hobbes, öz çıkara dayalı bir sözleşme sonrasında ortaya çıkan hukuk düzeninde kişilerin yasalara uyma yönündeki ahlâki yükümlülüğünü vurgular. Hatta bu yükümlülük, yasaların ahlâki ya da gayriahlâki olarak nitelendirilmemesini de içerir.⁶¹ Başka bir deyişle, egemenin yasalarının geçerliliği, ahlâki olup olmadık-

⁵⁷ Marvin J Folkertsma Jr, ‘Hobbes and Human Nature’ (Doktora tezi, Wayne State University 1976) 109.

⁵⁸ Hobbes (n 2) 114-116.

⁵⁹ ibid 169.

⁶⁰ Alex Worsnip, ‘Hobbes and Normative Egoism’ (2015) 97(4) Archiv für Geschichte der Philosophie 481, 510-512.

⁶¹ Hobbes (n 2) 139-140.

larına göre değerlendirilemez. Bizzat egemen, ahlâk ve hukukun kaynağıdır. Bunun tek istisnası, egemenin kimsenin yaşam hakkını ortadan kaldıramamasıdır.⁶² Hobbes, *Leviathan* adlı eserinde askerlik mesleği hakkında şu ifadeleri kullanır:

*Ordular çarpıştığında, bir tarafta veya her iki tarafta da, kaçanlar olur; ancak, hainlikten değil, korkudan kaçıyorlarsa, bunu yapmakla haksız değil, onursuz davrandıkları kabul edilir. Aynı nedenle, çarpışmadan kaçınmak adaletsizlik değil, korkaklıktır. Fakat bir asker olarak orduya yazılan ve devletten para alan bir kişi, ürkek yaratılış gerekçesini ileri süremez; ve sadece savaşa gitmekle değil, aynı zamanda, komutanının izni olmaksızın, savaş meydanından kaçmamakla yükümlüdür.*⁶³

Hobbes'a göre insanlar, kendi mevcudiyetlerini sürdürebilmek için sözleşme yaparlar. Herhangi bir sözleşme, kişinin ölmeyi göze almasını içeremez. Egemen bile vatandaşlarına ölmeyi emredemez.⁶⁴ Bu nedenle "asker" örneğinde görüldüğü gibi, çıkara dayalı bir sözleşmenin yasallığı ahlâki bir temelde sağlamaz. Aptal kişiye verdiği cevapta kullandığı "uzun vadeli çıkarlar gereği sözleşmeye uyulması gerekir, yoksa savaş çıkar" argümanı bu durumda geçerli olamaz. Zira, vatani için ölümü göze alması gereken birine "ölmek için sözleşmeye uymalısın" demek rasyonel değildir. Bu nedenle, kendi sistemiyle çelişkiye düşmek pahasına, görevliden sözleşmeye ahlâken bağlılık göstermesini talep eder. Çelişki şudur ki, Hobbes'un alıntıda vurguladığı "yükümlülük", kategorik uyum talep eden, başka bir deyişle öz çıkarlardan bağımsız bir ahlâki yükümlülüktür.

Hobbes *Leviathan* eserinde, aptal kişiyi eleştirdiği kısmın birkaç paragraf sonrasında ise dürüst olmayan bir kişiyi, eylemlerini fayda temelli belirleyen biri olarak tanımlar. Buna göre, bir eylemi dürüst yapan nitelik, eylemin getireceği faydadan farklıdır:

Dolayısıyla adil bir insan, eylemlerinin tümüyle adil olması için elinden gelen bütün dikkati gösteren insandır. Adaletsiz, adil olmayan insan ise, bunu ihmal eden insandır. Böyle insanlar, anlamı aynı olsa da, dilimizde adil veya adil olmayan sıfatlarından daha sık olarak, dürüst ve dürüst değil sıfatlarıyla

⁶² ibid 168-169.

⁶³ ibid 169.

⁶⁴ ibid 168-170.

la anılır. Bu nedenle dürüst bir insan, nesneler veya kişilerle ilgili ani bir duygudan veya yanılgıdan kaynaklanan bir veya birkaç adaletsiz eylemden ötürü bu sıfatı kaybetmez. Dürüst olmayan birisi ise, korkudan yaptığı veya yapmaktan kaçındığı eylemden ötürü bu sıfatı kaybetmez: Çünkü onun iradesi, adaletle değil, yapacağı şeyin görünür faydasıyla belirlenmiştir. İnsan eylemlerine adalet katan şey, kişinin, hayatından memnun olmak için sahtekarlığa veya sözünden dönmeye muhtaç kalmaya tenezzül etmediği, pek az bulunan bir soyluluk veya büyüklüktür. Davranışların bu adilliği, adaletin bir erdem, adaletsizliğin ise bir kötülük olarak adlandırılması ile kastedilen şeydir.⁶⁵

Hobbes, bu noktada kısa ve uzun vadeli çıkarların ötesinde bir adalet anlayışından bahsetmektedir.⁶⁶ Gerek “asker” örneğinde gerekse dürüst olmayan birini tanımladığı paragraflarda Hobbes, çelişkili bir biçimde, eleştirdiği Aristoteles ve skolastik felsefenin adalet ve ahlâk anlayışına dönmek zorunda kalır. Bu şekilde Hobbes, çıkarıcı olarak nitelediği doğa durumundaki insandan, sözleşme sonrasında sahip olmadığı ahlâki yetiler ve öz çıkara dayanmayan eylemler bekleyebilmektedir.

Hobbes’un teorisinde kişiler, sözleşme sonrası egemenin yasalarına uymaya söz vermiş oldukları için yasalara uymadıkları takdirde yaptırıma maruz kalırlar. A kişinin X eylemini yapmadığı durumda yakalanmaması ya da yakalansa bile egemen tarafından cezalandırılmaması da birer olasılıktır. Ayrıca milyonlarca bireyden oluşan bir toplumda, sosyal sözleşmenin kaç kişi tarafından ihlâl edilmesi sonucu savaş çıkabileceği belirsizdir. Bu belirsizlik neticesinde kişi, sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda savaş çıkma ihtimalini düşük görebilir. Bu değerlendirmeler sonucunda, olasılıkları düşük bulursa, sözleşmeyi ihlâl etmeyi göze alabilir. Bu kapsamda Hobbes’un aptal olarak nitelendirdiği kişiye uzun vadeli çıkar argümanı temelinde verdiği cevap yetersizdir.

Joseph Raz’a göre bir eylemi yapacağınıza söz verip, fakat aynı eylemi yapmak için hiçbir sebebinizin olmadığını söylemek paradokstur.⁶⁷ Oysa Hobbes’un teorisinde bu bir paradoks olmamaktadır. Eğer kişiler doğa durumunda

⁶⁵ Hobbes (n 2) 117.

⁶⁶ Matthias Kiesselbach, ‘Hobbes’s Struggle with Contractual Obligation. On the Status of the Laws of Nature in Hobbes’s Work’ (2010) 23 Hobbes Studies 105, 114.

⁶⁷ Joseph Raz, ‘Promises and Obligations’ in PMS Hacker and J Raz (eds), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart* (Clarendon Press 1977) 212.

öz çıkar sebebiyle söz veriyorlarsa, öz çıkarlarının değiştiğini düşündüklerinde, “Söz vermiştim ama sözümü tutmak için sebeplerim kalmadı” diyebileceklerdir.

İnsanların trafik ışıklarında durmasının sebepleri, kaza olma olasılığı ve durmadıklarında ceza görme olasılığıyla açıklanabilir. Bu doğru bir çıkarım olmasına rağmen, insanların kırmızı ışığı görünce yasaya göre durma yükümlülüğünü açıklamaz. İnsanların kırmızı ışıkta durma nedeni yalnızca kaza olma ve ceza görme olasılığı olsaydı, insanlar her ışık gördüklerinde bu olasılıkları değerlendirecek hareket ederlerdi. Kaza olmayacağından ya da ceza görmeyeceklerini tahmin ettiklerinde yasaya rağmen kırmızı ışıkta geçerlerdi. Nitekim günlük hayatta bunun pek çok kez gerçekleştiği görülmektedir.

Bu nedenle hukuk, kişilerin söz konusu olasılık değerlendirmelerini devre dışı bırakma amacını taşır; yasaya uyma yükümlülüğü sadece kaza ve ceza olgularıyla açıklanamaz.

Bu kapsamda Hobbes, bir nevi, kişilerin kırmızı ışıkta geçme kararıyla ilgili kaza olasılığı değerlendirmesi yapmasını, kazanın korkunçluğunu vurgulayarak, güç ve yaptırımla engellemeye çalışmaktadır. Hâlbuki yaptırımın uygulanması da bir olgudur; gerçekleşip gerçekleşmeyeceği olasılığa bağlıdır. Kırmızı ışıkta geçtiğinizde yakalanıp ceza görmemeniz mümkündür. Bu kapsamda, gerek “kaza” gerek “yaptırım”, gerçekleşmeleri bakımından kişinin olasılık değerlendirmesine açıktır.

Bu örnekten hareketle doğa durumunda ve daha sonrasında toplumsal durumda yapılan sözleşmelerde kişiler, birbirlerine söz vererek savaş ve yaptırım olasılıklarını değerlendirme dışı bırakıp sözleşmeye uyacaklarını taahhüt etmelidir. Fakat Hobbes'un teorisi bunu sağlayamaz, çünkü Hobbes, sözleşmeye uyulması yükümlülüğünü savaş çıkması ve egemenin yaptırım uygulaması olgularıyla açıklar.

Hobbes'un yükümlülüğü bu şekilde açıklaması, bizzat sözleşmeyi ve egemeni aynı olgunun farklı adları olarak görmesinden kaynaklanır. Önce sözleşme oluşup sonra egemen ortaya çıkmaz. Kişilerin bir araya gelip sözleşme yapmaları egemeni oluşturur. May, söz konusu hususu şu şekilde ortaya koyar:

Öyleyse, “kendimi yönetme” hakkımın devredildiği bu “kişi” ya da “insan topluluğu”nun konumu nedir? Hobbes'un daha sonra belirttiği gibi, bu kişi ya da insan topluluğu, ilk sözleşmenin tam anlamıyla bir tarafı değildir. Bu varlık, her bir bireyin devretme eyleminin lehtarı olmakla birlikte, bundan daha fazlasıdır, zira devretme işleminden önce bu varlık mevcut değildir.

*Sözleşme eylemi ile egemenin yaratılması arasında hiçbir boşluk yoktur. Egemen kişi ya da kişiler topluluğu, aslında ilk sözleşmeyle yaratılır. Bunun böyle olması, sözleşmenin bir şartıdır. Sanki sözleşmenin bir şartı, her bir kişinin ona vermeyi kabul ettiği güç ve hakların lehtarı olacak bir şirketin kurulmasıymış gibidir.*⁶⁸

Bu tartışmalardan da görüldüğü üzere Hobbes, hukuku salt olgularla açıklamakta ve olgulara indirgemektedir. Sözleşmeye uyulmasının öz çıkar ve yaptırımla açıklanmasının anlamı budur. Bu durum, ilk sözleşmenin egemeni yaratan bir olgu olarak konumlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Hâlbuki olgular, bir yasanın ortaya çıkmasına neden olabilir ama yasanın kendisi değildir. Hobbes, egemeni ortaya çıkaran sözleşmeyi bir kural olarak görmekte ama bu kuralı olguya indirgemektedir. Dolayısıyla, olgusal gerçek ve soyut kural arasında bir ayırım yapmamaktadır.⁶⁹

Tek başına “insanların öldürülmekten korkmaları” olgusu, onların bir araya gelip sözleşme yapabilmelerini sağlamaz. Kişilerin doğa durumunda sözleşme yapabilmeleri için söz vermenin ve yasanın ne olduğunu bilmeleri, yani normatif düşünceye sahip olmaları gerekir. Hobbes’un iddiasının aksine sosyallik sözleşmeyle başlamaz. Ancak sosyal olan bireyler sözleşme yapabilir.

Hobbes, “söz verme” kavramının özgecilik gibi ahlâki unsurlar içerdiği hususunu dikkate almaz. Söz vermeyi, kişilerin sözlerle bir egemen güç yaratma olgusu olarak ele alır. Van der Heiden’in belirttiği üzere, kişi söz verdiğinde hem söz veren hem de söz alan, bunun bir illüzyon olabileceğini düşünseler dahi, söz verenin sözünü tutma kapasitesine dair bir inanç taşır; buna rağmen ne söz veren ne de söz alan, bunun yalnızca bir illüzyon olduğunu düşünür.⁷⁰ Söz verme, bu iki uç durumun arasında meydana gelebilir. Bunun anlamı, sözünü tutmayana yaptırım uygulanmasının ek bir tedbir olduğu, Hobbes’un düşündüğü üzere sözleşmenin ana unsuru olmadığıdır.

⁶⁸ Larry May, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs* (Oxford University Press 2013) 55-56.

⁶⁹ Scott J Shapiro, HLA Hart için buna benzer bir tespitte bulunur. Hart’ın tanıma kuralını sosyal pratik olarak nitelendirmesini kategori hatası olarak görür. Kurallar soyut varlıklarken, pratikler uzay ve zamanda yer alan somut olgulardır. Bkz Scott J Shapiro, *Legality* (Harvard University Press 2011) 189.

⁷⁰ Gert-Jan Van Der Heiden, ‘On the Way to Attestation: Trust and Suspicion in Ricoeur’s Hermeneutics’ (2014) 75(2) *International Journal of Philosophy and Theology* 129, 136-137.

Bu bölümde belirtilen hususlarla kastedilen, karşılıklı çıkarları korumak için sözleşme yapılamayacağı değildir. Sözleşme, karşılıklı çıkarları koruma amacıyla, sosyalliğe içkin olan “söz verme” kurumuna müracaat edilerek bağlayıcılık kazanır. Eleştirilen husus, Hobbes'un teorisinde bu bağlayıcılığın, öz çıkar ve egemenin gücüyle açıklanmaya çalışılmasıdır.

III. Doğa Durumunda Güven Krizi ve Sosyallik

İnsanlar, doğa durumunda birbirlerine olan güvensizliklerini aşarak sözleşme yapabilirler. Hobbes, doğa durumunda insanlar rasyonel davrandığında sözleşmenin ortaya çıkabileceğini belirtir.⁷¹ Açıkça ki sözleşmenin doğabilmesi için insanların bu güven krizini aşabilmeleri gerekir. Ancak Hobbes'un ileri sürdüğü şekilde bu kriz, yalnızca korku ya da rasyonellikle aşılamaz. Kişi rasyonel davranmaya karar verse bile diğerlerinin rasyonel davranacağına ve onların da en az kendisi kadar savaş çıkmasından korkacağına dair elinde bir garanti yoktur. Bu garantiyi veren unsur, bizzat sözleşmenin kendisidir. Fakat sözleşmenin meydana gelmesi için güven krizinin aşılması gerekir.

Söz vermenin mantığı, eylemin gerçekleştirilebilmesinin değişen öz çıkar ve arzulardan etkilenmemesidir. Söz veren kişi, o eylemi kategorik olarak yerine getireceğini taahhüt eder. Bu nedenle söz verme eylemi, ancak ahlâki bir zeminin varlığıyla ortaya çıkabilir.

Immanuel Kant, “söz verme” kavramını *Ahlakın Metafiziği* eserinde inceler. Kant'a göre, bir sözleşmede söz verilen eylem, kategorik, yani arzu ve öz çıkar-dan bağımsız bir şekilde yerine getirilmelidir. Bu anlamda söz konusu yükümlülük ahlâki bir ödevidir. Ayrıca, ileride yapacağınıza söz verdiğiniz eylemi yerine getirme yükümlülüğünüz, söz alana bir hak verir. Sözün yerine getirilmemesi, söz alanın sahip olduğu bir hakka zarar verme ve o kişinin seçme özgürlüğünü ortadan kaldırmaktır. Söz vermenin bu kategorik yapısı ve hak doğurması, *a priori* bir akıl formu olmasından ileri gelir. *A priori* olarak var olan bu formun işleyişi, hukuk düzeninde yasal yaptırım vasıtasıyla güvenceye kavuşur.⁷² Dolayısıyla, Kant düşüncesinde hakların normatif bir temelini devlet öncesi mevcut olduğu söylenebilir.

⁷¹ Hobbes (n 2) 102-103.

⁷² Immanuel Kant, 'The Metaphysics of Morals' in Mary J Gregor (tr), *Practical philosophy* (13th printing, Cambridge University Press 2009) 403-406, 420-423; B Sharon Byrd and Joachim Hruschka, 'Kant on "Why Must I Keep My Promise?"' (2006) 81 Chicago-Kent Law Review 47, 69-74.

Hobbes'un teorisindeki ikilem şudur: Ahlâk ve hukuk, ancak sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkabilmektedir; ancak sözleşmenin gerektirdiği söz verme eylemi için ahlâkın önceden aktüel olması gerekmektedir.

Hobbes'un dünyayı tekilliklerden oluşan bir yapı olarak kavraması, insanı da bütünüyle tekil bir birey olarak konumlandırmasına neden olur; burada asıl olan bireyin varlığıdır. Doğa durumunda, doğal hakka sahip birey, doğrudan bilinen tek gerçeklik olarak kabul edilir. Bu çerçevede doğada sosyallik ya da toplum gibi yapılar mevcut değildir. Hobbes, sosyalliği doğal gören zoon politikon felsefesinden ayırır.⁷³ Birey, yaşam koşullarının dayatması altında sosyalliği ve toplumu yapay olarak inşa eder.⁷⁴ Shapiro, Hobbes'un ciddi bir hatası olarak gördüğü doğa durumunun bir savaş durumu olduğunu varsaymasını şu şekilde eleştirir:

Her ne kadar neredeyse kesin olarak vahşi ve kısa sürse de, insan yaşamı, en azından toplulukların kendi içlerinde, özellikle yalnız ya da kötü bir yaşam gibi görünmüyor. İnsanlar sosyal varlıklardır ve bu nitelikleriyle, yiyecek toplamak, çocuk yetiştirmek ve birbirlerini dış avcılardan korumak için gruplar halinde az çok barış içinde iş birliği yaptılar. Bu gruplar ayrıca sosyal yaşamın temel gerekliliklerini düzenleyen kurallara tabi görünmektedir: Yiyecek paylaşımı, eş seçimi, fiziksel saldırganlıktan kaçınma vb... Başka bir deyişle, iş birliği ve düzen insanlık tarihinin başlangıcından beri sadece mümkün olmakla kalmamış, aynı zamanda norm haline gelmiştir.⁷⁵

Güvensizliğin aşılması, insanların sosyallik çerçevesinde birbirlerini tanımaları ve tarihsel süreç içerisinde az ya da çok ortak bir ahlâk anlayışı geliştirmeleriyle mümkün hâle gelir. Önce sözleşmenin yapılp ardından ahlâkın ortaya çıkması mümkün değildir. Bu durumda, Hobbes'un tarif ettiği insan, doğa durumundan hiçbir zaman çıkamaz.⁷⁶ Bunun aksine, doğa durumunda ahlâkın var olduğu kabul edilirse, artık bir doğa durumundan bahsedilemez. Bu bağlamda, insanlar arası güven unsurunu dikkate almayan Hobbes'un sözleşme anlayışı çelişkili görünmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla, Hobbes'un tasavvur ettiği biçimiyle, doğa

⁷³ Celal Yeşilçayır, 'Thomas Hobbes'un Geleneksel Siyaset Felsefesine Karşı Çıkışı' [2014] Mavi Atlas 62, 63.

⁷⁴ Hobbes (n 2) 164.

⁷⁵ Shapiro, (n 69) 36.

⁷⁶ Folkertsma Jr, (n 57) 125.

⁷⁷ ibid 91-92.

durumunun ne hipotetik ne de empirik anlamda hiçbir zaman mümkün olamayacağı söylenebilir.

Hobbes'a göre "söz verme", dilin sağladığı yapay bir kurumdur; bu nedenle söz verme eyleminin bağlayıcılığı, ancak tarafları sözlerini tutmaya zorlayacak bir gücün varlığıyla güvence altına alınabilir.⁷⁸ Hobbes'a göre konuşma, genel anlamda zihinsel diskurumuzu sözel diskura veya düşünceler zincirini sözcükler zincirine çevirir. Bu şekilde, hafızadan geri çağırabilmek için düşünceleri kaydetmiş oluruz; bu kapsamda sözcükler birer işarettir. Sözcüklerin ikinci bir görevi, insanlar arası düşünce, arzu, korku ve duyguların aktarılmasına aracılık etmeleridir.⁷⁹

Bunun yanı sıra dil, sebep ve sonuç ilişkileri kurmamızı, özetle bilim yapmamızı sağlar. Elde edilen bilgiler, böylece başkalarına sunulabilir. Ayrıca dil vasıtasıyla başkalarıyla yardımlaşabilir, onlara istek ve amaçlarımızı bildirebiliriz.⁸⁰ Görüldüğü üzere Hobbes, dili bireyin zihinsel yeteneklerinden ortaya çıkan bir araç olarak tanımlar.

Oysa dil, sosyallikle iç içe geçen, ilişkisel ve dinamik bir nitelik taşır. Nitekim dilin kendisi, bir tür "söz verme" edimini de içerir: İnsanlar aynı nesnelere aynı sesleri atfeder ve bunu gramer kuralları çerçevesinde sürdürür. Bu yapı, tarihsel süreçte sosyalliğin gelişimiyle ortaya çıkar. Bu anlamda dil, bizzat normatif bir yapıdır. Dolayısıyla dilin gelişebilmesi, insanların kurallar koyabilme ve bu kurallara uyabilme yetisine sahip olmalarına bağlıdır.⁸¹ Ahlâkîlik ve yasallık, aldığımız hava gibi, toplumsal hayatın her yanına nüfuz etmiştir.⁸² Hobbes, bu kapsamda dil ve sosyallik arasındaki bağlantıyı yadsır.

Hobbes'un doğa durumunda insanların öz çıkar ve fayda temelinde sözleşme yapmalarının anlamı şudur: İnsanlar, çıkarları bunu gerektirmese, yani bir savaş durumunda vahşi şekilde ölmeyeceklerini bilseler ya da başka bir vasiyetle ölmemeyi başarıyor olsalar, sözleşme yapmayacak ve toplumu oluşturmayacaklardır. Başka bir deyişle, çıkarları farklı olsaydı, sosyalleşmeye ve bu-

⁷⁸ DD Raphael, 'Obligations and Rights in Hobbes' (1962) 37 *Philosophy* 345, 350-351; Hobbes (n 2) 105, 109.

⁷⁹ Hobbes (n 2) 34-39.

⁸⁰ *ibid* 36.

⁸¹ Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (Michael Silverthorne çev, Cambridge Univ Press 1991) 77.

⁸² Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?* (Zoe Kitap 2019) 259.

nun içerdiği ahlâk ile hukuka yönelmeyeceklerdi. Oysa sosyallik yalnızca hayatta kalmayı sağlamaz. Bir özne olabilmek ve benliğe sahip olmak, sosyal ilişkilerle ortaya çıkar. Bu kapsamda sosyallik, sadece hayatta kalmak için yapılan bir iş birliği kurumu olarak görülemez. Bir “ben” olduğumu, kimliğimi, birey olarak sınırlarımı ancak başkaları aracılığıyla bilebilirim. Charles Taylor, dil, kimlik ve sosyallik ilişkisini şu şekilde vurgular:

Bir dil, yalnızca bir dil topluluğu içinde var olur ve korunur. Bu da benliğin bir başka önemli özelliğini gösterir: Kişi, ancak diğer benlikler arasında bir benliktir. Bir benlik, kendisini çevreleyenlere atıfta bulunmaksızın asla tanımlanamaz ... Kendimi tanımlamam, “Ben kimim?” sorusuna verilen bir cevapla anlaşılabilir ve bu soru, asıl anlamını konuşmacılar arası ilişkilerde bulur. Kim olduğumu, nereden konuştuğuma göre tanımlarım: Aile ağacında, sosyal alanda, sosyal statü ve işlevlerin coğrafyasında, sevdiklerimle olan yakın ilişkilerimde ve en önemlisi tanımlayıcı ilişkilerimin yaşandığı ahlâki ve manevi yönelim alanında.⁸³

Hobbes, bireyin varlığını daha fazla analiz edilemez, doğrudan bilinen bir gerçek olarak konumlandırır. Öz çıkarlara sahip bu birey, her şeye doğal hakkı olduğunu düşünür. Oysa birey olmak, sosyal sınırlarla gerçekleşir. Hobbes, bu sınırları yalnızca olgusal olarak ele alır; sosyal sınırların olmadığı bir ortamda bireyin ortaya çıkıp çıkamayacağını sorgulamaz. Bu kapsamda birey olmanın temelinde yatan sosyal ilişkileri dikkate almaz. Benlik sahibi bir bireyin, baştan itibaren sosyal bir bağlam içinde şekillendiği düşüncesi, Benhabib tarafından şu şekilde ifade edilir:

İnsan yavrusu, ancak insan topluluğu içinde etkileşim kurmayı öğrenerek, konuşma ve eylem yeteneğine sahip bir varlık olan “benlik” haline gelir. Benlik, dil, etkileşim ve biliş yeteneğine sahip “sosyal” bir varlık haline gelerek birey olur. Benliğin kimliği, “ben”in yapabilecekleri, yaptıkları ve başaracaklarıyla, sizin “benden” bekledikleriniz, eylemlerimi ve niyetlerimi nasıl yorumladığınız, gelecekte benim için ne dilediğiniz gibi unsurları bütünleştiren bir anlatı birliğiyle oluşturulur.⁸⁴

⁸³ Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Harvard University Press 1989) 35.

⁸⁴ Seyla Benhabib, *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics* (Polity Press 2007) 6.

Oysa Hobbes'un teorisinde bireyler, aralarındaki savaş durumunu ortadan kaldırmak için sözleşme yaparak sosyalliği icat ederler. Dolayısıyla toplum, devletle beraber ortaya çıkar. Hobbes'un aşırı bireyciliği, bireyin yalnızlığı ve çaresizliği, egemene aşırı bir vurgu yapar.⁸⁵

IV. Sonsuz Gerileme Argümanı ve Egemen

Hobbes, doğal hukukun ilkelerini sözleşme öncesi doğa durumunda *in foro interno* olarak adlandırır. Bunun anlamı, söz konusu ilkelerin vicdanen bağlayıcı olmasıdır. Ancak sözleşme yapılıp devlet ortaya çıktıktan sonra doğal hukuk ilkeleri bağlayıcılık kazanır; yani *in foro externo* hâle gelir.⁸⁶

Buna göre, devlet öncesinde yalnızca vicdanlarda var olan doğal hukuk ilkeleri, devletle birlikte toplum yasaları haline gelir. Devlet kurulduğunda doğal hukuk, yasa hükmünü kazanır. Dolayısıyla toplum yasalarına uymak, doğal hukuk ilkelerine uymaktır. Doğal hukuk ile toplum yasaları aynı bütünün parçalarıdır; farklı türler değildir.⁸⁷ Bunun anlamı, doğal hukukun egemen öncesinde var görünmekle birlikte etkinliğine ancak egemen otoritesiyle kavuşmasıdır.⁸⁸

Hobbes'a göre nesnel değer ve nesnel doğru arayışı, insanlar arasındaki çatışmayı körükler. Bu durum hukuk için de geçerlidir. Ona göre, yazılı olsun ya da olmasın, tüm kuralların yorumlanmaya ihtiyacı vardır.⁸⁹ Hukuk yasalarının farklı yorumları toplumun işleyişini sekteye uğratır. Bunu engellemenin tek yolu, egemenin yorumunun tek doğru yorum olarak kabul edilmesidir. Doğal hukukun yorumunu yapacak olan, egemenin bizzat kendisidir. Başka bir deyişle doğal hukuk, egemenin tek doğru kabul edilen yorumuyla aktüel hâle gelir.⁹⁰ Dolayısıyla Hobbes teorisinde kişiler "vicdan özgürlüğüne" sahip değildir; sözleşme sonrasında bu özgürlükten vazgeçmiş sayılırlar. Egemenin tek yorumlayıcı olduğu bir "kamu vicdanı" mevcuttur.⁹¹

⁸⁵ Gerhart von Kap-herr, 'Natural Law and Religion in the Thought of Samuel Pufendorf (1632-1694)' (Doktora tezi, Concordia University 1991) 119.

⁸⁶ Hobbes (n 2) 124.

⁸⁷ ibid 202.

⁸⁸ Gregory Sadler, 'The Laws of Nature as Moral Norms in Hobbes' Leviathan' (2026) 15(1) Acta Philosophica 77, 77.

⁸⁹ Hobbes (n 2) 208.

⁹⁰ ibid 208.

⁹¹ Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (Daniela Gobetti tr, The University of Chicago Press 1993) 70.

Hobbes, sözleşmeyle ortaya çıkan egemenin mutlaklığını “sonsuz gerileme” argümanı ile temellendirir: Her sınır, onu koyan daha üst bir otoriteyi gerektirir ve bu silsile sonsuza dek süremez. Bu nedenle nihai bir sınır (*terminus ultimus*) gerekir; dolayısıyla en üst egemenin gücü sınırsız olmalıdır. İyi düzenlenmiş, “mükemmel” bir sivil toplumda bir güç sınırlıysa, bu sınır ancak daha büyük bir güç tarafından konulabilir. Bu daha büyük güç de sınırlıysa, onu sınırlayan daha üst bir güç gerekir. Böylece en büyük gücün aranışı, ancak diğer tüm güçleri sınırlayan, fakat kendisi hiçbir sınırla bağlı olmayan bir güce ulaşıldığında sona erer; bu güç egemendir.⁹²

Hobbes’a göre insanlar kendi aralarında kayda değer bir iş birliği kuramadıkları ve özel mülkiyet kuralları konusunda anlaşamadıkları için hiçbir yasa, siyasi bir rejim de nihai karar verici olamaz. Jean Hampton, Hobbes’un mutlak egemeninin zorunlu varlığına götüren “sonsuz gerileme” argümanını beş maddede özetler:

1. Ortaklaşa yorumlanan ve kabul edilen bir ahlâk yasaları bütünü mevcut olmadığı ve anlaşma ya da iş birliği yoluyla oluşturulamayacağı için, hiçbir yasa kümesi (doğal veya yapay olarak oluşturulmuş) bir devlette nihai karar verici olamaz, çünkü anlaşmazlıkları çözmede etkili olabilmeleri için bunların bir insan tarafından yorumlanması gerekir.
2. Birleşik bir sivil toplumda, konulara karar verme hakkına ve bu kararları uygulama gücüne sahip bireylerin veya grupların olduğu açıktır.
3. Bu tür karar ve uygulama organlarının sonsuz bir şekilde gerilemesi imkânsızdır.
4. Bu nedenle, sivil toplumda karar verme ve kararını uygulama hakkı sınırsız olan bir kişi veya grup bulunmalıdır.
5. Bu kişi veya grup, egemendir.⁹³

MM Goldsmith, bir siyasal sistemin sonsuz gerilemeye gitmemesi, yani “kapalı” sayılabilmesi için tek bir mutlak egemene ihtiyaç olmadığını; farklı yetki alanlarında birden fazla nihai karar vericinin var olabileceğini öne sürerek Hobbes’un ilgili teoremini hatalı bulur.⁹⁴

⁹² Thomas Hobbes, ‘De Cive’ *The Collected Works of Thomas Hobbes* (Delphi Classics 2019) ch VI, XIII; Jean Hampton, *Hobbes and the Social Contract Tradition* (Cambridge University Press 1999) 98.

⁹³ Hampton (n 92) 104.

⁹⁴ MM Goldsmith, ‘Hobbes’s “Mortal God”: Is There a Fallacy in Hobbes’s Theory of Sovereignty’ [1980] *History of Political Thought* 33, 38-40.

Goldsmith'e göre Hart ve Kelsen de, hukuk teorilerinde buna benzer bir yapıyı vurgular. Bu düşünürler, bir sistemin "kapalı" olmasının, tek bir kişide ya da kişiler topluluğunda toplanmış basit ve bölünmez bir gücü gerektirmediğini ileri sürerler.⁹⁵ "Nihai karar verici", farklı alanlarda karşılıklı olarak dışlayıcı yetkilere sahip birden fazla insan karar vericiyi tesis eden ve her birini kendi yetki alanında nihai kılan bir kurallar kümesi olabilir; bu durumda sistem, tek bir nihai insan otoritesi olmaksızın da kapalı kalabilir. Goldsmith'e göre Hobbes, bağımsız bir siyasi rejimin kapalı bir karar alma birimi olması gerektiği düşüncesini, rejimde mutlaka nihai bir insan karar vericinin bulunması gerektiği iddiasıyla karıştırır.⁹⁶

Buna karşın Hampton'a göre Hobbes, doğa durumunu savaş olarak tasvir eder ve çıkar çatışmasının yaygınlığı nedeniyle ortak bir kural yorumuna barışçıl biçimde ulaşamayacağını, bu yönde toplumsal pratiklerin de geliştirilemeyeceğini ileri sürer. Hampton, sonsuz gerileme argümanının, insan iradesi tarafından yönetilen bir hükümet dışında herhangi bir hükümet biçiminin pratikte imkansızlığını göstermeyi amaçladığını ifade eder. Bu nedenle Hampton, Goldsmith'in itirazının, Hobbes'un söz konusu argümanını çürütemediğini savunur.⁹⁷

Bununla birlikte Hampton'a göre Hobbes'un "gerileme argümanı", bu hükümet biçimlerinin teorik imkansızlığını değil, insan doğası ve ahlâki görecelik dikkate alındığında pratikte uygulanabilir olmadığını vurgular. İnsanlar, özellikle mülkiyet kuralları üzerinde uzlaşmadıkları için, hiçbir yasa ya da yasa kümesi rejimde nihai karar verici olamaz; bu nedenle nihai karar verici bir insanın ya da bir insan topluluğunun bulunması gerekir. Hobbes ayrıca, yöneticiyi sınırlayan nihai ahlâki kuralların varlığını savunan görüşü reddeder ve kurallar bulunsa bile yorum ayrılıkları nedeniyle bunların pratikte işlerlik kazanamayacağını, işlerlik için yorum tekeline sahip bir egemen otoritenin zorunlu olduğunu ileri sürer.⁹⁸ Dolayısıyla Hobbes'a göre Hart ve Kelsen'in tasarladığı biçimde, sistem kurallar üzerine bina edilse dahi, bu kurallar ancak egemenin yorum tekeli altında işlerlik kazanabilir.

⁹⁵ ibid.

⁹⁶ Hampton (n 92) 98-104; Goldsmith (n 94) 38-41; HLA Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 97-107; Hans Kelsen, *The General Theory of Law and the State* (Anders Wedberg tr, Harvard University Press 1945) 110-116.

⁹⁷ Hampton (n 92) 99-100.

⁹⁸ ibid 99.

Görüldüğü üzere Hobbes, yasaların yorumunda birlik sağlanamaması nedeniyle hukukun temelinde bir kural ya da kurallar kümesi olamayacağını düşünür. Oysa sözleşmenin varlığı, sözleşmeyi yapanların “söz verme” eyleminin ne olduğuna ilişkin asgari bir yorumsal birlik içinde olmalarını gerektirir. Söz verme eylemi, bir oyunun kuralı gibi düşünülemez; söz verme pratiği, toplumun “oyun dışı” ahlâki-normatif sistemi içinde anlam kazanır.⁹⁹ Başka bir deyişle, söz verme, ahlâki bir ilke olarak her türlü oyunu ve sistemi mümkün kılan bir kurumdur. Bu nedenle, hiçbir kuralın anlamı konusunda mutabakat sağlanamadığı takdirde, sözleşmenin ortaya çıkması mümkün değildir. Dolayısıyla insanlar arasında en azından “söz verme” kuralının anlamı üzerinde bir görüş birliği bulunmalıdır.

Söz verme ilkesinin oynadığı rol, Hobbes’un “sonsuz gerileme” argümanına gücün uygulanması açısından bakıldığında daha açık hâle gelir. Egemenin itaati sağlaması, yaptırım uygulama gücüne bağlıdır ve bu gücü görevliler aracılığıyla kullanır. Ne var ki görevliler hukuka yalnızca güç ve yaptırım korkusuyla bağlıysa, onları zorlamak için yeni görevlilere ihtiyaç duyulur; bu süreç sonsuza dek sürdürülemez. Dolayısıyla toplumda en azından bazı görevlilerin hukuka bağlılığının, salt güç ve yaptırım korkusundan kaynaklanmaması gerekir.

Bu gerilemeyi durdurmanın bir yolu, sistemi ayakta tutacak sayıda görevliye “ahlâken itaat etmelisiniz” demektir. Ancak Hobbes’a göre, egemenin yasa-sı, ahlâk ve hukuka özdeştir. Görevlilere ahlâken egemenin yasalarına itaat etmelerinin söylenmesi, yine egemenin buyruklarına atıf yapmaktır; bu nedenle “ahlâken egemene itaat etmelisiniz” ifadesinde “ahlâken” kelimesi ek bir anlam yaratmaz. Dolayısıyla görevlilerin yaptırım korkusu olmadan egemeni meşru görüp, ona itaat etmesi için, egemenin buyrukları dışında bir kurala atıf yapılması gerekir.

Bu durumda egemen, kendi sistemi dışında bir kurala gönderme yapmak zorunda kalır. Hobbes’un doğal hukuk anlayışı çerçevesinde, kendisi sözleşmenin tarafı olmasa dahi sözleşmeye atıf yapmaktan başka bir yol yoktur. Hobbes’un kullandığı şekliyle, “sözleşmeye uymazsanız savaş çıkar ve ölürsünüz” biçimindeki rasyonellik argümanı da ileri sürülemez; zira bunu söylemek zaten yaptırım kapsamına girer ve tartışmayı yeniden sonsuz gerileme sorununa taşır. Ayrıca II. Bölüm’de “asker” örneğinde gördüğümüz üzere, görevi gereği savaşta ölmesi gerekebilecek birine savaşın ölüme yol açacağından bahsedilmesi fayda-

⁹⁹ Richard M Hare, ‘The Promising Game’ (1964) 18(70) *Revue Internationale de Philosophie* 398, 406-407.

sız olacaktır. Dolayısıyla Hobbes teorisi kapsamında bu gerilemeden çıkışın tek yolu, egemenin buyruklarından bağımsız ve sözleşme öncesinde mevcut olan bir ahlâka atıf yapmaktır. Nitekim II. Bölüm'de görüldüğü üzere Hobbes, teorik çelişkilerle karşılaştığı noktalarda bu yola başvurur.

Özetle, Hobbes teorisinde gücün uygulanması sonsuz gerileme argümanı-na yol açarken, bu argümanı durdurmak egemenin yasaları dışında norm ya da normlar gerektirir. Fakat bu normlara atıf yapılması, Hobbes'un hukuk anlayışının temelinde yer alan egemeni sınırlar; böylece hukukun temeli egemen olmaktan çıkar.

Sonuç

Bu çalışmada, Hobbes'un doğal hukuk teorisinin üç temel çelişkiye sahip olduğu ileri sürülmüştür. Hobbes'un ahlâkın temeline öz çıkarı koymasında, sözleşmeyi temellendirirken sosyalliği dışlamasında ve egemenin meşruiyetini salt güce dayandırmasında teorik sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunlar birbirleriyle bağlantılıdır. Söz konusu çelişkilerin ortak zemini, Hobbes'un bireyi yalnızca maddeci ve fiziksel bir çerçevede konumlandırıp "bilimsel" olduğunu düşündüğü ahlâk ve hukuk tanımlarına ulaşmaya çalışmasıdır. Bu kapsamda Hobbes, nominalizm görüşü çerçevesinde ahlâk ve hukuku salt olgulara indirger.

Hobbes'un doğa durumu tasvirinde insanlar öylesine atomize resmedilir ki, ortaya çıkan güven krizi ve savaş durumu, ancak sosyalliğin, ahlâkın ve devletin icat edilmesiyle aşılar. Ona göre doğal olan yalnızca tekil nesneler ve tekil insanlardır; ahlâk, hukuk ve sosyallik bütünüyle yapaydır. Dolayısıyla, ahlâk ve hukukun yapay olarak görüldüğü böyle bir anlayışta, bireysellikten sosyalliğe ancak "fayda" temelinde gidilebilir. Oysa tek başına fayda temelli bir yaklaşım, çalışmamızda görüldüğü üzere, ahlâk ve hukukun normatifliğini sağlayamaz. Çünkü bütünüyle kendi çıkarlarını düşünen bencil bir insandan yola çıkarak, toplumun meydana gelmesi için gerekli olan sosyalliğe ulaşılması mümkün değildir.

Normlar, insan ve toplum hayatına içkindir; hukuk, sadece egemenin pozitif yasalarından oluşmaz. Hobbes'un düşündüğü biçimde, her şey üzerinde doğal hakkı olduğunu düşünen insan "birey" olamaz. Birey olmak, diğer insanlarla etkileşiminde kendi arzu ve çıkarlarını sınırlandırabilme yetisini ve kimi zaman bu arzu ve çıkarlardan bağımsız bir biçimde eylemde bulunabilmeyi gerektirir. Hiçbir yasallık kavramı olmayan insanda benlik bilinci gelişemez; benliğe sahip olmayan insan, bir öz çıkar düşüncesi dahi geliştiremez. Hatta insan ancak sosyallik içinde benlik sahibi olarak, bir öz çıkar fikrine ulaşabilir.

Hobbes'un doğal hukuk teorisinde ahlâk ve hukuk, egemenle ortaya çıkmakta; ahlâki olarak değerlendirme dışı tutulan egemenin yasalarına, vatandaşların ahlâki bir yükümlülük temelinde uymaları beklenmektedir. Eğer egemen ahlâkın kaynağı ise ve sadece onun yorumu doğal hukuka özdeşse, bu durumda egemen, vatandaşlarından ahlâka aykırı içerikteki bir yasaya ahlâken uymalarını talep edebilir hâle gelmektedir. Hobbes için bu bir sorun değildir, çünkü egemenin yorumu dışında bir ahlâk ve hukuk yoktur. Yorum tekeli egemende olduğundan, onun hiçbir yasası gayriahlâki olarak nitelendirilememektedir. Bu çerçevede Hobbes, bir "etik legalizm" anlayışı benimser. Buna göre egemen, adil ve doğru olanı buyurmaz; buyurduğu yasa adil ve doğrudur.¹⁰⁰ Bunun sonucu, hukuk ile yasanın özdeş hâle gelmesidir. Egemenin yasasına özdeş hâle gelmiş hukuk, normatif olmaktan çok güce dayanmaktadır, çünkü egemen öncesi herhangi bir norm yoktur.

Hobbes, tarihte bir doğa durumu döneminin yaşanmamış olabileceğini, bunu varsayımsal olarak kurguladığını ima eder.¹⁰¹ Fakat çalışmamızda gösterildiği üzere, Hobbes'un tasvir ettiği şekilde bir doğa durumunun tarihsel bir gerçekliğe tekabül etmediği gibi, varsayımsal açıdan da temellendirilmesi mümkün değildir. Ahlâk ve hukukun devlet öncesinde sosyalliğe içkin olması, toplum ve devletin tarihsel süreçte gelişen sosyalliğin bir ürünü olduğunu gösterir. Bu bakımdan toplum ve devlet, Hobbes'un ileri sürdüğü üzere, yapay kurumlar değildir.

¹⁰⁰ Bobbio (n 91) 57; Hobbes (n 2) 139-143.

¹⁰¹ Hobbes (n 2) 102.

Kaynakça

- Akal CB, *Hukuk Nedir?* (Zoe Kitap 2019)
- Aquinas T, 'Summa Theologica' (Fathers of the English Dominican Province çev, 1947) <<https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.toc.html>> Date of Access 10 March 2026
- Benhabib S, *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics* (Polity Press 2007)
- Bobbio N, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (Daniela Gobetti çev, The University of Chicago Press 1993)
- Byrd BS and Hruschka J, 'Kant on "Why Must I Keep My Promise?"' (2006) 81 *Chicago Kent Law Review* 47-74
- Cevizci A, *Ortaçağ Felsefesi Tarihi* (4. Baskı, Asa Kitabevi 2012)
- Cevizci A, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (2.Baskı, Paradigma Yayınları 2003)
- Copleston FC, *A History of Philosophy, Vol 3: Late Medieval and Renaissance Philosophy* (Doubleday 1993)
- -, *A History of Medieval Philosophy* (University of Notre Dame Press 2007)
- Craver C, Tabery J and Illari P, 'Mechanism in Science' in Edward N Zalta and Uri Nodelman (eds), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2026) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2026/science-mechanism/>> Date of Access 10 April 2026
- Feser E, *Aquinas: A Beginner's Guide* (Oneworld 2009)
- Folkertsma Jr MJ, 'Hobbes and Human Nature' (Doktora tezi, Wayne State University 1976)
- Gillespie MA, *The Theological Origins of Modernity* (University of Chicago Press 2008)
- Goldsmith MM, 'Hobbes's "Mortal God": Is There a Fallacy in Hobbes's Theory of Sovereignty' (1980) 1(1) *History of Political Thought* 33-50
- Hampton J, *Hobbes and the Social Contract Tradition* (Cambridge University Press 1999)
- Hardwick N-A, 'How Radically Did Hobbes Depart from the Natural Law Tradition?' (2011) *E-International Relations* <<https://www.e-ir.info/2011/02/15/how-radically-did-hobbes-depart-from-the-natural-law-tradition/>> Date of Access 3 March 2026
- Hare RM, 'The Promising Game' (1964) 18 (70) *Revue Internationale de Philosophie* 398-412
- Hart HLA, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012)
- Hobbes T, *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin içeriği, Biçimi ve Kudreti* (Semih Lim çev, 8. baskı, Yapı Kredi Yayınları 2010)
- -, *De Cive in The Collected Works of Thomas Hobbes* (Delphi Classics 2019)

- Keele R, *Ockham Explained: From Razor to Rebellion* (Open Court 2010)
- Kant I, 'The Metaphysics of Morals' in Mary J Gregor (çev), *Practical Philosophy* (13th Printing, Cambridge University Press 2009)
- Kenny A, *Aquinas on Being* (Clarendon Press 2002)
- Kelsen H, *The General Theory of Law and the State* (Anders Wedberg çev, Harvard University Press 1945)
- Kiesselbach M, 'Hobbes's Struggle with Contractual Obligation. On the Status of the Laws of Nature in Hobbes's Work' (2010) 23 (2) *Hobbes Studies* 105-123
- Macpherson CB, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke* (Oxford University Press 1979)
- Martinich AP, *Thomas Hobbes* (Akın Terzi çev, Türkiye İş Bankası 2010)
- May L, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs* (Oxford University Press 2013)
- Ockham W, *Philosophical Writings* (Philotheus Boehmer tr, 3rd Printing, The Bobbs-Merrill 1964)
- Pasmau R, 'Thomas Aquinas' in Edward N Zalta and Uri Nodelman(eds), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/aquinas>> Date of Access 10 April 2026
- Pufendorf S, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (Michael Silverthorne çev, Cambridge University Press 1991)
- Raphael DD, 'Obligations and Rights in Hobbes' (1962) 37(142) *Philosophy* 345-352
- Raz J, 'Promises and Obligations' in PMS Hacker and J Raz (eds), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H L A Hart* (Clarendon Press 1977)
- Rommen HA, *Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy* (Thomas R Hanley tr, Liberty Fund 2012)
- Sadler G, 'The Laws of Nature as Moral Norms in Hobbes' *Leviathan*' (2002) 15(1) *Hobbes Studies* 77-94
- Shapiro SJ, *Legality* (Harvard University Press 2011)
- Skinner Q, 'Review Article: Hobbes' "*Leviathan*"' (1964) 7(2) *The Historical Journal* 321-333
- Spade PV and Panaccio C, 'William of Ockham' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/ockham/>> accessed 13 April 2026.
- Taylor AE, 'The Ethical Doctrine of Hobbes' (1938) 13(52) *Philosophy* 406-424
- Taylor C, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Harvard University Press 1989)

- Thijssen H, 'Condemnation of 1277' *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/entries/condemnation/>> Date of Access 23 November 2022
- Uslu C, 'İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar' (Doktora tezi, Hacettepe Üniversitesi 2007)
- van der Heiden G-J, 'On the Way to Attestation: Trust and Suspicion in Ricoeur's Hermeneutics' (2014) 75(2) *International Journal of Philosophy and Theology* 129-141
- von Kap-herr G, 'Natural Law and Religion in the Thought of Samuel Pufendorf (1632-1694)' (Doktora tezi, Concordia University 1991)
- Warrender H, *The Political Philosophy of Hobbes: His Theory of Obligation* (Clarendon Press 1961)
- Worsnip A, 'Hobbes and Normative Egoism' (2015) 97(4) *Archiv für Geschichte der Philosophie* 481-512
- Zelyut S, *Dört Adalı-Hobbes-Locke-Berkeley-Hume* (2.Baskı, Doğu Batı Yayınları 2010)
- Yeşilçayır C, 'Thomas Hobbes'un Geleneksel Siyaset Felsefesine Karşı Çıkışı.' (2014) 2 *Mavi Atlas* 62-72.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

Geri Çağırma Yükümlülüğü^(*)

Prof. Dr. Mehmet AKÇAAL^(**)

Öz

Ürün güvenliği, modern endüstri toplumlarının en önemli konularından biridir. Özel hukuk bağlamında geri çağırma yükümlülüğüne ilişkin Alman Hukuku'ndaki tartışmalar Türk-İsviçre Hukuku'na nazaran daha eskidir. Türk-İsviçre Hukuku'nda da ürün güvenliğine ilişkin yakın zamanda gerçekleşen gelişmeler sayesinde geri çağırma yükümlülüğü özel hukukta daha fazla dikkat çekmeye başlamıştır. Ne var ki geri çağırma yükümlülüğü Türk Hukuku'nda henüz münferit bir çalışmaya konu olmamıştır. İşte bu çalışmada öncelikle geri çağırma kavramından ne anlaşılması gerektiği ve bunun kapsamı değerlendirilmiştir. Geri çağırma yükümlülüğüne ilişkin doktrindeki tartışmalar ile bunun yasal dayanağı açıklanmıştır. Alman içtihatlarında geri çağırma yükümlülüğünün nasıl ele alındığı ifade edilmiştir. Sonrasında geri çağırma yükümlülüğü için aranan kriterler ve geri çağırma yükümlülüğünün içeriği incelenmiştir. Son olarak masraflara katılma yükümlülüğü gereği masraflara kimin katlanması gerektiği ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Ürün Güvenliği, Ürün Gözetim Yükümlülüğü, Uyarı Yükümlülüğü, Geri Çağırma, Yükümlülük.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 04.06.2026.

Atıf Şekli: Mehmet Akçaal, 'Geri Çağırma Yükümlülüğü' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 373,407.

DOI: 10.52273/sduhfd..1906315.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Konya-Türkiye.

E-posta: mehmetakcaal@selcuk.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-3228-8486.

Obligation to Recall

Abstract

Product safety is one of the most important issues in modern industrial societies. Discussions regarding the obligation to recall products in the context of the civil law have been ongoing in German law for longer than in Turkish-Swiss law. Thanks to recent developments in Turkish-Swiss law concerning product safety, the obligation to recall has begun to attract more attention in civil law. However, the obligation to recall has not yet been the subject of a separate study in Turkish law. This study first evaluates what is meant by the concept of recall and its scope. It explains the discussions in the doctrine regarding the obligation to recall and its legal basis. It describes how the obligation to recall is in German case law. Subsequently, it examines the criteria required for the obligation to recall and the content of the obligation to recall. Finally, it is analyzed who is required to contribute to the expenses.

Keywords

Product Safety, Obligation to Product Surveillance, Obligation to Warning, Recall, Obligation.

Extended Summary

The concept of recall has become increasingly important in recent years (since the 1970s) as a result of the rise in mass production and division of labor. Product safety is one of the most important issues in modern industrial societies. Discussions regarding the obligation to recall products in the context of the civil law have been ongoing in German law for longer than in Turkish-Swiss law. Thanks to recent developments in Turkish-Swiss law concerning product safety, the obligation to recall has begun to attract more attention in civil law.

Product users are encountering news about recalls more frequently every day. The concept of recall is particularly prevalent in the automotive sector. Moreover, the concept of recall is also frequently discussed in other sectors. Recall is not limited to foreign sectors. It is also frequently demanded in Turkey. As can be seen from the official data published by the Ministry of Industry and Technology of the Republic of Turkey regarding voluntary recall activities in the automotive sector, many companies and users in Turkey are also faced with recall activities.

Despite its importance, the obligation to recall has not yet been sufficiently examined in Turkish-Swiss law. As in Turkish-Swiss law, there is no specific legal basis for recall in German law. There is also no court decision yet in Turkish law regarding the obligation to recall. The Swiss Federal Court has no case law on the recall obligation. On the other hand, Swiss Federal Products Safety Act entered into force in Swiss law on July 1, 2010, and the Products Safety and Technical Provisions Act No. 7223 entered into force in Turkish law. Thus, obligation to recall has become even more important.

Unlike Turkish-Swiss law, German law has more scientific opinions and court decisions. Under German law, the manufacturer's obligations do not end with the product being placed on the market; the product monitoring obligation also applies after the product has been placed on the market. In order to be able to take timely measures against risks that are not yet known at the time of placing the product on the market, the manufacturer must monitor its own product and other products that are commonly associated with or come into contact with its own product according to general understanding. Discussions regarding the conditions, content, and scope of the manufacturer's obligation to recall arising from the product monitoring obligation have gained more traction in recent times.

Although it is the subject of case law, there is still no agreed definition of the concept of recall. The definition in the Product Safety Act relating to German public law concerns recall. Accordingly, "recall means any measure taken to ensure the return of a product previously supplied to the end user." In Turkish Law, there is a definition of the concept of recall in the Products Safety and Technical Provisions Act No. 7223. According to subparagraph (d) of Article 3, titled "Definitions," of the aforementioned Law, "recall means any measure aimed at returning a product in the possession of the end user to the manager." Although the concept of recall is defined in specific provisions in Turkish law, there is no consistency between these definitions. To define it briefly, the concept of recall refers to a series of measures applied to a product to prevent risk arising from a defective product. Although it is controversial in doctrine, it does not include warning activities.

The Products Safety and Technical Provisions Act stipulates an obligation to recall within the scope of the obligations of manufacturers (producers), importers, and distributors. Accordingly, all costs related to the recall must be covered by the manager recalling the product.

Although controversial in the doctrine, the principle of proportionality is the main determinant of whether the producer has an obligation to recall. At this point, the proportionality of the producer's recall obligation is assessed based on three criteria: appropriateness, necessity, and reasonableness.

The content of the obligation to recall is also controversial in the doctrine. However, the content of the recall obligation includes providing a fault-free product through repair, replacement, or retrofitting. The manufacturer should be given the prerogative to choose which of the multiple measures to take. Provided that the measure chosen by the manufacturer effectively eliminates the risk.

The manufacturer's obligation to recall products to cover all costs is secondary. This only applies in cases where the warning obligation is insufficient to effectively prevent the risk posed by the defective product.

It cannot be expected that the manufacturer take the same level of measures to prevent the risk of damage in order to protect property values as it does to protect life and health. However, the assessment should not be based solely on which legal interest has been infringed; all other factors in the specific case must also be taken into account.

Giriş

Seri üretimdeki ve iş bölümündeki artışın sonucu olarak geri çağırma kavramı 1970'li yıllardan beri giderek önem kazanmaktadır.¹ Tüketiciler (ürün kullanıcıları) her geçen gün daha sık geri çağırma (Rückruf, Recall) kavramı ve buna dair haberlerle karşılaşmaktadır. Geri çağırma kavramı özellikle otomotiv sektöründe son zamanlarda daha sık karşımıza çıkmaktadır.² Bu kapsamda en çok ses getiren geri çağırma süreçlerinden biri yüksek kalite standartlarıyla tanınan Toyota'da yaşanmıştır. Gaz pedallarındaki sıkışma sonucunda 4 milyona yakın otomobilin geri çağırılması gündeme gelmiş³ ve sonuçta 1 milyondan fazla otomobil bu süreçten etkilenmiştir. Benzer bir durum emisyon skandalının yaşandığı Volkswagen için de söz konusudur. 2015 yılında emisyon değerlerinin düşük gösterildiğinin anlaşılmasından sonra Şirket 8,5 milyon aracı gerekli düzeltmelerin yapmak üzere geri çağırma kararı almıştır.⁴ Benzer daha başka birçok olaydan da bahsetmek pek ala mümkün olup yukarıda sayılanlar sadece birer misalden ibarettir.

Geri çağırma sadece otomotiv sektörüne özgü bir mesele de değildir. Daha başka sektörlerde de geri çağırma kavramı sıkça gündeme gelmektedir. Meselâ meyve suları, çocuk oyuncakları, ev aletleri, yüksek hızlı lastikler, bebek mamaları gibi pek çok ürün ya geri çağırılmakta ya da daha son tüketiciye ulaşmadan raflardan kaldırılmaktadır.⁵

¹ Dagmar Thürmann, 'Rückruf und Haftpflichtversicherung nach AHB oder ProdHB' (1999) NVersZ 145, 146.

² Ekkehard Helmig, 'Rückrufdebakel in der Automobilindustrie und kein Ende' (2015) (H. 2) Phi 56, 56.

³ Bkz. Toyota plant Rückruf von 3,8 Millionen Autos <<https://www.spiegel.de/auto/aktuell/blockiertes-gaspedal-toyota-plant-rueckruf-von-3-8-millionen-autos-a-652205.html>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2025.

⁴ Bkz. AB, Volkswagen'den emisyon skandalında AB'deki tüm müşterilerine tazminat ödemesini istedi <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ab-volkswagen-den-emisyon-skandalinda-ab-deki-tum-musterilerine-tazminat-odemesini-istedi/2377173>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2025.

⁵ Tobias Lenz, 'Die Auswirkungen der Rechtsprechung zum „Rückruf“, insbesondere für den Zulieferregress auch unter Berücksichtigung internationaler Aspekte' in Andreas Herlinghaus, Heribert Hirte, Rainer Hütteman and Thomas Heidel (eds), *Festschrift für Wienand Meilicke* (Nomos 2010) 418-419; Tobias Lenz, *Produkthaftung* (CH Beck 2014) 273-274; Mareike Schmidt, *Produktrückruf und Regress* (Mohr Siebeck 2013) 2; Ingeborg Schwenzer and Mareike Schmidt, 'Pflicht zum Rückruf fehlerhafter Produkte' Pour un droit équitable, engagé et chaleu reux, *Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner* (Hrsg: Guillod, Olivier/Müller, Christoph) (Basel 2011) 243, 243.

Mesele sadece yabancı sektörlerle de sınırlı değildir. Türkiye’de de sıkça geri çağırma yolu tercih edilmektedir. Otomotiv sektöründeki gönüllü geri çağırma faaliyetlerine ilişkin T. C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’nın yayımlamış olduğu resmî verilerden⁶ de anlaşıldığı üzere Türkiye’de de birçok firma ve kullanıcı geri çağırma faaliyetiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Geri çağırma yükümlülüğü hukukî ve ekonomik önemine rağmen, henüz Türk-İsviçre Hukuku’nda yeterince incelenmemiştir.⁷ Türk Hukuku’nda geri çağırma yükümlülüğüne ilişkin henüz bir mahkeme kararı da bulunmamaktadır. Durum İsviçre’de de benzerdir. İsviçre Federal Mahkeme’nin geri çağırma yükümlülüğünü konu alan herhangi bir içtihadı bulunmamaktadır.⁸ Bununla beraber İsviçre Hukuku’nda 1 Temmuz 2010 tarihinde Ürün Güvenliği Kanunu’nun (Produktesicherheitsgesetz - PrSG),⁹ Türk Hukuku’nda da 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nun¹⁰ yürürlüğe girmesiyle birlikte geri çağırma yükümlülüğü daha da önemli hale gelmiştir.

Türk-İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak Alman Hukuku’nda daha fazla bilimsel görüş ve yargı kararı bulunduğunu söylemek mümkün olup çalışmada bunlara yeri geldikçe değinilmiştir. Üreticinin sorumluluğunda ürünün güvenli olması esas alınmaktadır. Nitekim Alman Hukuku’na göre üreticinin yükümlülükleri ürünün piyasaya sürülmesiyle sona ermez; ürünün piyasaya sürülmesinden sonra da ürün gözetim yükümlülüğü (Produktbeobachtungspflicht) söz konusu olur.¹¹ Üretici, ürün piyasaya sunulduğu anda henüz bilinmeyen tehlikelere

⁶ Bkz. Gönüllü Geri Çağırma Faaliyetleri <<https://www.sanayi.gov.tr/piyasa-gozetimi-ve-denetimleri/geri-cagirma-faaliyetleri>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2025.

⁷ Türk-İsviçre Hukuku’nda geri çağırma yükümlülüğüne ilişkin tek monografik çalışma için bkz. Thomas Röthlisberger, *Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller* (Schulthess 2003).

⁸ Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi ise tehlikeli bir ürünün geri çağırılması yükümlülüğünden bahsetmiş; ancak somut olayda böyle bir yükümlülüğün şartlarının mevcut olmadığını belirtmiştir (OGer Zürich, ZR 1984, Nr. 4, 11, 15).

⁹ Tüketici derneklerinin ısrarına rağmen, Ürün Güvenliği Kanunu’na masraflara ilişkin düzenlemenin eklenmesinden bilinçli olarak vazgeçilmiştir (Schmidt (n 5) 105).

¹⁰ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, Kanun Numarası: 7223, Kabul Tarihi: 05.03.2020, RG 12.03.2020/31066. Söz konusu Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Damla Özden Çelt, ‘Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’ (2021) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, 73 vd.

¹¹ Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin 2005) 51. Söz konusu yükümlülük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan Günergök, ‘Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü’ (2008) 12 (3-4) EÜHFD 313, 317 vd.

karşı zamanında önlem alabilmek için, kendi ürünü ile genel anlayışa göre kendi ürünüyle sıkça ilişkilendirilen veya temas halinde olan diğer ürünleri gözlemlemek zorundadır. Ürünün tehlikeli olduğunun anlaşılmasına rağmen üreticinin tehlikeler konusunda uygun şekilde uyarılmaması, gerektiği halde ürünün piyasadan toplanmaması veya imha edilmemesi söz konusu yükümlülüğe aykırılık oluşturur. Üreticinin ürün gözetim yükümlülüğü gereği ortaya çıkan bir tehlikeyi fark etmesi durumunda hangi yükümlülüklerinin bulunduğu hususu tartışmalıdır. Kural olarak üreticinin tehlikeleri makul ölçüde önlemesi gerektiği ifade edilmektedir. Tehlikenin salt bir uyarı ile mi sınırlı kalacağı yoksa geri çağırma ile mi önleneceği hususu ise somut olaya göre ele alınır.¹²

Üreticinin ürün gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan geri çağırma yükümlülüğünün şartları, içeriği ve kapsamı hakkındaki tartışmalar son dönemde daha da karşılık bulmaktadır. Özellikle ayıplı ürünün neden olduğu somut tehlikeyi önlemek için üreticinin alması gereken önlemlerin kapsamı da dâhil olmak üzere birçok mesele tartışmalıdır. Söz konusu husus içerdiği belirsizliklere rağmen genellikle geri çağırma kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Her ne kadar ayrıntılı yasal bir düzenlemeye kavuşmamış olsa da bazı özel düzenlemelerde geri çağırma kavramından bahsedilmektedir.¹³

Ayrıntılı yasal düzenleme olmadığı için anayasal teşebbüs hürriyeti (AY m. 48; Art 12, 14 GG) sıkça müdahaleye uğrayan üretici firmalar yasalarda daha açık düzenlemelerin yapılmasını beklemektedir. Diğer taraftan Alman Hukuku'nda 90'lı yılların başında geri çağırma konusunda temel bir içtihadın olduğundan bahsetmek mümkündür. 20. yüzyılın sonunda Almanya'da geri çağırma ile ilgili olarak bazı ilk derece ve bölge mahkemeleri tarafından kararlar verilmiş olup, sonuçta geri çağırma yükümlülüğünün mümkün olduğuna dair olumlu yaklaşılmıştır. Bu kararlardan bazıları da Alman Federal Mahkemesi tarafından onanmıştır.¹⁴ Sonraki bazı kararlarda ise daha somut biçimde tehlikeyi giderme

¹² Schwenzer and Schmidt (n 5) 246; Havutçu (n 11) 31, dpn. 29, 143 vd. Sorumluluk hukukunun temel işlevinin artık zararın tazmin edilmesinden ziyade zararın önlenmesi olduğuna yönelik görüş için bkz. Gert Brüggemeier, 'Judizielle Schutzpolitik de lege lata - Zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrechts' (1986) 41. Jahrg. (Nr 21) JZ 969, 970-971.

¹³ Lenz, *Produkthaftung* (n 5) 273.

¹⁴ OLG Karlsruhe, VersR 1986, 1125 ve BGH vom 18.3.1986, VI ZR 289/85; OLG München, VersR 1992, 1135 ve BGH vom 5.5.1993, VIII ZR 104/92; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 594 ve BGH 4.10.1994, VI ZR 161/93; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344 ve BGH vom 28.1.1997, VI ZR 233/96; OLG München, NJW-RR 1999, 1657 ve BGH vom 27.5.1999, III ZR 103/98; LG Hamburg, VersR 1994, 299.

tedbirlerinin kapsamı üzerinde durulmuştur.¹⁵ Bunlardan özellikle Frankfurt Eyalet Mahkemesi'nin kararının¹⁶ dönüm noktası niteliğinde olduğu ifade edilebilir. Çalışmanın devamında geri çağırma kavramından bahsedildikten sonra ilgili yargı kararları da kronolojik olarak açıklanmıştır.

I. Geri Çağırma Kavramı ve Kapsamı

Kelime anlamı itibarıyla geri çağırma kavramı halen belirsizliğini korumaktadır. Söz konusu kavram bir süreç olarak ele alınabileceği gibi, geri çağırma talebinden ibaret olarak da düşünülebilir.¹⁷ Hukukî anlamda geri çağırma (Rückruf) da farklı şekilde yorumlanıp anlaşılmaya müsait bir kavramdır. Nitekim geri çağırmanın üzerinde uzlaşılmış bir tanımı henüz bulunmamaktadır.¹⁸

Geri çağırma kavramına ilişkin mevzuat da yeterince fikir vermemektedir. Zira Türk Hukuku'nda geri çağırmaya özgü bir yasa bulunmamaktadır. Aynı durum Alman Hukuku'nda da geçerlidir. Bununla beraber daha ziyade Alman Kamu Hukuku'na ilişkin Ürün Güvenliği Kanunu (Produktsicherheitsgesetz - ProdSG) § 2 hükmünde 24 numaralı tanım geri çağırma (Rückruf) hakkındadır. Buna göre *“geri çağırma, son kullanıcıya önceden sunulmuş bir ürünün iadesini sağlamak amacıyla alınan her türlü önlem (Rückruf jede Maßnahme, die auf Erwirkung der Rückgabe eines dem Endnutzer bereits bereitgestellten Produkts abzielt)”* anlamına gelir. Bu tanımda geçen *“her türlü önlem (jede Maßnahme)”* deyiimi oldukça genişletilmeye elverişli olduğu gibi, bunların giderlerinin hangi tarafça karşılanacağı hakkında da fikir vermemektedir.¹⁹

Türk Hukuku'nda 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda geri çağırma kavramının tanımı mevcuttur. Söz konusu Kanun'un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin d bendine göre, *“geri çağırma: nihai kullanıcının elinde bulunan ürünün iktisadi işletmeciyeye²⁰ geri getirilmesini amaçlayan her türlü önlemi”*

¹⁵ LG Bielefeld, PHİ 2006, 18; LG Arnsberg, Urteil vom 6.5.2003; LG Frankfurt, VersR 2007, 1575 vd.; OLG Hamm, BB 2007, 2367 vd.; BGH VersR 2009, 272; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008 411 vd.

¹⁶ LG Frankfurt, VersR 2007, 1575 vd.

¹⁷ Theo Bodewig, *Der Rückruf fehlerhafter Produkte* (Mohr Siebeck 1999) 10.

¹⁸ Stephan Rettenbeck, *Die Rückrufflicht in der Produkthaftung* (Nomos 1994) 15.

¹⁹ Klaus Lüftenegger, *Die Rückrufflicht des Herstellers - unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen „Pflegetbetten“-Rechtsprechung* (Duncker & Humblot 2018) 25-26.

²⁰ ÜGTDK m. 3, b. f'ye göre “iktisadi işletmeci: imalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı, dağıtıcı veya ilgili teknik düzenleme kapsamında ürünlerin imalatına, piyasada bulundurulmasına veya hizmete sunulmasına ilişkin sorumluluğu olan diğer gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder.

ifade eder. Bu tanımın aynısı meselâ Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Çerçeve Yönetmelik²¹ m. 4, b. ğ hükmünde, Uzaktan İletişim Araçları Yoluyla Piyasa Arz Edilen Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği m. 4, b. ı hükmünde, Kozmetik Ürünler Yönetmeliği²² m. 4, b. g’de, Elektrikli ve Elektronik Eşyalarda Bazı Zararlı Maddelerin Kullanımının Kısıtlanmasına İlişkin Yönetmelik²³ m. 4, b. h’de, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği²⁴ m. 4, b. h’de, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği²⁵ m. 4, b. h’de ve Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği²⁶ m. 4, b. ç’de öngörülmektedir.²⁷ Daha başka bir tanım ise Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği²⁸’nde yer almaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin ç bendine göre, “*geri çağırma: üretici²⁹ veya dağıtıcı³⁰ tarafından tüketiciye tedarik edilmiş veya tüketicinin kullanımına sunulmuş tehlikeli ürünün geri getirilmesini amaçlayan her türlü önlem*” ifade eder. Alman Hukuku’nda yer alan tanımdaki belirsizlikler Türk Hukuku’nda da söz konusudur. Üstelik Kanun’daki ve Yönetmelik’teki tanımlar arasında farklılıklar da mevcuttur. Bu kapsamda Kanun’dan farklı olarak Yönetmelik’te “*tehlikeli ürün*” kavramına yer verilmektedir.

²¹ Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Çerçeve Yönetmelik, RG 10.07.2021/31537.

²² Kozmetik Ürünler Yönetmeliği, RG 08.05.2023/32184.

²³ Elektrikli ve Elektronik Eşyalarda Bazı Zararlı Maddelerin Kullanımının Kısıtlanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 26.12.2022/32055.

²⁴ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği, RG 21.10.2022/31990.

²⁵ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği, RG 14.07.2021/31541.

²⁶ Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği, RG 12.03.2021/31421.

²⁷ Aynı yönde tanım için bkz. İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği m. 3, b. p (İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, RG 02.06.2021/ 31499); Tıbbi Cihaz Yönetmeliği m. 3, b. ö (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, RG 02.06.2021/31499).

²⁸ Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği, RG 11.03.2021/31420.

²⁹ GÜGY m. 4, b. ğ’ye göre “*üretici; 1) Türkiye’de yerleşik olması halinde ürünü imal eden ve ürüne kendi ismini, ticari markasını veya herhangi bir ayırt edici işaret koyarak kendisini imalatçı olarak sunan veya ürünü ıslah eden, Kanun kapsamında imalatçı sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişiyi, 2) imalatçının Türkiye’de yerleşik olmaması halinde, Kanun kapsamında ürünün yetkili temsilcisi sıfatını haiz Türkiye’de yerleşik gerçek ve tüzel kişiyi, yetkili temsilcinin bulunmaması halinde ürünü ithal eden, Kanun kapsamında ithalatçı sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişiyi, 3) tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri, bir ürünün güvenliğine ilişkin özellikleri etkileyebilen, Kanun kapsamında iktisadi işletmecisi sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder.

³⁰ GÜGY m. 4, b. c’ye göre, “*dağıtıcı: tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkilemeyen 7223 sayılı Kanun kapsamında dağıtıcı sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder.

Yönetmeliğin 4. maddesinin g bendine göre, “*tehlikeli ürün: güvenli ürün tanımını karşılamayan ürünü*” ifade eder. Bu kez de aynı maddenin d bendinde yer alan güvenli ürün kavramının tanımına bakılması gerekir. Buna göre “*güvenli ürün: kullanım süresi ve uygulanabilir olduğu durumlarda hizmete sunulması, kurulumu ve bakımına ilişkin gereklilikleri dâhil olmak üzere, normal ve makul ölçüde öngörülebilir koşullarda kullanımı risk taşımayan veya ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan, aşağıdaki unsurlar ele alındığında insan sağlığı ve güvenliği için yüksek düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ürünü*” ifade eder. Her ne kadar Yönetmelik’te geri çağırma kavramını daha anlaşılır kılma çabası etkili olmuşsa da, gelinen noktada kavram karmaşası ortaya çıktığı gibi Kanun’dan farklı tanımlamada bulunulmuştur. Bu durum normlar hiyerarşisine aykırı olup eleştiriye açıktır.

Tüm bunlara rağmen mevzuatta yer alan tanımdan hareketle geri çağırma bir dizi önlemi içeren bir üst kavram olarak anlaşılabilir. Başka bir deyişle geri çağırma kavramı, kapsamı azalıp artabilen, ücretli olsun veya olmasın tehlikeyi giderme tedbirlerini ifade eder. Meselâ geri alma, onarma veya değiştirme tedbirleri bu kapsamdadır. Söz konusu tedbirlerin, ayıplı bir üründen kaynaklanan tehlikeyi gidermesi gerektiği hususu doktrinde oybirliğiyle kabul görmektedir.³¹

Geri çağırma üst kavramının hangi önlemleri ve ne ölçüde kapsamı gerektiği meselesi de gündeme gelir. Bir görüşe göre geri çağırma kapsamındaki önlemler üreticinin ürüne müdahale (etki) edip etmemesinden hareketle esasen iki gruba ayrılır.³² İlk olarak üretici ürüne yönelik bizzat herhangi bir müdahalede bulunmaksızın kullanıcıyı bilgilendirebilir. Meselâ, ürünün kullanımının durdurulmasını öneren bir uyarı veya üründeki ayıbın giderilmesini ya da onun güvenli bir şekilde kullanılmasını sağlayan bilgi ve talimat paylaşımı bu kapsamda zikredilebilir. Bu gibi hallerde tehlikeyi fiilen önleme imkânı hâlen ürünün kullanıcıya aittir. Söz konusu önlemler “*uyarı (Warnung)*” olarak adlandırılır. İkinci olarak ise üretici ürün üzerinde doğrudan etki eder ve böylece üründeki tehlikeyi kendisi ortadan kaldıracaktır. Bu kapsamda üretici ürünü geri çağırabilir. Böyle bir durumda ürün artık kullanıcının sorumluluk alanından çıkar. Ürünü geri çağırın üretici ayıptan arı bir ürün, yani değişim imkânı da sunabilir. Keza üreticinin ürünü onararak tekrar güvenli hale getirmesi de mümkündür. Söz konusu üç ihtimal de geri çağırma kavramına dâhildir. Eklenmelidir ki uygu-

³¹ Lenz, *Produkthaftung* (n 5) 273.

³² Ayrıca bkz. Christian von Bar, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Delikts recht* (Carl Heymanns 1980) 84 vd.

lamada söz konusu önlemler her zaman birbirinden kesin çizgilerle ayrılamaz. Daha ziyade bunlarla karma bir biçimde karşılaşılır.³³

Geri çağırma kavramının uyarıları da içermesi gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre geri çağırma kavramının her türlü tehlikeyi önleme tedbiri ile eşanlamli kullanılması gerekir. Geri çağırma kavramı her iki grubu da kapsar. Dolayısıyla geri çağırma kavramı uyarı kapsamındaki önlemleri de içeren bir kavramdır.³⁴

Üstün tutulması gereken hâkim görüş ise uyarı ve geri çağırma kavramlarını birbirinden ayırır. Bu görüşe göre geri çağırma kavramının kapsamına sadece ikinci önlem grubu dâhildir.³⁵ Çünkü üreticinin ürüne müdahale edip (geri çağırma) etmemesi (uyarı) bakımından her iki grup birbirinden kolayca ayırt edilebilir. Üstelik uyarının sözlük anlamı gereği geri çağırma olarak nitelendirilmemesi gerekir. Haksız fiil hukuku kapsamında tehlikeyi önleme yükümlülüğünden bahsederken uyarı ve geri çağırma yükümlülüklerinden ayrı ayrı bahsedilmesi de bu görüşün diğer bir dayanağıdır.³⁶

Geri çağırma üst kavram olarak değil de, münferit bir önlemi ifade etmek üzere kullanıldığı takdirde, önlemin türünün ve gider dağılımının daha da somutlaştırılması gerekir. Oysa katıldığımız görüş gereğince geri çağırma kavramı salt münferit bir önlemden ibaret olmayıp, ayıplı bir üründen kaynaklanan tehlikeyi önlemek için ürün hakkında uygulanan bir dizi önlemi ifade eder.³⁷

³³ Lüftenegger (n 19) 26-27.

³⁴ Lenz, *Produkthaftung* (n 5) 273; Bodewig (n 17) 13; Helmut Pieper, 'Verbraucherschutz durch Pflichten zum 'Rückruf' fehlerhafter Produkte? Zu den Grenzen einer Rechtsfortbildung' (1991) (H. 15) BB 985, 987; Karlheinz Stöhr, 'Haftung trotz eines perfekten Rückrufs?' in Hans-Peter Greiner, Norbert Gross, Kay Nehm and Andreas Spickhoff (eds), *Neminem laedere, Aspekte des Haftungsrechts, Festschrift für Gerda Müller* (Carl Heymanns 2009) 173, 173, dn. 1.

³⁵ Julius von Staudinger (Begr.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 - Teilband 2), Neubearbeitung 2009* (De Gruyter 2009) § 823 N. F28; Ingeborg Schwenzer, 'Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers' (1987) (H. 22) JZ 1059, 1059; Rettenbeck (n 18) 15; Lüftenegger (n 19) 27; Markus Kreidt, *Die Haftung des Zulieferers für Produktionsschäden und Rückrufkosten* (Dissertation, Universität Köln 2006) 135; Ulrich Foerste and Friedrich Graf von Westphalen (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch* (3. Aufl., München 2012) § 24, N. 326.

³⁶ Lüftenegger (n 19) 27.

³⁷ Lüftenegger (n 19) 27.

II. Geri Çağırma Yükümlülüğüne Dair Doktrindeki Tartışmalar ve Bunun Yasal Dayanağı

Üreticinin piyasaya sürülen ürünü geri çağırarak değiştirmekle veya onarmakla yükümlü olup olmadığı³⁸ ile bu tür önlemlerin masraflarını kimin üstleneceği konusu doktrinde tartışmalıdır.³⁹

Bir görüşe göre üründen kaynaklanabilecek tehlikeler konusunda uyarıda bulunan üretici riski kontrol yükümlülüğünü zaten yerine getirmiş olup, daha kapsamlı bir biçimde geri çağırma ve onarım yükümlülüğünün kabul edilmesi halinde, ayıptan sorumluluk hükümleri anlamını yitirmiş olur. Dolayısıyla üreticinin geri çağırma yükümlülüğünün varlığı reddedilmelidir.⁴⁰

Diğer görüş ise bu tarz yükümlülükleri esas itibarıyla kabul etmekle birlikte bunların şartları ve yoğunluğu konusunda kendi içinde farklılık göstermektedir.⁴¹ Bu kapsamdaki bir görüş tarafından şahıs varlığı ve malvarlığı değerleri arasında ayırım yapılmakta; sadece esaslı tasarım veya üretim hatası nedeniyle vücut bütünlüğü ya da hayat kaybı tehlikesi durumunda, geri çağırma yoluyla aktif bir tehlikeyi giderme yükümlülüğü kabul edilmektedir.⁴² Diğer bir görüş ise ürünün kullanımın durdurulmasının tehlikeyi önleyememesi durumunda geri çağırma yükümlülüğüne ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir.⁴³ Aynı kapsamda başka bir görüşe göre geri çağırma yükümlülüğünün varlığı ve yoğunluğu, çok çeşitli kriterlere bağlıdır. Meselâ ürün sadece kullanıcıyı mı yoksa üçüncü kişileri de mi tehlikeye atmaktadır, uyarıları pek dikkate alamayan çocuklar gibi özel grupları tehdit etmekte midir, tehlike bizzat üründen mi yoksa onun sadece bir parçasından mı kaynaklanmaktadır, geri çağırma önlemleri üretici veya tüketici için ekonomik durumları dikkate alındığında makul müdür gibi sorulardan hareketle değerlendirmede bulunmaktadır.⁴⁴

³⁸ Geri çağırma yükümlülüğünün varlığına dair tartışma için bkz. Ansgar Staudinger and Paul Czaplinski, 'Rückruf- und Kostentragungspflicht des Produzenten bei In- wie Auslandssachverhalten' (2008) (H. 6) JA 401, 403 vd.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker and Bettina Limperg, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz* (9. Aufl., CH Beck 2024) § 823 N. 1121 vd.; Lüftenegger (n 19) 159 vd.

⁴⁰ Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24 N. 340 vd., § 39 N. 2 vd.

⁴¹ Schmidt (n 5) 45 vd.

⁴² Schwenzer (n 35) 1059 vd.

⁴³ Philipp Reusch, 'Pflichtenkreis von Unternehmen im Umgang mit unsicheren Produkten - Thesen zum Produktrückruf' (2017) Bd. 72 (H. 39) BB 2248, 2252.

⁴⁴ Bodewig (n 17) 181 vd.

Ne İsviçre ne de Alman Borçlar Hukuku'nda tehlikeli ürünleri geri çağırma yükümlülüğüne özgü bir yasa bulunmamaktadır. Dolayısıyla hem haksız fiil hukukuna ilişkin genel esaslar hem de ürün sorumluluğuna ilişkin özel kanunlar yasal dayanak bakımından dikkate alınmaktadır.⁴⁵ Nitekim Alman Hukuku'nda haksız fiile ilişkin § 823/I BGB⁴⁶ hükmü ve özünde bulunan davranış yükümlülükleri uyarı yükümlülüğünün yasal dayanağı olarak değerlendirilmektedir.⁴⁷ Oysa aynı yasal dayanak, geri çağırma yükümlülüğü bakımından kısmen de olsa yetersiz görülmektedir. Buna ek olarak, mülkiyetin ihlâline dair giderim talebini düzenleyen ve diğer hukukî menfaatlerin ihlâlinde de uygulanan § 1004 BGB hükmü⁴⁸ diğer bir yasal dayanak olarak ifade edilmektedir.⁴⁹ Böylece hatalı ürünün yarattığı tehlikeye maruz kalan kimse, hukukî menfaatinin ihlâl edilmesini beklemek zorunda değildir; öncesinde zararın önlenmesini talep edebilir.⁵⁰

Benzer bir görüşe göre Alman Hukuku'nda da İsviçre Hukuku'nda da tehlikeli ürünleri geri çağırma yükümlülüğü ürün sorumluluğuna ilişkin özel kanunlardan kaynaklanmamaktadır. Alman Hukuku'nda genel haksız fiil hukuku kapsamındaki § 823/I BGB hükmünden hareketle üreticinin tehlikeli ürünleri geri

⁴⁵ Dirk Grote, 'Der Herstellerregreß beim Produktrückruf -Haftung und Versicherung-' (1994) (H. 26) VersR 1269, 1269; Schmidt (n 5) 18.

⁴⁶ § 823/I BGB hükmüne göre, "Kasten veya ihmâl sonucu bir başkasının hayatını, bedenini, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya başka bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlâl eden kişi, bu ihlâlden kaynaklanan zararı karşılamakla yükümlüdür. (Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet)".

⁴⁷ Micha Alexander Lege, *Strafbarkeitsbegründende Rechtspflichten zur Abwendung von Schäden durch gefährliche Produkte, insbesondere zum Rückruf rechtsgutsge fährdender Produkte* (Dissertation, Universität Tübingen 2000) 1.

⁴⁸ § 1004 BGB hükmüne göre, "(1) Mülkiyet, sahibinin elinden alınması veya alıkonulması dışında başka bir şekilde ihlâl edilirse, malik, zarar veren kişiden zararın giderilmesini talep edebilir. Başka bir ihlâlin meydana gelmesinden endişe edildiği takdirde, malik, bunun önlenmesi için dava açabilir. (2) Malikin buna katlanmakla yükümlü olması halinde, söz konusu hak ileri sürülemez. ((1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist)".

⁴⁹ Harald Herrmann, 'Die Rückrufhaftung des Produzenten' (1985) (H. 28) BB 1801, 1805; Ulrich Foerste, 'Zur Rückrufpflicht nach § 823 BGB und § 9 ProdSG - Wunsch und Wirklichkeit' (1999) (H. 43) DB 2199, 2200.

⁵⁰ Schwenzer and Schmidt (n 5) 249.

çağırmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bunun, ürünün neden olduğu zararları tazmin etme yükümlülüğünün bir parçası olup olmadığı hususu ise hatanın türüne bağlıdır. İsviçre’de de söz konusu yükümlülük üreticinin ürün gözetim yükümlülüğünün sonucu gereği tepki verme yükümlülüğü (Reaktionspflicht) olarak Art. 55/I OR hükmü ile gerekçelendirilebilir. Bu konu İsviçre’de henüz yargı kararına konu olmasa da, Ürün Güvenliği Kanunu (PrSG)’nda açıkça bu tür bir özel hukuk yükümlülüğünün varlığı öngörülmektedir.⁵¹

Burada İsviçre Hukuku’ndaki yasal düzenlemeden ana hatlarıyla bahsedilebilir. Art. 10/III, b. b PrSG gereğince, yetkili makam, bir ürünün tehlikeleri konusunda uyarıda bulunabilir, ürünün geri alınmasını veya geri çağırılmasını emredebilir ya da kullanıcıların veya üçüncü kişilerin güvenliği veya sağlığının korunması için gerekli olursa bunu kendisi gerçekleştirebilir (*“Ist es zum Schutz der Sicherheit oder Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter erforderlich, so kann das Vollzugsorgan insbesondere: b. die Warnung vor den Gefahren eines Produkts, seine Rücknahme oder seinen Rückruf anordnen und nötigenfalls selbst vollziehen;”*). Söz konusu hüküm, 3 Aralık 2001 tarihli, 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi m. 8/I, b. f⁵² hükmüne dayanmakta olup, İsviçre Hukuku’ndaki ürün güvenliği standartlarının Avrupa Birliği standartlarına uyumlaştırılmasına hizmet etmektedir.⁵³

Geri çağırmaya özgü olmamakla birlikte Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda ve Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’nde söz konusu kavramın öngörüldüğünden daha önce bahsedilmiştir. Türk kanun koyucusu geri çağırmaya ilişkin daha başka hükümler de öngörmektedir. Bunlardan ilki söz

⁵¹ Schmidt (n 5) 18 vd.

⁵² Söz konusu hükme göre, *“Bu Direktifin amaçları doğrultusunda ve özellikle 6. maddesi uyarınca, üye devletlerin yetkili makamları, uygun olduğu hallerde, aşağıda (a) ve (b) ile (f) bentlerinde belirtilen tedbirleri, diğer tedbirlerin yanı sıra almaya yetkilidir: (f) Halihazırda piyasada bulunan tehlikeli ürünler için: (i) ürünün fiilen ve derhal piyasadan çekilmesini emretmek veya organize etmek ve tüketicileri ürünün oluşturduğu riskler konusunda uyarmak; (ii) tüketicilerden geri çağırılmasını ve uygun koşullarda imha edilmesini emretmek veya koordine etmek veya uygun olduğu takdirde üreticiler ve dağıtıcılarla birlikte organize etmek. (For the purposes of this Directive, and in particular of Article 6 thereof, the competent authorities of the Member States shall be entitled to take, inter alia, the measures in (a) and in (b) to (f) below, where appropriate: (f) for any dangerous product already on the market: (i) to order or organise its actual and immediate withdrawal, and alert consumers to the risks it presents; (ii) to order or coordinate or, if appropriate, to organise together with producers and distributors its recall from consumers and its destruction in suitable conditions)”*.

⁵³ Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz, BBl 2008, s. 7429.

konusu Kanun'un "İmalatçının yükümlülükleri" başlıklı m. 7 hükmüdür. ÜGTDK m. 7/1, b. h hükmüne göre, imalatçı, "piyasaya arz etmiş olduğu bir ürünün uygun olmadığını öğrendiği veya bilmesinin gerektiği hallerde ürünü uygun duruma getirmek ve gerektiğinde ürünün piyasaya arzını durdurmak, ürünü piyasadan çekmek veya geri çağırmak için gerekli düzeltici önlemleri ivedilikle alır. Ürünün risk taşıdığı durumlarda özellikle sağlık ve güvenlik bakımından risk teşkil eden hususlar ile alınan düzeltici önlemler ve sonuçları hakkında ayrıntılı bir şekilde ve ivedilikle yetkili kuruluşu bilgilendirir". Aynı Kanun'da "İthalatçının yükümlülükleri" başlıklı 9. maddesinde de geri çağırma bahsedilmektedir. ÜGTDK m. 9/1, b. g'ye göre ithalatçı, "piyasaya arz etmiş olduğu bir ürünün uygun olmadığını öğrendiği veya bilmesinin gerektiği hallerde ürünü uygun duruma getirmek ve gerektiğinde ürünün piyasaya arzını durdurmak, ürünü piyasadan çekmek veya geri çağırmak için gerekli düzeltici önlemleri ivedilikle alır. Ürünün risk taşıdığı durumlarda özellikle sağlık ve güvenlik bakımından risk teşkil eden hususlar ile alınan düzeltici önlemler ve sonuçları hakkında ayrıntılı bir şekilde ve ivedilikle yetkili kuruluşu bilgilendirir". Yine aynı Kanun'da "Dağıtıcının yükümlülükleri" başlıklı 10. maddede geri çağırma ifadesi geçmektedir. ÜGTDK m. 10/1, b. ç'ye göre dağıtıcı "piyasada bulundurduğu ürünün uygun olmadığını öğrendiği veya bilmesinin gerektiği hallerde, ürünü uygun duruma getirmek, piyasadan çekmek veya geri çağırmak için gerekli düzeltici önlemlerin imalatçı veya ithalatçı tarafından alındığını teyit eder ve ürünün risk taşıdığı durumlarda imalatçı veya ithalatçıyı ve özellikle sağlık ve güvenlik bakımından risk teşkil eden hususlar ile alınan düzeltici önlemler ve sonuçları hakkında yetkili kuruluşu ivedilikle bilgilendirir".

Kanun'da imalatçı (üretici), ithalatçı ve dağıtıcının yükümlülükleri kapsamında sayıldıktan sonra geri çağırmaya ilişkin "Ürünün geri çağırılması" başlıklı ayrı bir hükme (ÜGTDK m. 19) de yer verilmiştir. Buna göre, "(1) Alınan diğer önlemlerin riskin ortadan kaldırılmasında yetersiz kalması durumunda iktisadi işletmeci, kendiliğinden veya yetkili kuruluşun⁵⁴ talebi üzerine ürünü geri çağırır. (2) İktisadi işletmeci geri çağırma önlemini, 18 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilenlere aşağıdaki bilgileri de ekleyerek duyurur: a) Ürünün teslim alınacağı veya onarılacağı adres ve irtibat noktaları b) Nihai kullanıcıya sunulan teklif ve seçenekler (3) İktisadi işletmeci ürünü teslim eden nihai kullanıcıya aşağıdaki seçeneklerden en az birini sunar: a) Ürünün geri çağırılmasına yol açan sorunun

⁵⁴ ÜGTDK m. 3, b. ş hükmüne göre "yetkili kuruluş: ürünlere ilişkin teknik düzenlemeleri hazırlayan, yürüten veya ürünleri denetleyen kamu kuruluşunu" ifade eder.

giderilmesi b) Ürünün teslim tarihindeki perakende satış değerinin ödenmesi c) Ürünün, teknik düzenlemesine uygun, güvenli ve eş değer bir ürünle değiştirilmesi (4) Ürünün geri çağırılmasıyla ilgili tüm masraflar ürünü geri çağırarak iktisadi işletmeci tarafından üstlenilir. İktisadi işletmeci, nihai kullanıcıya ek bir maliyet yüklemekten nihai kullanıcının ürünü zamanında ve kolaylıkla teslim edebilmesi için gerekli koşulları sağlamak zorundadır". Böylece Türk Hukuku'nda geri çağırma ile ilgili tüm masrafların ürünü geri çağırarak iktisadî işletmeci tarafından yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. ÜGTDK m. 20/I, b. e hükmünde söz konusu hükme aykırılığın kamu hukuku kapsamındaki yaptırımını öngörülmektedir. Buna göre ÜGTDK m. 19'un ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket edenlere (1.1.2026'dan itibaren) 60.830 Türk lirasından 608.307 Türk lirasına kadar idarî para cezası uygulanır.

Ne var ki yukarıdaki düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere Türk-İsviçre Hukuku'nda geri çağırma yükümlülüğü daha ziyade kamu hukuku bağlamında ele alınmaktadır.⁵⁵ Üreticinin veya dağıtım zincirindeki başka bir kimsenin özel hukuk anlamında geri çağırma yükümlülüğünün olup olmadığı meselesi ise çoğunlukla göz ardı edilmektedir. Oysa Alman doktrininde 1970'lerden itibaren geri çağırma yükümlülüğü özel hukuk bağlamında da incelenmekte ve çeşitli kararlara konu olmaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla çalışmanın devamında önce Almanya'daki yargı kararları ele alınmış ve sonra geri çağırma yükümlülüğü konusundaki tartışmanın Türk-İsviçre Hukuku'nda kabul edilmesinin gerekip gerekmediği değerlendirilmiştir.

III. Alman Yargı Kararlarında Geri Çağırma Yükümlülüğü

A. 2000 Yılından Önceki İçtihatlar

Geri çağırma konusundaki en eski yaklaşım, Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG)'nin bir kararından⁵⁷ kaynaklanmaktadır. Söz konusu kararda üreticinin tasarım veya üretim yükümlülüklerini (Konstruktions- oder Fabrikationspflichten) ihlâl etmesinden dolayı (ismen belirtilmese de) geri çağırma yükümlülüğünün bunun bir telafisi olarak ortaya çıktığı ve söz konusu yükümlü-

⁵⁵ Alman Hukuku'nda aynı yönde bir çalışma için bkz. Lege (n 47) 1 vd.

⁵⁶ Ayrıca bkz. Uwe Diederichsen, 'Wohin treibt die Produzentenhaftung?' (1978) 31 (27) NJW 1281, 1281 vd.

⁵⁷ OLG Stuttgart, NJW 1967, 572-573.

lüğün ancak buna müteakbil bir hatanın varlığı halinde bulunabileceği kabul edilmiştir.

Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi, 1985 yılında süt soğutma tesisleri ile ilgili bir kararında⁵⁸ meseleye ilişkin içtihatla bulunmuştur. Somut olayda davalı, davacıya bir karıştırıcıyı kapatma sistemine monte edilen elektrolitik kondansatörler teslim etmiştir. Davacı, kondansatörlerdeki kısa devrelerin termostatların arızalanmasına ve bunun da karıştırıcı motorlarının zamanında kapanmamasına neden olduğunu iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, ayıp alıcının bütünlük menfaatine ilişkin ciddi bir zarar tehlikesi oluşturmadığı gerekçesiyle, son üreticinin kondansatörlerin tedarikçisi ve üreticisine karşı yönelttiği geri çağırmaya ilişkin masrafların tazmin edilmesi talebini reddetmiştir. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi de benzer bir gerekçeden hareketle içtihatla bulunmuştur.⁵⁹ Söz konusu uyuşmazlık konusu, raylı araçlarda kullanılan, basınçla çalışan bir fren sistemidir. Bu sistemde, fren basıncının elektronik olarak kontrol edilmesi için davalılar tarafından üretilen, fakat ayıplı olan basınç ölçüm hücreleri kullanılmıştır. Yüksek Eyalet Mahkemesi, basınç ölçüm hücresinin arızalanmasının fren sisteminin tamamının arızalanmasına yol açmadığı için son kullanıcıların veya üçüncü kimselerin bütünlük menfaatinin tehlikeye girmediğini değerlendirmiştir. Her iki karardan çıkan sonuç, bütünlük menfaati etkilenmedikçe, üreticinin haksız fiil sorumluluğundan da söz edilemeyeceğidir.

Daha sonra Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından oldukça ilgi çeken olan davlumbaz kararı (Dunstabzugshauben-Entscheidung)⁶⁰ verilmiştir. Somut olayda mutfak davlumbazlarının son üreticisi, davlumbazlar için elektronik kontrol sistemleri geliştirme ve bunların tedariki konusunda uzman olan davalıdan söz konusu sistemdeki tasarım hatası nedeniyle üçüncü kişilerin mutfaklarında yangına neden olduğu gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmuştur. Ardından mutfak davlumbazlarının son üreticisi olan davacı, kapsamlı bir geri çağırma ve değiştirme işlemi gerçekleştirmiştir. Söz konusu dava, oy çokluğuyla kabul edilmiştir. Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi, davacının sadece § 823/I BGB uyarınca müşterilerinin ve üçüncü kimselerin uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olmadığını; aynı zamanda vücut bütünlüğü ihlâline veya can kaybına yol açabilecek daha başka zararları da önlemek için bir geri çağırma

⁵⁸ OLG Karlsruhe, VersR 1986, 1125 vd.

⁵⁹ OLG München, VersR 1992, 1135 vd.

⁶⁰ OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 594 vd.

işlemi gerçekleştirmesi gerektiğini benimsemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, davalının da buna benzer bir işlem gerçekleştirmesi beklenir. Dolayısıyla § 426, 840/I BGB uyarınca, son üretici ile tedarikçi arasında müteselsil sorumluluk esasının benimsenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁶¹

Söz konusu yaklaşım tarzı, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin verdiği karara istinaden Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) temyiz başvurusunu yine kabul etmemesiyle daha da pekişmiştir.⁶² Somut olayda son üretici, tedarikçinin plastik küresel yataklarını, motorlu taşıtların motor gücünü elektronik olarak kontrol eden bir hız sabitleme sistemine monte etmiştir. Düsseldorf Yüksek Mahkemesi, geri çağırma eyleminin, nihai alıcıların mülkiyetine yönelik somut olarak var olan veya tipik olarak beklenen bir zarar tehlikesini önlemeye hizmet etmesi halinde, bunun makul bir önlem olarak alınması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Diğer taraf-tan Yüksek Mahkeme'ye göre, somut olayda böyle bir durumdan bahsedilemez.

Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin bir kararı⁶³ da burada belirtilmelidir. Somut olayda gazlı ısıtıcı üreticisi olan davacı bu ısıtıcılara davalının tedarik ettiği plastik kapakları takmaktadır. Temmuz 1994'te çıkan yangının ısıtıcılardan kaynaklandığı ve davalı tarafından Mart ve Mayıs 1994'teki teslimatlarda yanlış (alev korumalı olmayan) malzeme kullanıldığı belirlenmiştir. Gazlı ısıtıcıların üreticisi olan davacı, bunun üzerine karavan müşterilerine yönelik geri çağırma işlemi gerçekleştirmiş olup, davalıdan da söz konusu masrafların tazminini § 670 BGB uyarınca talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, ısıtıcıların güvenlik eksikliklerinin yangına neden olabileceği ve bu nedenle ürün kullanıcılarının ve üçüncü kimselerin can güvenliği için risk oluşturduğu gerekçesiyle bu talebin haklı olduğuna karar vermiştir.

Sonuçta vücut bütünlüğü ve hayata yönelik somut tehlikenin varlığı halinde bunun ortadan kaldırılması gerektiğine yönelik içtihat uygulamada yerleşmiştir.⁶⁴ Bu durumun son üreticinin ve aynı zamanda tedarikçinin sorumluluk alanından kaynaklanması halinde, her ikisi de ürünlerin kullanıcıları veya üçüncü kimselere yönelik olarak ücretsiz, genellikle geri çağırma olarak adlandırılan bir değiştirme işleminden müteselsilen sorumlu kabul edilmiştir.⁶⁵

⁶¹ Lenz, *Produkthaftung* (n 5) 276.

⁶² OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344 vd.; BGH vom 28.1.1997, VI ZR 233/96.

⁶³ OLG München, NJW-RR 1999, 1657 vd.; BGH vom 27.5.1999, III ZR 103/98.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. OLG Nürnberg, VersR 1999, 1297 vd.

⁶⁵ Lenz, *Produkthaftung* (n 5) 277.

B. 2000 Yılından Sonraki İçtihatlar

Alman Federal Mahkemesi, bir ilke kararı niteliğindeki hava yastığı kararında (Airbag-Entscheidung)⁶⁶ üreticinin yükümlülüklerinin kapsamı, özellikle tehlikeli ürünlerin tasarımından kaynaklanan yükümlülük ile talimat verme yükümlülüğü hakkında önemli açıklamalarda bulunmuştur. Bunun gibi, Federal Mahkeme'nin 17.03.2009 tarihli Vişneli Çörek Kararı (Kirschtaler-Urteil)⁶⁷ da üreticinin yükümlülüklerinin sınırlarının belirlenmesinde önemli katkılar sağlamıştır. Somut olayda davacı, davalı fırının ürettiği vişne dolgulu çöreği yerken içindeki vişne çekirdeğini ısırmış ve dişi kısmen kırılmıştır. Bunun üzerine, fırın sahibi aleyhine tazminat talebinde bulunmuştur. Ayrıca tedarikçinin üretim hataları için son üreticinin sorumluluğuna ilişkin Alman Federal Mahkemesi'nin 26.1.2010 tarihli kararı⁶⁸ da burada ifade edilmelidir. Bu kararla Federal Mahkeme, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Böylece son üretici tanınmış bir tedarikçi firmadan satın almış ve nitelikleri yeterince temin eden bir anlaşma yapmışsa, onun inceleme gereğinin daha az olduğu kabul edilmiştir. Son üretici bakımından bu tarz tedarikçiden kaynaklı üretim hataları istisnai olup kusuru bulunmadığı için sorumlu tutulamaz.⁶⁹

Çalışma konusu bakımından esas önem arz eden kararlardan biri ise Alman Federal Mahkemesi'nin 16.12.2008 tarihli bakım yatakları kararıdır (Pflegebetten-Entscheidung).⁷⁰ Zira Federal Mahkeme tarafından ilk defa söz konusu karar sayesinde geri çağırma yükümlülüğü esaslı bir biçimde değerlendirilmiştir. Somut olayda yasal bakım sigortası kurumu olan davacı, davalının ürettiği elektrikli ayarlanabilir bakım yataklarını çeşitli tıbbi malzeme mağazalarından satın almış ve bunları evde bakımı gereken hastalara sağlamıştır. Ancak söz konusu yatakların e-motorları, yukarıdan gelen su damlamalarına karşı tamamen yalıtılmadığından kısa devre tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır. Tıbbi ürünlerden sorumlu yetkililer yatakların mevcut güvenlik riskleri konusunda uyarıda bulunmasına ve yenileme masraflarını talep etmesine rağmen diğer tüm bakım yatağı üreticilerinde olduğu

⁶⁶ BGH NJW 2009, 2952 vd. Söz konusu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Klindt and Boris Handorn, 'Haftung eines Herstellers für Konstruktions- und Instruktionsfehler' (2010) NJW 1105, 1105 vd.

⁶⁷ BGH NJW 2009, 1669.

⁶⁸ Söz konusu karar için bkz. BeckRS 2010, 05571.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. NJW-RR 2011, 1240.

⁷⁰ NJW, 2009, 1080. Söz konusu karar hakkında ayrıca bkz. Tobias Bomsdorf, 'Anmerkungen zum „Pflegebetten“-Urteil' (2009) FD-HGR 275573.

üzere davalı da bunu karşılamayı reddetmiştir. Bunun üzerine davacı kurum hastaların hayatını tehlikeye atan yatakları bizzat yeniletip masrafların davalı üretici tarafından karşılanmasını talep etmiştir. Bielefeld Yerel Mahkemesi ve Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi davayı reddetmiştir.⁷¹

Davacının temyiz başvurusu da başarısız olmuştur. Zira taraflar arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunmamaktadır. Üstelik davalı, haksız fiil hukuku açısından bakım yataklarını kendi masraflarıyla yenilemekle yükümlü de değildir. Federal Mahkeme'ye göre, üreticinin güvenlik yükümlülükleri, ürünün piyasaya sürülmesiyle sona ermez. Üretici ürününün yaratabileceği tehlikeleri önlemek için somut olayın şartlarına göre makul olan her şeyi yapmakla yükümlüdür. Bu kapsamda üreticinin uyarı yükümlülüğü doğabilir. Söz konusu yükümlülüğün içeriği, kapsamı ve zamanı, özellikle tehlikeye maruz kalan hukukî değere ve tehlikenin büyüklüğüne bağlıdır. Güvenlik yükümlülükleri, uyarıdan da öteye gidebilir. Meselâ uyarı yeterince açık ve ayrıntılı olsa bile, ürün kullanıcılarının tehlikeyi yeterince fark edememesi ve davranışlarını buna göre ayarlayamaması ihtimali varsa durum böyledir. Bu, kullanıcıların uyarıyı bilinçli de olsa göz ardı edecekleri varsayımında da geçerli olabilir. Yüksek Mahkeme'ye göre haksız fiil hukuku açısından, üreticinin sadece piyasada bulunan ürünleri geri çağırarak kalmayıp, mevcut güvenlik riskini masraflarını bizzat üstlenerek ortadan kaldırmak gibi daha kapsamlı bir yükümlülüğü vardır. Ancak bunun için, kullanıcıların veya üçüncü kişilerin § 823/I BGB hükmü ile korunan menfaatlerine yönelik ürün tehlikesini etkili bir şekilde önlemek üzere somut olayda söz konusu önlemin gerekli olması şarttır. Tehlikeyi önleme yükümlülüklerinin ne kadar kapsamlı olacağı hususu ancak somut olayın tüm şartları göz önünde bulundurularak değerlendirilebilir. Federal Mahkeme, bakım yatakları kararında, davalının haksız fiil hukukundan doğan, bakım yataklarını kendi masraflarıyla yenileme yükümlülüğünün varlığını reddetmiştir. Kısaca gerekçe somut olayda üreticinin bakım yataklarını geri çağırma yükümlülüğü bulunmaması, sadece bunların tehlikeli olduğu konusunda uyarıda bulunmakla yükümlü olmasıdır.⁷²

Teknik standartlardaki ağırlaştırmanın genel bir yenileme yükümlülüğü doğurmayacağına ilişkin Alman Federal Mahkemesi'nin 2.3.2010 tarihli kararın-

⁷¹ OLG Hamm, BB 2007, 2367 vd.

⁷² Söz konusu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Boris Handorn, 'Die „Pflegebetten“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs - neue Leitlinien zur Kostentragung bei Produktrückrufen' (2009) MPR 37, 37 vd.; Lenz, *Produkthaftung* (n 5) 286-287; Schwenger and Schmidt (n 5) 245.

dan⁷³ da bahsedilebilir. Somut olayda müşteri, bir banka binasındaki otomatik cam kapılardan çıkarken, kapının aniden kapandığını ve elinin yaralandığını ileri sürmüştür. Ancak cam kapı, piyasaya sürülüp monte edildiği tarihte geçerli olan teknik güvenlik gerekliliklerine uygun olmakla birlikte söz konusu gereklilikler daha sonra (kazadan önce) ağırlaştırılmıştır. Üreticinin artık bilim ve teknik standartlara uygun düşmeyen ürünleri yenilemekle yükümlü olup olmadığı sorusuna ilişkin olarak Federal Mahkeme, teknik standartlardaki her artışın yenileme yükümlülüğünü doğurmayacağını belirtmiştir. Ürünle ilgili güvenliği sağlama yükümlülüğü, sadece en son bilimsel ve teknik bilgilere göre belirlenmez. Burada ölçüt, tehlike kaynağının türüdür. Başka bir deyişle tehlike ve bunun muhtemel sonuçlar ne kadar büyükse, yeni güvenlik standartlarına uyum sağlanması da o kadar gereklidir. Tehlikenin gerçekleşmesinin ancak istisnai olduğu hallerde ise üretici değil, zarar gören taraf zarara katlanmalıdır. Somut olayda da üreticinin yenileme yükümlülüğünden bahsedilemez.

Alman Federal Mahkemesi'nin 13.07.2010 tarihli defibrilatör kararı (Defibrillator-Entscheidung)⁷⁴ da burada bahsedilmeye değerdir. Somut olayda kalp ritmi düzenli olmayan bir hasta kendisine defibrilatör taktırmıştır. Sonrasında ise üretici, doktorlara cihazla ilgili sorunlar olduğunu ve hastaya takılan tipteki defibrilatörün, tedarik edilen ayıplı bir parça nedeniyle kısa devre yapması sonucu arızalandığını bildirmiştir. Hasta, cihazın değiştirilmesine karar vermiştir. Masrafları karşılayan sağlık sigortası şirketi, Amerikalı üreticinin yerine geçen Alman dağıtım şirketinden tazminat talebinde bulunmuştur. Federal Mahkeme tarafından alt derece mahkemesinin kararı bozulmuş olup, defibrilatörlerle ilgili haklı güvenlik beklentileri önceki aşamalarda tespit edilmediği için bu konuda bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

IV. Geri Çağırma Yükümlülüğü İçin Aranan Kriterler

Hâkim görüşe göre üreticinin geri çağırma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususu kamu hukukundan hareketle orantılılık ilkesine (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) göre değerlendirilir.⁷⁵ Bu değerlendirme yapılırken

⁷³ NJW 2010, 1967.

⁷⁴ VersR 2010, 1666 vd.

⁷⁵ Thomas Alexander Beck, *Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht* (Köhler-Druck 2002) 22; Robert Koch, '«Mängelbeseitigungsansprüche» nach den Grundsätzen der Produzenten-/Produkthaftung' (2003) Bd. 203 (H. 4) AcP 603, 606; Philipp Reusch, 'Der Pflegebettenfall des Bundesgerichtshofs und die Auswirkungen auf das Geräte- und Produktsicherheitsge-

uygunluk (Geeignetheit), gereklilik (Erforderlichkeit) ve makul olma (Zumutbarkeit) şeklinde üç kriter göz önünde bulundurulur. Söz konusu kriterleri birbirinden ayırt etmek her zaman kolay değildir.⁷⁶

İlk olarak uygunluk kriteri hakkında Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir iç-tihadı⁷⁷ yol göstericidir. Buna göre, amacın gerçekleşmesi için gerekli olan her türlü önlem uygunluk kriterini sağlar. Demek ki ürün tehlikelerine ilişkin uyarılar ve ürün geri çağırma işlemleri, esas itibarıyla bütünlük menfaatlerinin korunması için uygundur. Çünkü söz konusu menfaatlere aykırılık ihtimalini azaltırlar. Tehlikeli mallar son tüketiciye ulaştıktan sonra güvenliğin mutlak surette sağlanamayacağı gerçeği ise uygunluk kriteri bakımından önemli değildir.⁷⁸

İkinci olarak daha hafif bir önlem olarak hedefe ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde bunun gerekli olduğundan bahsedilir. Gereklilik kriterinden hareketle geri çağırma yükümlülüğü ile uyarı yükümlülüğü arasındaki ilişki hakkında değerlendirmede bulunulabilir. Yapılacak uyarı tehlike altındaki kişinin bütünlük menfaatlerini en az üreticinin ürünü geri çağırması kadar iyi korumalıdır. Üstelik uyarı önlemi geri çağırmaya nazaran daha az yük oluşturmalıdır. Aksi takdirde geri çağırmanın gerekli olduğundan bahsedilebilir.⁷⁹

Gereklilik kriteri, Federal Yüksek Mahkeme'nin geri çağırma yükümlülüğünü medenî hukuk bağlamında ele aldığı ilk kararından⁸⁰ itibaren ön plana çıkmaktadır. Söz konusu somut olayda geri çağırmaya gerek olmadığı, uyarının yeterli olacağı ifade edilmiştir. Çalışma kapsamında ayrıntılı olarak açıklandığı için burada tekrar değinilmemiştir.

Gereklilik kriteri bakımından uyarının geri çağırmaya eş değer sayıldığı bazı istisnalar söz konusu olabilir. Başka bir deyişle muhtemel bir uyarıya da tıpkı geri çağırmada olduğu kadar uyulacağının varsayılabilceği istisnaî durumlar

setz' (2009) StoffR 205, 207; Kreidt (n 35) 169, 184; Andreas Droste, *Der Regress des Herstellers gegen den Zulieferanten* (Bonn 1994) 16 vd.; Lutz Michalski, 'Produktbeobachtung und Rückruffpflicht des Produzenten' (1998) (H. 19) BB 961, 965; Michael Molitoris, '«Kehrtwende» des BGH bei Produktrück rufen? - Keine generelle Verpflichtung zur kostenfreien Nachrüstung/Reparatur von mit sicherheitsrelevanter Fehlfunktion behafteten Produkten' (2009) (H. 15) NJW 1049, 1052; Schwenzer (n 35) 1062.

⁷⁶ Schmidt (n 5) 47.

⁷⁷ BVerfG, 10.04.1997, BVerfGE 96, 10, 23.

⁷⁸ Schmidt (n 5) 48; Bodewig (n 17) 215.

⁷⁹ Schmidt (n 5) 48-49; Rettenbeck (n 18) 69.

⁸⁰ BGH, 16.12.2008, NJW 2009, 1080 vd.

düşünülebilir. Bu kapsamda talimat hatasının (Instruktionsfehler)⁸¹ varlığı halinde, genellikle uyarı da geri çağırma kadar tehlikeyi önlemeye elverişlidir. Talimat hatası, ürün hatasız bir şekilde tasarlanmış ve üretilmiş olmasına rağmen, üreticinin ürün kullanıcılarını kullanımdan kaynaklanabilecek tehlikeler konusunda yeterince bilgilendirmemiş olması durumunda söz konusudur.⁸² İkinci istisna sonraki talimat hatalarıdır. Burada ürün piyasaya sürüldüğü anda tehlikeli olduğu tespit edilememiş olup gelişim riski mevcuttur; ancak tehlike başlangıçta anlaşılabilir olsaydı gerekli güvenliği sağlamak için bir talimatın yeterli olacağı durumlar söz konusudur. İşte geri çağırma gerekliliği istisnaen ilgili ürünlerin piyasaya sürüldüğü anda veya gelişim riskinin fark edildiği anda bir talimat hatası varsa ortadan kalkar. Diğer tüm durumlarda, yani tasarım veya üretim (fabrikasyon) hatasının (Konstruktions- oder Fabrikationsfehler) varlığı halinde geri çağırmaya kıyasla uyarı ya aynı derecede uygun değildir ya da daha hafif bir önlem değildir; geri çağırma gerekli olmaya devam eder.⁸³

Bir üründen kaynaklanan tehlike, tasarım veya üretim hatasından ya da gelişim riskinden (Entwicklungsrisiko)⁸⁴ kaynaklanırsa, üreticinin geri çağırma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Ancak, böyle bir yükümlülüğün diğer bir şartı da geri çağırmanın üretici için makul olmasıdır. Bunun tespiti için kapsamlı bir menfaat değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Bu noktada geri çağırma yükümlülüğünün üreticiye getirdiği yükün, bu yükümlülükle elde edilen koruma ile orantılı olup olmadığı sorusuna cevap verilmelidir. Burada amaç her bir üreticiyi bireysel performansına göre yükümlülük altına sokmak değil, ürün risklerinin kullanıcı ile üretici arasında makul bir şekilde dağıtılmasını sağlamaktır.⁸⁵ Bu

⁸¹ Üreticinin sorumluluğunda başlıca dört hata türünden söz edilebileceği, bunların fabrikasyon hatalar (Fabrikationsfehler), yapım-bileşim hataları (Konstruktionsfehler), ürünün kullanılmasıyla ilgili uyarı hataları (Instruktionsfehler) ve gelişim hataları (Entwicklungsfehler) olduğu, bunlara ürünü gözleme hatasının (Produktbeobachtungsfehler) da eklenebileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu (n 11) 28 vd.; Gökhan Ünlen, *Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu* (Yetkin 2025) 220 vd.

⁸² Schmidt (n 5) 56.

⁸³ Schmidt (n 5) 56, 62.

⁸⁴ Gelişim riskinin, malzeme, araç ya da güç kullanımı gerektiren bir faaliyetin henüz başında tespit edilememiş olan tehlikeyi ifade ettiği hakkında bkz. Erdem Büyüksağış, 'Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler' (2006) 8 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 13. Gelişim riskinin de geri çağırma yükümlülüğüne yol açabileceğine yönelik hâkim görüş için bkz. Pieper (n 34) 988; Beck, *Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht* (n 75) 28 vd.; Rettenbeck (n 18) 72 vd.

⁸⁵ Benzer görüş için bkz. Rolf Otto Seeling, *Die „Rückrufpflicht“ des Warenherstellers* (Dissertation, Universität Würzburg 1993) 77.

değerlendirme kapsamında çok sayıda faktör rol oynayabilir. Meselâ tehlike altındaki hukukî menfaat ve muhtemel ihlâlin ağırlığı, üretici ve ilgililer bakımından tehlikeyi bertaraf etmenin maliyeti, ürünün yaşam döngüsünde hatanın keşfedildiği an, muhtemel hasarın boyutu, tehlike önleme tedbirlerinin üreticinin imajı, itibarı ve rekabeti üzerindeki etkisi, ürünün sosyal yararı, ilgililerin korunma ihtiyacı, üreticinin ürünü piyasaya sürdüğü andaki kusuru, tehlikenin gerçekleşme ihtimali ve potansiyel olarak etkilenenlerin sayısı bu kapsamda sayılan faktörlerdir.⁸⁶ Gerçekten insanların hayatı ve vücut bütünlüğü tehlikeye girdiğinde geri çağırma yükümlülüğünün makul kabul edilme eğilimi artarken; salt malvarlığının tehlikeye girmesi halinde makul olup olmadığı hususuna temkinli yaklaşılmalıdır. Sadece malvarlığının tehlikede olması veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlikenin çok düşük kalması durumunda, ortaya çıkaracağı maliyete nazaran büyük bir orantısızlığa yol açacağı için kapsamlı bir geri çağırma yükümlülüğünün bulunmadığı ileri sürülebilir.⁸⁷

Ayrıca zarar ihtimali ve muhtemel zararın boyutu ne kadar büyükse geri çağırma yükümlülüğü de o kadar makul kabul edilmektedir.⁸⁸ Etkilenen kişi gruplarının, özellikle de çocukların korunmaya muhtaç olması da aynı sonuca yol açmaktadır.⁸⁹

Sonuç olarak üreticinin geri çağırma yükümlülüğü başlangıçtaki veya sonraki talimat hatasının varlığı halinde, gereklilikten yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilebilir. Özellikle tasarım ve üretim hataları olmak üzere diğer hata kategorileri bakımından ise geri çağırma yükümlülüğü genel itibarıyla reddedilemez.⁹⁰ Bunun yerine her bir somut olayda makul olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Makul olup olmadığını belirleyen faktörler arasında özellikle kişilerin tehlikeye maruz kalması, üçüncü kişilerin tehlikeye maruz kalması ile başlangıçtaki tasarım veya üretim hatasının varlığı sayılabilir. Oysa tasarım veya talimat hatası şeklindeki bir gelişim riskinin varlığı, salt malvarlığının tehlikeye

⁸⁶ Rettenbeck (n 18) 72 vd.; Bodewig (n 17) 216 vd.

⁸⁷ Schmidt (n 5) 103.

⁸⁸ Bodewig (n 17) 217 vd.

⁸⁹ Bodewig (n 17) 228; Beck, *Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht* (n 75) 24; Andreas Tamme, *Rückruffkosten* (VfW 1996) 90 vd.

⁹⁰ Hatta bir görüşe göre ürün piyasaya sürüldüğünde tasarım veya üretim hatasının bulunması halinde daima geri çağırma yükümlülüğünün de varlığı kabul edilmelidir. Bkz. Beck (n 75) 26. Salt bu tarz hataların varlığının geri çağırma yükümlülüğünü kabul etmek için olmayacağına yönelik görüş için bkz. BGH, 16.12.2008, NJW 2009, 1081, E. 11 vd.

atılması veya etkilenen kişilerin kendini koruma imkânları gibi hususlar makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmede önem arz etmez. Yüksek geri çağırma maliyetleri ise salt malvarlığının tehlikeye atılması halinde veya sağlık ya da vücut bütünlüğü çok hafif şekilde tehlikeye atılmasına rağmen söz konusu yükümlülüğün aşırı orantısızlığa yol açması durumunda makullüğü ortadan kaldırılabılır. Ciddi şahıs varlığı tehlikesinin varlığı halinde ise geri çağırma yükümlülüğü her hâlükârda makul sayılır.⁹¹

V. Geri Çağırma Yükümlülüğünün İçeriği

Geri çağırma yükümlülüğünün içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır. Bu kapsamda, ürünün kullanıcının elinden alınmasından, yeni bir ürünle ücretsiz olarak değiştirilmesine kadar uzanan çeşitli önlemleri kapsadığı ileri sürülmektedir.

Geri çağırma yükümlülüğünün içeriğinin belirlenmesi hususunda kullanıcıların işbirliği önemli bir role sahiptir. Tehlikeyi ortadan kaldırmak üzere teklifte bulunmaya yönelik olan tehlikeyi önleme yükümlülüğünün (Gefahrenabwehrpflicht) bir gereği olarak üretici tehlikeyi önlemenin etkinliğini doğrudan kontrol edemez; kullanıcıları ürünlerini iade etmeye zorlayamaz. Üretici kullanıcılara sunduğu geri çağırma önerisini mümkün olduğunca cazip hale getirerek dolaylı yoldan buna etki edebilir.⁹² Meselâ ürünün ücretli olarak imha edilmesine yönelik, ürünü geri alma teklifinden ibaret bir öneriye nazaran ürünün ücretsiz değiştirilmesine yönelik bir önerinin daha cazip olacağı aşıkardır.

Üreticinin onarım ya da değişim yoluyla hatadan ari bir ürün sağlaması halinde kullanıcının beklediği menfaat karşılanmış olur. Ama bir görüşe göre geri çağırma yükümlülüğünün içeriği onarım veya değişim ya da donatım (Nachrüstung)⁹³ yoluyla hatasız bir ürün sunmak olamaz.⁹⁴ Oysa hâkim görüşe göre ona-

⁹¹ Schmidt (n 5) 87-88.

⁹² Bodewig (n 17) 281; Seeling (n 84) 79; Christian Kettler, 'Renaissance der Rückrufkostendiskussion: Ist die Rückrufpflicht mit kostenloser Reparatur ein - teurer - Irrtum?' (2008) (H. 2) Phi 52, 57; Götz Krutein, 'Warn-, Rückruf- und Rückholaktionen' (1985) DAR 33, 35 vd.

⁹³ Donatım (Nachrüstung), mevcut bir ürüne sonradan bazı unsurların eklenmesi anlamına gelir <<https://www.dwds.de/wb/Nachr%C3%BCstung>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2026.

⁹⁴ Aksi takdirde ayıptan sorumluluktaki zamaşımı kuralları dolanılmış ve âdeta bir haksız fiil tekeffülü (sorumluluğu) yaratılmış olur ki bu konuda yetki yasama organına aittir OLG Düsseldorf, 31.05.1996, NJW-RR 1997, 1344, 134; Pieper (n 34) 992; Gert Brüggemeier, 'Produkthaftung und Produktsicherheit' (1988) (152) ZHR 511, 526.

rım, değişim veya donatım yoluyla hatasız bir ürünün sunulması geri çağırma yükümlülüğünün içeriğine dâhildir. Bu tür önlemler, üründen kaynaklanan tehlikeyi bertaraf etmek için gerekli olduğu ölçüde, bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet etmekte olup, bunların haksız fiil hukuku çerçevesinde talep edilmeleri mümkündür.⁹⁵

İlk aşamada üreticiden kullanıcıları durumdan haberdar etmesi ve ürünlerin hatalı olup olmadığının kontrol etmesi talep edilebilir. Hatanın türüne ve giderilebilir olup olmamasına bağlı olarak, üreticiden bütünlük menfaatlerinin etkili bir şekilde korunması için talep edilecek hususlar farklılık arz eder.⁹⁶

Ürünün tehlikeli yönünün ek bir koruma sağlanmak suretiyle bertaraf edildiği onarım veya donatım halleri bakımından misal vermek gerekirse, güvenli olmayan bir kaynak noktasına yeniden kaynak yapılması veya bir kablonun istenmeyen temaslarının önünü kesmek için tutmaya yönelik cihazın takılması gibi durumlar akla gelebilir. Bu gibi hallerde tehlikenin ortadan kaldırılması, kullanıcının menfaatlerinin korunmasını zorunlu kılar. Böyle bir durumda yapılan yenileme masrafları üreticiye aittir.⁹⁷

Üründeki hata, münferit parçanın değiştirilmesi yoluyla giderilebilirse durum farklıdır. Bir görüşe göre üretici sadece hatalı parçanın sökülmesi için yapılan masrafları karşılamakla yükümlüdür.⁹⁸ Diğer bir görüşe göre sökme ve takma masraflarının üretici tarafından karşılanması; malzeme masraflarının ise ona yüklenmemesi gerekir.⁹⁹ Başka bir görüşe göre ise ürünün hatadan ari ve kullanıma uygun hale getirilmesi için gerekli tüm masrafların üretici tarafından karşılanması gerekir.¹⁰⁰

⁹⁵ Bodewig (n 17) 280 vd.; Markus Burckhardt, 'BGH konkretisiert Pflichten des Herstellers bei Produkten mit Sicherheitsmängeln' (2009) BB 630, 630-631; Koch (n 75) 625 vd.; Kreidt (n 35) 189 vd.; Rettenbeck (n 18) 116 vd.; Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24, N. 326, 367 ff.; Kettler (n 91) 58 vd.; Schmidt (n 5) 90; Seeling (n 84) 81 vd.

⁹⁶ Martin Dietrich, *Produktbeobachtungspflicht und Schadensverhütungspflicht der Produzenten* (Peter Lang 1994) 172; Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24, N. 367.

⁹⁷ Schmidt (n 5) 90; Johannes Hager, 'Die Kostentragung bei Rückruf fehlerhafter Produkte' (1984) (H. 33) VersR 799, 804.

⁹⁸ Pieper (n 34) 988; Christina Frick und Peter Kluth, 'Produktbeobachtung - Umfang, Reaktion, Kostentragung' (2006) Phi 206, 212 vd. Ayrıca bkz. Tamme (n 88) 135; Hager, Kostentragung (n 95) 806; Kreidt (n 35) 190.

⁹⁹ Koch (n 75) 626.

¹⁰⁰ Hager, Kostentragung (n 95) 806; Rettenbeck (n 18) 117.

Son olarak üründeki tehlike arz eden durumun fiilî veya ekonomik nedenlerle giderilememesi de mümkündür. Bir görüşe göre, üretici böyle bir durumda ürünü ücretsiz olarak değiştirme ile satış bedelini iade etme arasında seçimde bulunabilir.¹⁰¹ Ancak hatalı olduğu için değersiz hale gelen ürünler bakımından bu görüş reddedilmektedir.¹⁰²

Hâkim görüşe göre değişim ve satış bedelinin iadesinde geri çağrılan ürünün hatadan kaynaklanmayan aşınma ve yıpranma bedelinin düşülmesi gerekir.¹⁰³ Böylece bedel iadesinde kesinti; hatalı ürünün yeni bir ürünle değiştirilmesi durumunda kullanıcının ek ödeme yapma yükümlülüğü söz konusu olur. Yeni bir parçanın ücretsiz takılması durumunda da kısmen kesinti yapılabileceğinden bahsedilmektedir.¹⁰⁴

Hâkim görüşe göre geri çağırma işleminden kaynaklı diğer masraflara ilişkin olarak üretici hatalı olabilecek ürünlerin kontrol masraflarını ve onarım yapılmaması durumunda ortaya çıkacak imha masraflarını üstlenmelidir. Ürünün üreticiye veya başka bir onarım merkezine taşınması gerektiğinde ise taşıma masraflarını mal sahibi üstlenmelidir. Ayrıca onarım esnasında araçtan mahrumiyetten kaynaklı maddî zarar da tazmin edilemez.¹⁰⁵

Hâkim görüşe göre tehlikeyi etkili bir şekilde bertaraf etmek kaydıyla, birden fazla önlemden hangisini seçeceği konusunda takdir üreticiye aittir.¹⁰⁶ Meselâ tüm ürünleri kontrol etmek çok maliyetli görünüyorsa, üretici bunun yerine ürün sahiplerine ikame ürün sunma, satış bedelini iade etme veya tehlikeli parçayı bulundurma potansiyeli olan ürünlerin hepsinde bunu değiştirme gibi seçenekleri kullanmada serbesttir.¹⁰⁷

¹⁰¹ Rettenbeck (n 18) 117.

¹⁰² Rettenbeck (n 18) 117 vd.; Hager, Kostentragung (n 95) 804 vd.; Frick and Kluth (n 96) 212.

¹⁰³ Burada Amerika Birleşik Devletleri'nin tüketici ürünlerinin geri çağırılmasına ilişkin ilgili hükümlerden de bahsedilebilir. Buna göre sahibinin ürünü en az bir yıl kullanması halinde, satış bedelini iade eden üretici kesinti yapabilir. Onarım veya değiştirme durumlarında ise, tüketicinin herhangi bir ek ödeme yapması söz konusu değildir. Bkz. 15 U.S.C. § 2064(d)(1)(C). Ancak ürün ayrımı gözetmeyen, net bir yıllık sürenin benimsenmesi eleştiriye açıktır.

¹⁰⁴ Bodewig (n 17) 286 vd.; Schwenzler (n 35) 1063 vd.; Kreidt (n 35) 192; Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24, N. 368; Tamme (n 88) 143 vd.

¹⁰⁵ Staudinger (n 35) § 823, N. F25; Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24, N. 367; Walter Löwe, 'Rückruffpflicht des Warenherstellers' (1978) DAR 288, 292.

¹⁰⁶ Bodewig (n 17) 282.

¹⁰⁷ Bodewig (n 17) 282; Schmidt (n 5) 93; Tamme (n 88) 142 vd.

VI. Masraflara Katlanma Yükümlülüğünün Kapsamı

Masrafların (giderlerin) kim tarafından ne oranda üstlenileceği ve üretici tarafından para ödeme vb. gönüllü ek hizmetler sunulup sunulmayacağı hususunda farklılık gösterebilir. Masraflara kimin katlanacağı konusunda ilk alternatif olarak ücretli bir geri çağırmanın varlığı kabul edilirse giderler ürünün kullanıcısına ait olur. Ücretli geri çağırmada üretici çoğunlukla ürün kullanıcısına para karşılığında ürünü imha etmeyi, değiştirmeyi veya onarmayı önerir. Geri çağırma, tüketicinin hatalı ürünü masrafını bizzat karşılamak suretiyle üreticiye veya distribütöre iade etmesini sağlayan bir yükümlülük diye tanımlanırsa üreticiye en düşük seviyede bir maliyet yüklenmiş olur.¹⁰⁸

İkinci alternatif olarak ücretsiz bir geri çağırmanın kabul edilmesi halinde ise geri çağırmayı gerçekleştiren üretici giderleri karşılar. Nitekim bir görüş, geri çağırmayı, üreticinin hatalı ürünü masrafını karşılayarak geri alması olarak tanımlamaktadır.¹⁰⁹ Buna göre, ayırtırma, sökme ve imha masrafları üretici tarafından karşılanmalıdır. Bazı durumlarda onarım masraflarının da üreticiye yüklenmesi gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁰ Başka bir görüş, geri çağırma durumunda üreticiye, geri çağırma ile doğrudan ilgili masrafların ve onarım masraflarının yanı sıra, ayıptan ari yeni ürünün teslimatı için gereken masrafları da yüklemektedir. Aynı görüşe göre onarım veya değişim söz konusu olmadığı durumlarda, üretici, hatalı ürünü geri almakla birlikte son kullanıcıya satın alma bedelini de iade etmekle yükümlüdür.¹¹¹

Üreticinin hangi hallerde masraflara katlanma yükümlülüğünün (Kostentragungspflicht) bulunacağının belirlenmesi bakımından esasen iki temel görüş vardır. Alman Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilen hâkim görüş, hatalı üründen kaynaklanan tehlikeyi önlemek için hangi önlemlerin alınması gerektiği sorusundan (tedbirin gerekliliğinden) hareket eder. Zira sırf bir uyarıdan başlayıp, üreticinin tüm masrafları karşılayarak ürünü geri çağırmasına kadar uzanan geniş bir önlem yelpazesi vardır. Aynı görüşe göre, üreticinin her türlü masrafı karşılamak üzere geri çağırmakla yükümlü tutulması ikincil niteliktedir. Böyle bir geri çağırma yükümlülüğü ancak uyarı yükümlülüğünün hatalı ürünün

¹⁰⁸ Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer and Schmidt (n 5) 247.

¹⁰⁹ Pieper (n 34) 988.

¹¹⁰ Bodewig (n 17) 283. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer and Schmidt (n 5) 248.

¹¹¹ Schwenzer (n 35) 1059.

tehlikesini etkili bir şekilde önlemekte yeterli olmadığı durumlarda ortaya çıkar.¹¹² Masrafların tamamen karşılanması ise çoğunlukla reddedilmektedir. Aksi takdirde ürün kullanıcısı hatadan ari bir ürün elde etmiş olur.¹¹³ Bu çözüm yolu ise satış hukukuna özgü olup satıcıya karşı ileri sürülmelidir; arada sözleşme ilişkisi olmayan ürünün üreticisine karşı ileri sürülemez.¹¹⁴

Uyarı yükümlülüğünün ne zaman yeterli olacağı veya masrafın kısmen veya tamamen karşılanarak geri çağırma yükümlülüğünün gündeme geleceği hususunda farklı kriterler göz önünde bulundurulur.

Burada birincil kriter, tehlikedeki (tehdit altındaki) hukukî menfaatin türüdür. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, hatalı ürünün kendisinde meydana gelebilecek zararlar da dâhil olmak üzere, salt malvarlığına yönelik zarar (Vermögensschaden) tehlikesinin varlığı halinde, herhangi bir uyarı veya geri çağırma yükümlülüğünden bahsedilemez.¹¹⁵ Çünkü haksız fiil sorumluluğu gereği üreticinin davranış yükümlülükleri maddî zararın önlenmesine değil, sadece § 823/1 BGB'de belirtilen hukukî değerlerin (mutlak hakların) korunmasına yöneliktir.¹¹⁶

Malvarlığının tehlikede olması durumunda, uyarı yükümlülüğü genellikle yeterli kabul edilir ve böylece üreticinin bunun ötesindeki önlemleri karşılama yükümlülüğü reddedilir.¹¹⁷ Böyle bir durumda malın zarar görme riski, uyarıya rağmen hatalı ürünün kullanımından vazgeçmeyen veya hatayı kendi imkânlarıyla gidermeyen son kullanıcıya yüklenir. Üreticinin geri çağırma ve masraflara

¹¹² BGH, NJW 2009, 1081; Johannes Hager, 'Die Produktbeobachtungspflicht und die Kosten des Rückrufs' in Christian Armbrüster (ed), *Recht Genau. Festschrift für Jürgen Prölss* (C. H. Beck 2009) 71, 71 vd.; Bodewig (n 17) 281; Voigt, Tobias, 'Unerlaubte Handlungen: § 823 und § 826 BGB' in Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz and Christoph Reymann (eds) *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht - BeckOGK, Bd. 12, Deliktsrecht* (C. H. Beck 2024) N. 681 (bkz. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckogk_60_bandbgb%2Fbgb%2Fcont%2Fbeckogk.bgb.p823.htm&anchor=Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-823> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2025). Ayrıca geri çağırmadan kaynaklanan masrafların üreticiden talep edilmesinin yasal dayanağına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Lutz Herrmann and Michael Fingerhut, 'Erstattung von Rückrufkosten' (1990) (H. 11) BB 725, 725 vd.

¹¹³ BGH, NJW 2009, 1082.

¹¹⁴ Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer and Schmidt (n 5) 250.

¹¹⁵ Bodewig (n 17) 248 vd.

¹¹⁶ Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer and Schmidt (n 5) 250.

¹¹⁷ Bodewig (n 17) 274 vd.

katlanma yükümlülüğü ise hatalı ürün insanların vücut bütünlüğü ve hayata dair güvenliğini tehlikeye attığı durumlarda kabul görmektedir.¹¹⁸

Bununla birlikte şahıs varlığı zararı tehlikesinin bulunması tek başına, üreticinin geri çağırma ve masraflara katlanma yükümlülüğünün doğması için yeterli değildir.¹¹⁹ Özellikle şahıs varlığı zararının gerçekleşme ihtimali, muhtemel ihlâlin boyutu (derecesi), tehlike altındaki kişi sayısı ve özellikle ürün kullanıcılarının yanı sıra üçüncü kişilerin de tehlike altında olup olmadığı ve çocuk misalinde olduğu üzere tehlike altındaki kişilerin zarar görme ihtimali de burada göz önünde bulundurulan diğer kriterlerdir. Son olarak ürünün değeri ve hatanın giderilmesinin muhtemel maliyetiyle ilişkisi de burada değerlendirmeye alınabilir.¹²⁰

Federal Mahkeme'nin bakım yatakları kararı sonucunda, üreticinin masraflara katlanma yükümlülüğünün değerlendirilmesi bakımından ürün kullanıcısının ekonomik durumu da giderek ön plana çıkmaktadır.¹²¹ Bakım sigortasında olduğu gibi ürün kullanıcısı mevzuat gereği tehlikeyi önleme yükümlülüğü altındaysa, kendi tehlike önleme yükümlülüğünü yerine getirmek üzere hatalı ürünü artık kullanmayacağı veya masrafları karşılayarak bir yenileme yaptıracağı varsayılabilir. Son kullanıcının tüketici olması halinde ise, geri çağırma veya yenileme masrafları daha ziyade üreticiye yüklenir.¹²²

Hatalı ürünün üreticisinin yükümlülüğünün salt uyarı ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı veya geri çağırma ve onarımla yükümlü olup olmayacağı ya da giderilemeyen hatalar bakımından değiştirme veya satış bedelinin iadesi ile yükümlü tutulup tutulamayacağı sorusuna ilişkin ikinci görüş ise üreticinin önceki davranışlarına bağlı olarak ve hatanın türüne göre ayırım yapar.¹²³ Buna göre üretici planlama ve üretim sürecinde kendisine düşen yükümlülükleri ihlâl etmemiş olmakla birlikte ürünün piyasaya sürüldüğü andaki bilim ve teknik düzeyine göre öngörülemeyen bir gelişim riski varsa uyarı yeterli kabul edilir.

¹¹⁸ Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24 N. 264.

¹¹⁹ Bodewig (n 17) 280.

¹²⁰ Düşük değerli ürünlerde geri çağırma yükümlülüğünün olmayacağına yönelik görüş için bkz. Rettenbeck (n 18) 71 vd., 96.

¹²¹ Markus Burckhardt, 'Das Ende kostenloser Nachrüstung beim Rückruf von Produkten?' (2007) 58 (34) VersR 1601, 1605 vd.

¹²² Benzer görüş için bkz. Molitoris (n 75) 1050 vd.

¹²³ Schwenzer (n 35) 1061 vd. Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer and Schmidt (n 5) 252 vd.

Ürün üreticisinin önleyici sorumluluğu, tehlikenin ortaya çıkmasından daha da öteye ise taşınmaz.¹²⁴

Aynı görüşe göre, eksik veya hatalı verilen talimatlar da sonradan bir uyarı ile telafi edilebilir.¹²⁵ Ürün doğru kullanıldığında herhangi bir tehlike potansiyeli taşımayacağından, bu durumda geri çağırma söz konusu olamaz.¹²⁶

Tasarım ve üretim hatalarında ise durum farklıdır. Böyle durumlarda geri çağırma ve onarım yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir.¹²⁷ Burada üretici, ürünü piyasaya sürmeden önce kendisine düşen yükümlülükleri ihlâl etmiş olur ve dolayısıyla buna bağlı olarak ortaya çıkan her türlü menfaat ihlâlinden sorumlu tutulur. Bu durumda üreticinin sırf bir uyarıda bulunmak suretiyle sorumluluğundan kurtulması beklenemez. Ancak üreticinin uyarısına rağmen ürün kullanıcısı hatalı ürünü kullanmaya devam ederse, kendi hatası nedeniyle şahıs varlığı veya malvarlığının zarar görmesi durumunda tazminat talebi en azından azaltılmalıdır. Üçüncü kimselerin zarar görmesi durumunda ise, ürün kullanıcısı kendisi sorumluluk altına girer; üretici ise illiyet bağının kesilmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulabilir.¹²⁸

Söz konusu görüşe göre de, geri çağırma yükümlülüğü kapsamında tehlike altında olan zararın türü dikkate alınmalıdır. Tehlike altında olan salt malvarlığı zararı ise, bu durum geri çağırma yükümlülüğüne yol açmaz.¹²⁹ Tehlike altındaki şahıs varlığı zararı ve malvarlığı zararı arasında bir ayırım yapılmasının uygun olup olmadığı konusunda kendi içinde farklılık göstermektedir. Bazı yazarlar, her iki zarar türünün eşit olduğunu belirterek, özellikle geri çağırma yükümlülüğü konusunda bir ayırım yapılmasını reddetmektedir.¹³⁰ Diğerleri ise sadece malvarlığının tehlikede olması halinde geri çağırma yükümlülüğünü reddetmektedir.¹³¹

¹²⁴ Foerste, *Produkthaftungshandbuch* (n 35) § 24 N. 261; Rettenbeck (n 18) 79, 82 vd.

¹²⁵ BGH, NJW 1986, 1864; Bodewig (n 17) 261 vd.

¹²⁶ Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer and Schmidt (n 5) 252 vd.

¹²⁷ Bodewig (n 17) 260.

¹²⁸ İkinci görüşün eleştirisi için bkz. Schwenzer (n 35) 1063 vd.; Schwenzer and Schmidt (n 5) 253.

¹²⁹ Schwenzer (n 35) 1062.

¹³⁰ Rettenbeck (n 18) 199.

¹³¹ Bodewig (n 17) 274 vd.

Sonuç

Türk-İsviçre Hukuku'nda olduğu üzere Alman Hukuku'nda da geri çağırma ya münhasır bir yasal düzenleme yoktur. Türk-İsviçre Hukuku'nda geri çağırma yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir yüksek mahkeme kararına da rastlanmamıştır. Oysa Alman Hukuku'nda geri çağırma yükümlülüğünün özel hukuk bağlamında ele alındığı muhtelif içtihatlar söz konusudur. İctihatlarla konu olmasına rağmen geri çağırma kavramının yerleşik bir tanımı henüz bulunmamaktadır. Türk Hukuku'nda münferit hükümlerde geri çağırma kavramı tanımlanmasına rağmen buradaki tanımlar arasında da yeknesaklık sağlanamamıştır. Ancak kısaca tanımlamak gerekirse geri çağırma kavramı ayıplı bir üründen kaynaklanan tehlikeyi önlemek için ürün hakkında uygulanan bir dizi önlemi ifade eder. Katıldığımız görüş gereği buraya uyarıya yönelik faaliyetler girmez.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda imalatçı (üretici), ithalatçı ve dağıtıcının yükümlülükleri kapsamında geri çağırma yükümlülüğü öngörülmektedir. Buna göre geri çağırmaya ilişkin tüm masrafların ürünü geri çağırana iktisadî işletmeci tarafından yerine getirilmesi gerekir.

Hâkim görüşe göre üreticinin geri çağırma yükümlülüğünün varlığı hakkında esas belirleyici olan orantılılık ilkesidir. Bu noktada uygunluk, gereklilik ve makul olma şeklinde üç kriterden hareketle üreticinin geri çağırma yükümlülüğünün orantılı olup olmayacağı değerlendirilir.

Katıldığımız görüşe göre geri çağırma yükümlülüğünün içeriğine onarım, değişim veya donatım yoluyla hatasız bir ürünün sunulması girer. Birden fazla önlemden hangisinin tercih edileceği hususunda üreticiye üstünlük tanınmalıdır. Yeter ki üreticinin seçtiği önlem tehlikeyi etkili bir şekilde ortadan kaldırsın.

Üreticinin her türlü masrafı karşılamak üzere geri çağırmakla yükümlü tutulması ikincil konumdadır. Bu ancak uyarı yükümlülüğünün hatalı ürünün tehlikesini etkili bir şekilde önlemekte yeterli olmadığı durumlarda söz konusu olur.

Üreticiden, can ve sağlığı korumak için olduğu kadar, malvarlığı değerlerini korumak için de aynı yoğunlukta zarar tehlikesini önleme tedbirlerini alması beklenemez. Ancak burada salt hangi hukukî menfaatin ihlâl edildiğinden hareket edilmemeli; somut olaydaki diğer tüm faktörler de değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır.

Kaynakça

- Bar, C, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht* (Carl Heymanns 1980)
- Beck, TA, *Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht* (Köhler-Druck 2002)
- Bodewig, T, *Der Rückruf fehlerhafter Produkte* (Mohr Siebeck 1999)
- Bomsdorf, T, 'Anmerkungen zum „Pflegebetten“-Urteil' (2009) FD-HGR 275573
- Brüggemeier, G, 'Produkthaftung und Produktsicherheit' (1988) (152) ZHR 511-536
- -, 'Judizielle Schutzpolitik de lege lata - Zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrechts' (1986) 41. Jahrg. (Nr 21) JZ 969-979
- Burckhardt, M, 'Das Ende kostenloser Nachrüstung beim Rückruf von Produkten?' (2007) 58 (34) VersR 1601-1608
- -, 'BGH konkretisiert Pflichten des Herstellers bei Produkten mit Sicherheitsmängeln' (2009) BB 630-631
- Büyüksağış, E, 'Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler' (2006) 8 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-19
- Çelt, DÖ, 'Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu' (2021) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-114
- Diederichsen, U, 'Wohin treibt die Produzentenhaftung?' (1978) 31 (27) NJW 1281-1291
- Dietrich, M, *Produktbeobachtungspflicht und Schadensverhütungspflicht der Produzenten* (Peter Lang 1994)
- Droste, A, *Der Regress des Herstellers gegen den Zulieferanten* (Bonn 1994)
- Foerste, U, 'Zur Rückruffpflicht nach § 823 BGB und § 9 ProdSG - Wunsch und Wirklichkeit' (1999) (H. 43) DB 2199-2201
- Foerste, U and von Westphalen, FG (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch* (3. Aufl., CH Beck 2012)
- Frick, C and Kluth, P, 'Produktbeobachtung - Umfang, Reaktion, Kostentragung' (2006) Phi 206-215
- Grote, D, 'Der Herstellerregreß beim Produktrückruf - Haftung und Versicherung-' (1994) (H. 26) VersR 1269-1275
- Günergök, Ö, 'Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü' (2008) 12 (3-4) EÜHFD 313-345
- Hager, J, 'Die Kostentragung bei Rückruf fehlerhafter Produkte' (1984) (H. 33) VersR 799-807
- -, 'Die Produktbeobachtungspflicht und die Kosten des Rückrufs' in Christian Armbrüster (ed), *Recht Genau. Festschrift für Jürgen Prölss* (CH Beck 2009) 71-79

- Handorn, B, 'Die „Pflegebetten“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs - neue Leitlinien zur Kostentragung bei Produktrückrufen' (2009) MPR 37-43
- Havutçu, A, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin 2005)
- Helmig, E, 'Rückrufdebakel in der Automobilindustrie und kein Ende' (2015) (H. 2) Phi 56-61
- Herrmann, H, 'Die Rückrufhaftung des Produzenten' (1985) (H. 28) BB 1801-1812
- Herrmann, L and Fingerhut, M, 'Erstattung von Rückrufkosten' (1990) (H. 11) BB 725-728
- Kettler, C, 'Renaissance der Rückrufkostendiskussion: Ist die Rückrufflicht mit kostenloser Reparatur ein - teurer - Irrtum?' (2008) (H. 2) Phi 52-67
- Klindt, T and Handorn, B, 'Haftung eines Herstellers für Konstruktions- und Instruktionsfehler' (2010) NJW 1105-1108
- Koch, R, '«Mängelbeseitigungsansprüche» nach den Grundsätzen der Produzenten-/Produkthaftung' (2003) Bd. 203 (H. 4) AcP 603-632
- Kreidt, M, *Die Haftung des Zulieferers für Produktionsschäden und Rückrufkosten* (Dissertation, Universität Köln 2006)
- Krutein, G, 'Warn-, Rückruf- und Rückholaktionen' (1985) DAR 33-36
- Lege, MA, *Strafbarkeitsbegründende Rechtspflichten zur Abwendung von Schäden durch gefährliche Produkte, insbesondere zum Rückruf rechtsgutsge fährdender Produkte* (Dissertation, Universität Tübingen 2000)
- Lenz, T, *Produkthaftung* (CH Beck 2014)
- -, 'Die Auswirkungen der Rechtsprechung zum „Rückruf“, insbesondere für den Zulieferergress auch unter Berücksichtigung internationaler Aspekte' in Andreas Herlinghaus, Heribert Hirte, Rainer Hütteman and Thomas Heide (eds), *Festschrift für Wienand Meilicke* (Nomos 2010) 417-438
- Löwe, W, 'Rückrufflicht des Warenherstellers' (1978) DAR 288-296
- Lüftenegger, K, *Die Rückrufflicht des Herstellers - unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen „Pflegebetten“-Rechtsprechung* (Duncker & Humblot 2018)
- Michalski, L, 'Produktbeobachtung und Rückrufflicht des Produzenten' (1998) (H. 19) BB 961-966
- Molitoris, M, '«Kehrtwende» des BGH bei Produktrückrufen? - Keine generelle Verpflichtung zur kostenfreien Nachrüstung/Reparatur von mit sicherheitsrelevanten Fehlern behafteten Produkten' (2009) (H. 15) NJW 1049-1052
- Pieper, H, 'Verbraucherschutz durch Pflichten zum „Rückruf“ fehlerhafter Produkte? Zu den Grenzen einer Rechtsfortbildung' (1991) (H. 15) BB 985-992
- Rettenbeck, S, *Die Rückrufflicht in der Produkthaftung* (Nomos 1994)

- Reusch, P, 'Pflichtenkreis von Unternehmen im Umgang mit unsicheren Produkten - Thesen zum Produktrückruf' (2017) Bd. 72 (H. 39) BB 2248-2253
- -, 'Der Pflegebettenfall des Bundesgerichtshofs und die Auswirkungen auf das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz' (2009) StoffR 205-207
- Röthlisberger, T, *Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückruffpflichten der Hersteller* (Schulthess 2003)
- Säcker, FJ, Rixecker, R, Oetker, H and Limperg, B, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz* (9. Aufl., CH Beck 2024)
- Schmidt, M, *Produktrückruf und Regress* (Mohr Siebeck 2013)
- Schwenzer, I, 'Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers' (1987) (H. 22) JZ 1059-1065
- Schwenzer, I and Schmidt M, 'Pflicht zum Rückruf fehlerhafter Produkte' Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner (Hrsg: Guillod, Olivier/Müller, Christoph) (Basel 2011) 243-260
- Seeling, RO, *Die „Rückruffpflicht“ des Warenherstellers* (Dissertation, Universität Würzburg 1993)
- Staudinger, J von (Begr.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 - Teilband 2), Neubearbeitung 2009* (De Gruyter 2009)
- Staudinger, A and Czaplinski, P, 'Rückruf- und Kostentragungspflicht des Produzenten bei In- wie Auslandssachverhalten' (2008) (H. 6) JA 401-408
- Stöhr, K, 'Haftung trotz eines perfekten Rückrufs?' in Hans-Peter Greiner, Norbert Gross, Kay Nehm and Andreas Spickhoff (eds), *Neminem laedere, Aspekte des Haftungsrechts, Festschrift für Gerda Müller* (Carl Heymanns 2009) 173-186
- Tamme, A, *Rückrufkosten* (VfW 1996)
- Thürmann, D, 'Rückruf und Haftpflichtversicherung nach AHB oder ProdHB' (1999) NVersZ 145-153
- Ünlü, G, *Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu* (Yetkin 2025)
- Voigt, T, 'Unerlaubte Handlungen: § 823 und § 826 BGB' in Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz and Christoph Reymann (eds) *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht - BeckOGK, Bd. 12, Deliktsrecht* (C. H. Beck 2024)

Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi^(*)

Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU^(**)

Öz

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, spor salonu işletmecisi ile üye arasında yapılan; spor salonu işletmecisinin üyelerin spor ekipmanlarından yararlanması ile birtakım eğitimler almasını sağlamayı taahhüt ettiği; üyenin de bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Spor salonu işletmecisi, üyenin spor yapabilmesi için gerekli olan fiziki ve teknik imkânları ona sağlamalıdır. Üye ise bu hizmetlerin karşılığında spor salonu işletmecisine bir ücret ödemektedir. Ücretin ödenme biçimi taraflarca kararlaştırılabilir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesi ölüm, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlanması, iflâs gibi sebeplerle sona erebilir. Bununla birlikte haklı sebeplerin varlığı hâlinde sözleşmenin olağanüstü feshi de gündeme gelebilir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde tarafların birtakım yükümlülükleri vardır. Tarafların yükümlülüklerine uygun hareket etmesi gerekir. Yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi, tarafların sorumluluğunu doğurur.

Anahtar Kelimeler

Spor Salonu Üyeliği, İsimli Sözleşme, Tüketici İşlemi, Olağanüstü Fesih, Vücut Geliştirme.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.09.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 25.02.2026.

Atıf Şekli: Hakkı Mert Doğu, 'Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 409,445.

DOI: 10.52273/sduhfd..1783733.

^(**) Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı., Trabzon-Türkiye.

E-posta: hakkimertdogu@trabzon.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-4695-9623.

Gym Membership Contract

Abstract

A gym membership contract is a contract between the gym operator and the member, in which the gym operator undertakes to ensure that members use sports equipment and receive certain training, and the member undertakes to pay a fee in return. The gym operator must provide the member with the physical and technical facilities necessary for exercise. The member pays a fee to the gym operator for these services. The payment method can be agreed upon by the parties.

A gym membership contract may be terminated for reasons such as death, loss or limitation of legal capacity, or bankruptcy. However, if justified, extraordinary termination of the contract may also be considered.

A gym membership agreement outlines certain obligations for both parties. Both parties must fulfill these obligations. Failure to comply with obligations will result in liability for the parties.

Keywords

Gym Membership, Innominate Contract, Consumer Transaction, Extraordinary Termination, Bodybuilding.

Extended Summary

Sports and exercise not only contribute to a healthy lifestyle but also contribute to a good appearance. To participate in athletic activities within a specific program, people often become members of a gym. Gym memberships have become increasingly popular in recent years, with everyone eagerly signing up for memberships. Although a gym membership contract is initially signed with great enthusiasm, interest in the contract may wane over time; often it ends with the member paying the membership fees without going to the gym, and the membership is cancelled.

A gym membership contract is a contract between a gym operator and a member who wishes to exercise. The gym operator agrees to provide personal and general support for the use of the gym's equipment and the participation in certain sports training sessions, while the member agrees to pay a fee in exchange. The member can benefit from various services under the gym membership contract. They can participate in individual training sessions or participate in sports activities as part of a training program. The member may request demonstrations on how to use the equipment and perform certain exercises. Individual or group athletic training activities are also considered within this scope. In this case, the gym operator may also offer these training services through its instructors.

The parties to a gym membership contract are the gym operator and the member. The gym operator provides a service and earns a profit in exchange for that service. Therefore, the gym operator qualifies as a provider under the Consumer Protection Law. The member, on the other hand, is the person requesting the service and is considered a consumer.

A gym membership contract should be considered an anonymous contract because it is not regulated by law. In our opinion, this contract falls into the category of mixed contracts. However, according to one view in the doctrine, a gym membership contract exhibits the characteristics of a subscription contract. Furthermore, a gym membership contract creates a continuous obligation. In this contract, the gym operator's services related to sports activities are extended over a period of time.

Subscription contracts can be made for either a definite or indefinite term. In practice, gym membership contracts are typically made for a fixed term. The terms of a gym membership contract regarding the contract duration are extremely important from a practical perspective. Indeed, the term in the contract binds the member to the contract for the specified period and imposes a payment obligation on the member.

The gym membership contract will outline certain obligations of the parties. The gym operator is responsible for simultaneously serving multiple members, ensuring the inspection, maintenance, and renewal of sports equipment, keeping members informed, and providing services other than athletic activities. The member is obligated to pay fees, use the equipment appropriately, and not transfer the member's rights to third parties.

A gym membership contract may terminate automatically or through legal action. The death of a member who is a party to the contract will automatically terminate the

contract. Similarly, the bankruptcy of the gym operator will automatically terminate the contract. However, extraordinary termination (termination for just cause) of the gym membership contract is also possible. The contracts of members who fail to comply with the rules established by the gym operator and who continue to do so despite being warned about the matter may be terminated without notice. The member may also terminate the gym membership contract for just cause. The member's right to extraordinary termination arises in cases of illness, change of residence, military service, or pregnancy, gym relocation, renovation, change of opening hours, or inadequate training facilities.

A member's illness can prevent them from using the gym during their recovery period, as well as preventing them from participating in training programs. When a member's illness is considered, it must be a long-term and severe illness that prevents them from using the gym. Extraordinary termination of the contract is possible due to the member's change of residence. In such cases, it would be unfair to require the member to remain bound by the contract. Termination of the contract also arises due to reasons such as a member being called up for military service or becoming pregnant. Termination of the gym membership contract is justified if the member is assigned to a different location and is no longer able to participate in athletic activities due to military service. In the event of pregnancy, the member has a legitimate right to terminate the contract. If the gym's location changes due to a relocation, transportation becomes inconvenient, or long distances are required to travel, the member should be granted an extraordinary termination right. Termination can also arise due to the gym's closure due to prolonged renovations or repairs. In a gym membership contract, the member has the right to terminate the contract without notice due to inadequate gym training facilities. These inadequacies could be due to a lack of physical facilities at the gym or a shortage of instructors.

Giriş

Spor veya egzersiz yapmak kişinin hem sağlıklı bir yaşam sürmesine hem de güzel bir görüntüye sahip olmasına yardımcı olur. Bu tür faaliyetlerde bulunabilmesi için genellikle bir sistem dahilinde hareket edilmekte; spor salonlarına üyelik yapılmaktadır. Spor salonuna üye olmak suretiyle sportif faaliyetlerde bulunmak son yıllarda oldukça popüler hâle gelmiştir. Kişiler, sağlıklı kalmak amacıyla uzun süreli spor salonu üyeliği sözleşmeleri yapmaktadırlar. Her ne kadar spor salonu üyeliği sözleşmesi başlangıçta büyük bir hevesle akdedilse de zamanla sözleşmeye ilgi azalır; çoğu zaman da üyenin, spor salonuna gitmeksizin üyelik ücretlerini ödemesiyle sona erer veya üyelik iptal edilir. Üyelerin bu türlü davranışlarına karşı spor salonu işletmecileri sözleşme süresini daha kısa tutmakta; buna ilişkin gerekli tedbirleri almaktadır.

Çalışmada, spor salonu üyeliği sözleşmesi yabancı mahkeme kararları da dikkate alınarak incelenmektedir. Sözleşmeye ilişkin genel bilgilerin yanı sıra sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Ayrıca spor salonu üyeliği sözleşmesinde tarafların yükümlülükleri ayrı ayrı ele alınmaktadır. Nihayetinde sözleşmenin sona ermesi, değişik sebepler de dikkate alınarak incelenmiştir.

I. Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesine İlişkin Genel Bilgiler

A. Tanımı

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, spor salonu işletmecisi ile spor yapmak isteyen üye arasında akdedilen; spor salonu işletmecisinin, spor yapmak isteyen üyenin spor salonunda bulunan spor ekipmanlarından faydalanması ile üyeye bazı spor eğitimlerinin verilmesi hususunda kişisel ve genel destek vermeyi taahhüt ettiği, spor yapmak isteyen üyenin de bunun karşılığında bir miktar para ödemeyi üstlendiği sözleşmedir¹.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin farklı hizmetlerden yararlanması mümkündür². Üye, bireysel antrenman yapabileceği gibi, grup antrenmanına ya

¹ Arnold F. Rusch, 'Verträge mit Fitnessstudios' (2016) Jusletter 1, 1-2.

² Başta vücut antrenmanı olmak üzere, vücut şekillendirme; judo, tekvando, jiu-jitsu ve diğerleri gibi dövüş sanatları kursları; jimnastik dersleri; beden eğitimi dersleri; aerobik, step aerobik veya güç dambıl aerobik; kaydırak, caz dansı, hip hop ve funk dersleri; kardiyo funk; omurga yarışı veya esneme; duruş bozukluğu için eğitim dersleri; problemlili bölge eğitimi (BOP veya yağ yakıcı); omurga jimnastiği; kardiyovasküler eğitim (kardiyo antrenmanı); fizyoterapi; hatta doğum öncesi jimnastiği gibi seçenekler bulunur.

da spor ekipmanı antrenmanına katılıp katılmama konusunda seçim hakkına sahiptir³.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, belirli bir ücret karşılığında spor ekipmanlarından yararlanabilir. Söz konusu ekipmanların kullanımı ile bazı egzersiz hareketlerinin yapılmasının kendisine gösterilmesini isteyebilir. Bireysel veya gruplar halinde eğitim faaliyetleri de bu kapsamda değerlendirilir. Bu durumda spor salonu işletmecisi, eğitmenler vasıtasıyla söz konusu hizmetleri de sunmaktadır. Ayrıca üye -eğer spor salonunda varsa- masaj, havuz, solaryum, sauna vb.'lerini de kullanabilir⁴.

B. Tarafları

1. Spor Salonu İşletmecisi

Spor salonu üyeliği sözleşmesinin taraflarından biri spor salonu işletmecisidir. Spor salonu işletmecisi, üyelerine bir hizmet sağlamakta, hizmet sunmaktadır. Bir başka ifadeyle işletmeci, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) kapsamında sağlayıcı olarak kabul edilir. TKHK'nin 3. maddesinin (ı) bendinde 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 kişi"* şeklinde tanımlanmaktadır.

Spor salonu işletmecisi, ticari amaçlarla hareket ederek söz konusu hizmetin sunulması karşılığında bir kazanç sağlamaktadır. Ayrıca spor salonu işletmecisinin hizmet sunması da süreklilik de arz eder.

2. Üye

Spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında üye, hizmeti talep eden kişi olarak kabul edilir. Spor salonu işletmecisinin sunmuş olduğu hizmeti kabul ederek bu hizmetten faydalananlar üye olarak ifade edilir. Üye, tüketici sıfatına sahiptir. Tüketici, TKHK'nin 4. maddesinin (k) bendinde tanımlanmıştır. Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiye tüketici adı verilir⁵.

³ Patrick Schwefer, *Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Fitness-Verträgen* (Dissertation, Zugleich Westfälische Wilhelms-Universität 2002) 27.

⁴ Rusch (n 1) 2.

⁵ Tüketici kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz., Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2. Baskı, Adalet 2021) 140 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Ko-*

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, ticari ya da mesleki bir amaçla hareket etmez; sadece sunulan hizmetten faydalanır. Bu kapsamda antrenman veya egzersiz yapma imkânlarına sahiptir.

Kişinin “üye” sıfatını kazanabilmesi için, spor salonu işletmecisiyle spor salonu üyeliği sözleşmesi akdetmesi gerekir. Üyenin on sekiz yaşından küçük olması durumunda ise sözleşmenin akdedilebilmesi için yasal temsilcisinin rızası aranır (TMK m. 16).

C. Hukuki Niteliği

1. Abonelik Sözleşmesi Özelliği Göstermesi

Abonelik sözleşmesi, TKHK'nin 52. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanmaktadır. Buna göre tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelere, abonelik sözleşmesi adı verilmektedir. Söz konusu tanımda abonenin ödeyeceği ve sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul edilen ücrete yer verilmemiştir⁶. Her ne kadar TKHK'nin 52. maddesinin birinci fıkrasında ücrete ilişkin bir düzenleme olmasa da abonelik sözleşmesi kapsamında ücret ödeme borcunun varlığından söz edilir.

Abonelik sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından onun isimli-isimsiz sözleşme ayrımındaki yerine burada değinmekte fayda vardır. Konu hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre⁷ abonelik sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş sözleşmeye eklenen bir abonmanlık şartı ile meydana gelir. Doktrindeki bir başka görüşe göre⁸ TKHK kapsamında kalan abonelik sözleşmesi, isimli bir sözleşmedir. Dokt-

runması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde: 1-46) (Vedat 2014) 30-31; İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2022) 2 vd.; Bahaeddin Berber, ‘Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı’ (2017) 1(1) Konya Barosu Dergisi 41, 43 vd.

⁶ Seda Öktem Çevik, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi’, in M. Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (On İki Levha 2015) 346; Çabri (n 5) 993.

⁷ Bkz., Hasan Seçkin Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku 1999) 182; Erden Kuntalp, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 31; Hasan Ayrancı, *Enerji Sözleşmeleri* (Yetkin 2010) 230; Mehmet Demir, ‘4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler’ (2003) 22(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 203, 230.

⁸ Yakup Bal, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (Seçkin 2020) 50; Musa Kama, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (On İki Levha 2020) 42.

rindeki bir diğer görüşe göre⁹ ise abonelik sözleşmesi, isimsiz bir sözleşmedir. Bu görüş doğrultusunda TKHK kapsamına giren abonelik sözleşmeleri bakımından satış, eser veya vekaletle ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. TKHK kapsamı dışında kalan abonelik sözleşmeleri ise kendine özgü yapısı olan bir isimsiz sözleşmedir. Kanaatimizce de abonelik sözleşmesi isimsiz sözleşmedir. Abonelik sözleşmesi, TKHK'de yer alıyor olmasına rağmen özellikle tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmemiştir. Kanunda ismen zikredilmiş ancak unsurları tam olarak düzenlenmemiş sözleşmeler isimsiz sözleşmeler kapsamında kabul edilir¹⁰.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinin, öncelikle konusu hizmet sağlama olan bir abonelik sözleşmesi özelliği gösterdiği ifade edilmelidir¹¹. Spor salonu kullanımı, kural olarak, üye ile spor salonu işletmecisi arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte gerçekleşir. Buradaki hizmet, doğrudan kişi ile ilgili hizmetler kapsamındadır. Doğrudan kişi ile ilgili hizmetler, kişi üzerinde doğrudan bir etkiye bulunan, gerçek kişileri obje olarak alan hizmetlerdir¹². Spor salonu üyeliği sözleşmesinde de üye, hizmeti doğrudan alan ve hizmetin objesi olanıdır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, spor yapma hizmetini belirli aralıklarla edinebilme imkânına belli bir ücretin ödenmesi karşılığında sahip olur. Bu noktada üyelik ile aboneliğin aynı anlama gelip gelmediğinin tespiti önem arz etmektedir. Doktrinindeki bir görüşe göre¹³, üyelik ile abonelik birbirinden farklıdır. Bu görüşe göre abonelik, belirli bir mal ya da hizmetin satın alınması ve faaliyetin süreklilik arz etmesi durumunda gündeme gelirken; üyelikte herhangi bir mal veya hizmet alın-

⁹ Şeref Ertaş, 'Yeni Tüketiciciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri' (2014) 9(Özel Sayı) Terazi Hukuk Dergisi 104, 104; Çağlar Özel ve Âdem Keleş, 'Elektrik Abonelik Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması' Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, in İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer (eds), 6. *Tüketici Hukuku Kongresi* (Aristo 2017) 560, 562; Şüheda Dalka Okumuş, *Elektrik-Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi* (Yetkin 2018) 96; Enes Edis, *Tüketicinin Korunması Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmesi* (Yetkin 2023) 59.

¹⁰ Fikret Eren, 'İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar', *Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta 2008) 86; İpek Yücer Aktürk, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi* (Yetkin 2016) 33-34.

¹¹ Mehmet Aslan, 'Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi' (2020) 6(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 161; Kama (n 8) 21.

¹² Betül Tiryaki, *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk* (Yetkin 2007) 56.

¹³ Aslan (n 5) 615.

maksızın belirli bir topluluğa katılma söz konusudur¹⁴. Kanaatimizce spor salonu üyeliği sözleşmesinde belirli bir hizmetin alınması gündeme geldiğinden burada temel anlamda bir abonelikten söz etmek mümkündür. Bir başka ifadeyle, spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyelik ile abonelik aynı anlamda kullanılabilir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesini, taahhütlü abonelik sözleşmesi şeklinde değerlendirenler de vardır¹⁵. Taahhütlü abonelik sözleşmesi, doğrudan TKHK'de düzenlenmeyip Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin (ASY) 14. maddesinde ortaya koyulmaktadır. Bu tür aboneliklerde, taahhütnamede belirlenmiş süre kadar abone olmayı kabul eden tüketicilere birtakım avantajlar sağlanmaktadır¹⁶. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, sözleşmede belirtilen süre kadar üyeliğini devam ettireceği taahhüdünde bulunduğu özellikle kendisine ücret hususunda bazı avantajlar sağlanabilir.

2. İsimli Sözleşme Olması

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, abonelik sözleşmesi özelliği göstermesinin yanı sıra isimli bir sözleşme olarak da kabul edilmelidir. İsimli sözleşme, Türk Borçlar Kanunu ya da diğer kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir¹⁷. Spor salonu üyeliği sözleşmesine ilişkin kanunlarda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin, abonelik sözleşmesi özelliği taşıması, onu isimli bir sözleşme hâline getirmez. Bununla birlikte abonelik sözleşmelerine ilişkin hükümler kıyasen bu sözleşmeye uygulanabilir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinin isimli sözleşme çeşitlerinden hangisi içinde değerlendirilebileceğine bakmak gerekir. Kanaatimizce spor salonu üyeliği sözleşmesi, karma sözleşme niteliğindedir¹⁸. Karma sözleşmeler, farklı söz-

¹⁴ Aslan, (n 5) 615-616.

¹⁵ Edis (n 9) 49.

¹⁶ Seren Karakaş, *Tüketici Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmeleri* (Seçkin 2021) 20; Kemal Erdoğan, 'Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları' (2018) 26(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271, 279.

¹⁷ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Birinci Cilt* (Beta 2022) 28; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin 2022) 79; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (Vedat 2013) 4; Fikret Eren, 'İsimli Sözleşmelerin Genel Teorisi', in İpek Yücer Aktürk (ed), *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimli Sözleşmeler Sempozyumu* (Yetkin 2022) 13; Zafer Zeytin, 'Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimli Sözleşmeler-Hastaneye Kabul Sözleşmesi', in İpek Yücer Aktürk (ed), *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimli Sözleşmeler Sempozyumu* (Yetkin 2022) 113.

¹⁸ Ayrıca bkz., Thilo Köhler, 'Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Fitnessstudioverträge' (2021) (2) Zeitschrift für das Juristische Studium 108, 108; Rusch (n 1) 3.

leşme tiplerine ait unsurların kanunda öngörülme-yen bir şekilde bir araya gelmesiyle ortaya çıkan sözleşmelerdir¹⁹. Karma sözleşmelerin bir türü olan kombine sözleşmelerde ise taraflardan biri birden fazla edimi yerine getirmekle yükümlüyken, karşı taraf genellikle ücret ödeme borcu altındadır²⁰. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor salonu işletmecisi salonun, spor aletlerinin ve varsa masaj, havuz, solaryum, sauna vb.'lerinin kullanılması (kira sözleşmesi), eğitim ve kursların verilmesi ile bu eğitimlerin planlarının oluşturulmasını (vekâlet sözleşmesi) ve spor salonu alanlarının temizliğini (hizmet sözleşmesi) üstlenirken²¹, üye ise bunların karşılığında sadece ücret ödeme borcu altına girmektedir. Bu açıdan spor salonu üyeliği sözleşmesi, karma sözleşmelerin bir çeşidi olan kombine sözleşmeler içerisinde yer alır.

Doktrinde²² spor salonu üyeliği sözleşmesinin, esasen kira sözleşmesi özelliği gösterdiği ve kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiği belirtilmektedir²³. Bununla birlikte doktrinde diğer sözleşmelerin, kira sözleşmesiyle eşit oranda uygulanması gerektiği de savunulmaktadır²⁴. Kanaatimizce spor salonu üyeliği sözleşmesinin türüne göre hangi sözleşme hükümlerinin ağırlıklı uygulanacağı belirlenebilir. Örneğin sadece vücut geliştirme amacıyla yapılan ve spor ekipmanı kullanımını içeren vücut geliştirme sözleşmesinde (Bodybuildingverträge) spor ekipmanları açısından kira hükümlerinin ağırlıklı uygulanmasından bahsedilebilir²⁵.

¹⁹ Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)* (2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku 2013) 15-16; Yücer Aktürk, (n 10) 42; Eren (n 17) 17; Yavuz, Acar ve Özen (n 17) 31; Aral ve Ayrancı (n 17) 84.

²⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Legem 2023) 959; Aral ve Ayrancı (n 16) 85; Gümüş (n 17) 7.

²¹ Ayrıca bkz., LG Bamberg-44/41 O 71/21, Endurteil vom: 15.07.2022, www.gesetze-bayern.de, Date of Access 10 July 2025.

²² Friedemann Stornel, *Mietrecht aktuell* (4. Aufl., Otto Schmidt KG 2009) Rn. 25, 11; Georgios Gounalakis ve Kathrin Gounalakis, 'Rechtsprobleme der Vertragsgestaltung bei privaten Unterrichts-einrichtungen' (1997) 3(97) *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 229, 230.

²³ Kanaatimizce spor salonu üyeliği sözleşmesi bünyesinde hizmet ve vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri de barındırdığından dolayı standart bir kira sözleşmesinden farklıdır.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Schwefer (n 3) 28.

²⁵ Ayrıca bkz., Wolfgang Wurmnest, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil I: §§ 241-310*, (Kommentierung zu BGB § 307) (9. Aufl., C.H. Beck 2022) Rn. 155.

Ancak hemen belirtmelidir ki bir üye, kira hükümleri kapsamında spor ekipmanlarını tek başına kullanma hakkına sahip olmayıp diğer üyelerle birlikte belirli kurallar çerçevesinde kullanabilir²⁶.

Benzer şekilde spor salonu işletmecisi, spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında bazı eğitim ve kurslar vermeyi üstlenmiş, dersler düzenlemeyi taahhüt etmişse o zaman da vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler gündeme gelir²⁷.

3. Tüketici İşlemi Niteliği

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, aynı zamanda bir tüketici işlemi yani bir tüketici sözleşmesidir. Tüketici işlemi TKHK'nin 4. maddesinin (I) bendinde *“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi”* şeklinde tanımlanmaktadır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, spor salonu işletmecisinden bir hizmet satın almaktadır. Ayrıca burada üye açısından ticari veya mesleki bir amaçtan da söz edilemez. Buna karşılık, spor salonu işletmecisi ise ticari bir amaçla hareket etmekte ve kazanç sağlamaktadır.

4. Sürekli Borç İlişkisi Doğurması

Sürekli borç ilişkisi, ifa faaliyetlerinin süreye yayıldığı bir ilişki olarak tanımlanabilir. Doktrinde bir borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının tespitinde farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre²⁸ alacaklı tarafın ifadaki menfaatinin bir zamana yayılıp yayılmadığı dikkate alınmalıdır. Doktrindeki bir başka görüşe göre²⁹ ise bir borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının tespitinde ilgili sözleşmedeki karakteristik edime bakmak gerekir.

²⁶ Friedrich Graf von Westphalen, Fitness- und Sportstudiovertrag, in Graf von Westphalen Friedrich, Thüsing and Pamp (Hrsg.) *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (C.H. Beck 2004) Rn. 1.

²⁷ Gounalakis ve Gounalakis (n 22) 230.

²⁸ Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 7; Suat Sarı, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi* (Beşir Kitabevi 2004) 43 dp. 18; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem 2023) 110.

²⁹ Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011) 13.

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme-dir³⁰. Bu sözleşmede spor salonu işletmecisinin, sportif faaliyetlere ilişkin hizmetleri süreye yayılmakta ve üyenin ifa menfaati de bu süre boyunca devam etmektedir. Özellikle belirli süreli yapılmış olan spor salonu üyeliği sözleşmesinde, sözleşme süresi boyunca spor salonu işletmecisi üyenin sportif faaliyetlerde bulunmasına imkân sağlamalıdır.

D. Sözleşmenin Süresi

Spor salonu üyeliğinin, abonelik sözleşmesi özelliği göstermesinden dolayı, sözleşme süresine ilişkin değerlendirmeleri, abonelik sözleşmesi hükümlerinden hareketle yapmak gerekir. Abonelik sözleşmeleri, genel itibariyle sürekli sözleşme özelliği gösterir³¹. Sürekli sözleşmelerin belirli ya da belirsiz süreli yapılması mümkündür. Nitekim belirli bir süreye bağlı olarak yapılan sürekli sözleşmeler sürenin sona ermesiyle kendiliğinden; belirsiz süreli sözleşmeler ise fesih ihbarı ile her zaman sona erdirilebilirler³².

Abonelik sözleşmeleri, belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılabilir³³. Uygulamada spor salonu üyeliği sözleşmesinin belirli süreli olarak yapıldığı görülmektedir³⁴. Bu noktada spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin, spor salonundan ne kadar süre ile yararlanacağı başta belirlenmektedir. Örneğin yapılan sözleşmede spor salonu üyeliğinin on iki ay olacağı hususunda bir hükme yer verilmişse, burada belirli süreli bir spor salonu üyeliği sözleşmesinden bahsedilir³⁵. Bununla birlikte spor salonu üyeliği sözleşmesinin belirsiz süreli yapılmasında da kanaatimizce bir engel yoktur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında³⁶ spor salonu üyeliği sözleşmesinin belirsiz süreli yapılabileceğini belirtmiştir. Taraflar sözleşmeyi akdederken alınacak olan hizmetin süresine ilişkin bir belirleme yapmazlar ve bu durum, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

³⁰ Graf von Westphalen (n 26) Rn. 23.

³¹ Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku* (Aristo 2015) 195; Kama (n 8) 55.

³² Seliçi (n 28) 131-132.

³³ Ebru Ceylan, 'Abonelik Sözleşmeleri', in Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner (eds), *Milli Şerh* (Aristo 2016) 853; Çabri (n 5) 998; Karakocalı ve Kurşun (n 31) 195.

³⁴ M. Murat İnceoğlu, 'Abonelik Sözleşmesinin Süresi ve Taahhütnameler', in Hüseyin Can Aksoy (ed), *Tüketici Hukuku Konferansı* (Yetkin 2016) 448; Kama (n 8) 55.

³⁵ Alman Federal Mahkemesi bir kararında, yirmi dört ay olarak belirlenmiş bir sözleşme süresinin geçerli olacağını kabul etmiştir. BGH, XII ZR 42/10, dejure.org, Date of Access 22 July 2025.

³⁶ BGE 4A, 475/2013, E. 5.3.2., entscheide.weblaw.ch, Date of Access 22 July 2025.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde, sözleşmesi süresine ilişkin hükümler pratik açıdan son derece önemli bir yere sahiptir. Nitekim sözleşme süresi boyunca üye sözleşmeyle bağlıdır ve ücret ödeme borcu altındadır³⁷. Bununla birlikte üye, sportif faaliyetlere devam etmeyi bıraksa bile, sözleşme süresi sona erinceye kadar üyenin ücret ödeme borcu devam eder.

Sözleşmenin süresi açısından ele alınması gereken bir diğer durum, belirli süreli spor salonu üyeliği sözleşmesinin, sözleşmede belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin bir hükmün koyulup koyulamayacağı meselesidir. TKHK'nin 52. maddesinin üçüncü fıkrasına göre belirli süreli yapılmış olan abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz; konulsa bile geçersiz sayılır ve fakat abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde abonelik sözleşmesi uzatılabilir³⁸. Spor salonu üyeliği sözleşmesi açısından da aynı değerlendirmeler geçerli olup konuya ilişkin TKHK'nin 52. maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri dikkate alınmalıdır.

Sözleşme süresi bakımından son durum ise belirli süreli akdedilen spor salonu üyeliği sözleşmesinin sona ermesinden sonra otomatik olarak uzayıp uzayamayacağı meselesidir. Sözleşmenin otomatik olarak uzayacağına yönelik hükümler genellikle geçersizdir³⁹. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında⁴⁰ "... Bir sözleşme belirli süreli olarak yapıp feshedilmemesi sebebiyle otomatik olarak uzuyorsa, bu belirli süreli sözleşme tanımı ve amacından sapıldığını gösterir. Ancak, davacının iddiasının aksine, bu durum tek başına belirli süreli sözleşmelerin otomatik olarak uzamasının her hâlikarda ticari teamüllere aykırı ve dolayısıyla alışılmadık olduğu sonucuna varmak için kullanılamaz. Bir spor salonu işletmecisinin, gerekli altyapı ve personeli önceden ve kesin olarak tahmin edebilme konusunda önemli bir çıkarı olduğu açıktır. Üstelik, sözleşme hükmü -mevcut davada olduğu gibi- bu çıkarları korumak için gerekenin ötesine geçmiyorsa, özellikle de istisnai olarak uzun bir ihbar süresi öngörüyorsa, bu uzama maddesi genel çerçevede alışılmadık olarak değerlendiril-

³⁷ Schwefer (n 3) 91.

³⁸ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku* (Adalet 2021) 444-445; Aslan, (n 5) 177.

³⁹ Sandra Velhorst, *Die zivilrechtlichen Grundlagen der Rechtsbeziehungen zwischen Fitnesscentern und Kunden* (Nomos 2000) 90.

⁴⁰ BGE 4A, 475/2013, E. 5.3.2., entscheide.weblaw.ch, Date of Access 22 July 2025.

rilmemelidir...” diyerek otomatik uzamayı kabul etmiştir. Doktrinde⁴¹ sadece spor sözleşmeleri değil, aynı zamanda artık günlük yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelen çok çeşitli sözleşmelerin de belirli bir süreden sonra otomatik olarak yenilenmeyi öngördüğü; belirli süreli bir sözleşme ilişkisinin bu amaçla feshi gerektirmeksizin, kararlaştırılan sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erdiğinin söylenmesinin hem mantığa hem de akla aykırı olduğu belirtilmektedir.

E. Sözleşmenin Şekli

Spor salonu üyeliği sözleşmesine, abonelik sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabileceğinden sözleşmenin şekli açısından TKHK’nin 52. maddesine bakmak gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında abonelik sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılacağı belirtilmektedir. Şekil, geçerlilik şekli olarak kabul edilmektedir⁴².

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmalıdır. Nitekim şekil zorunluluğu öngören kurallar, isimsiz sözleşmelere nitelikleri uygun olduğu ölçüde uygulanabilir⁴³. Buradan hareketle abonelik sözleşmesi için öngörülen şekil şartının spor salonu üyeliği sözleşmesine, korumayı amaçladığı menfaatler de dikkate alındığında, uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bu sözleşmede spor salonu üyeliğine ilişkin genel şartlar ve koşullar ile spor salonu işletmesinin kurallarına ilişkin düzenlemeler yazılmaktadır. Uygulamada özellikle sözleşme süresi ile sözleşmenin feshine ilişkin durumlarda çıkan uyuşmazlıklar açısından yazılı sözleşmenin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

II. Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi Kapsamında Tarafların Yükümlülükleri

A. Spor Salonu İşletmecisinin Yükümlülükleri

1. Birden Çok Üyeye Aynı Anda Hizmet Sağlamak

Spor salonu işletmecisi, spor salonunda spor ya da egzersiz yapma hizmetini sunmaktadır. Bu hizmetin sunulduğu üyelerin sayısı genel olarak birden fazladır. Bir başka ifadeyle spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında aynı anda

⁴¹ Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl., Schultess 2019) Rn. 625a, 197.

⁴² Ertuş (n 9) 105; Öktem Çevik (n 6) 350; Kama (n 8) 71.

⁴³ Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2016) 33.

⁴⁴ Rusch (n 1) 4.

birden fazla üyenin spor salonu işletmecisinden ilgili hizmetleri talep etme hakları bulunmaktadır.

Spor salonu işletmecisi, birden fazla üyeye aynı anda hizmet sağlamakla yükümlüdür. Bu çerçevede işletmeci, aynı anda birden fazla üyenin ilgili hizmetleri tam ve düzgün bir şekilde alabilmesi için gerekli önlem ve tedbirleri almalıdır. Aynı tür hizmetleri verebilecek kapasiteyi sağlayacak teknik ve donanımsal ekipmanları sağlamalıdır. Örneğin spor yapılabilmesi amacıyla spor salonunda aynı tür spor aletlerinden birden fazla bulundurması gerekir. Birden fazla koşu bandı, birden fazla bisiklet, ağırlık setleri vb.'leri bu kapsamda ifade edilecektir.

Birden çok üyeye aynı anda hizmet sunma beraberinde spor ekipmanlarının temin edilmesini de getirir. Spor salonu işletmecisi, sportif faaliyetlerin devam edebilmesi ve üyelerin faydalanabilmesi amacıyla gerekli olan spor ekipmanlarını temin etmekle yükümlüdür. Aslında spor ekipmanlarını temin yükümlülüğü, özellikle ekipman kullanımının ağırlıklı olduğu antrenmanların yapılacağı üyeliklerde önem arz eder⁴⁵. Bu spor ekipmanlarının spor salonu işletmecisi tarafından satın alınması mümkün olduğu gibi bunların kiralanması da gündeme gelebilir.

Spor salonu işletmecisi, birden fazla üyeye hizmeti tam olarak sunamıyorsa, hizmeti alamayan ya da almış olmakla birlikte yeterli bulmayan üye ya da üyeler ayıplı hizmet (TKHK m. 13-16) kapsamında talepte bulunabilir. Örneğin bir ekipmanı faydalanabilmek için uzun süre beklenmesi ya da spor ekipmanlarının sık sık arızalanarak kullanılamayacak hâle gelmesi sebebiyle üye bedelden indirim, tazminat ya da ciddi durumlarda sözleşmeyi fesih hakkını kullanabilir⁴⁶. Ancak hemen belirtmelidir ki spor salonu üyeliği sözleşmesinin özelliğinden de hareketle tüm spor ekipmanlarının sürekli ve sınırsız bir şekilde erişilebilir olduğunu söylemek makul değildir⁴⁷.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, sözleşmeyle sadece spor ekipmanlarıyla antrenman yapmayı seçmişse -ki bu durum akla *Bodybuildingverträge* getirmektedir-, spor salonu işletmecisi, spor ekipmanları ile spor salonunun ilgili alanlarına girişi sağlamakla yükümlüdür⁴⁸. Çünkü vücut geliştirme sözleş-

⁴⁵ Schwefer (n 3) 27.

⁴⁶ Rusch (n 1) 17; Velhorst (n 39) 136.

⁴⁷ Velhorst (n 39) 137.

⁴⁸ Schwefer (n 3) 39.

mesinde (Bodybuildingverträge) üye spor ekipmanları ve ilgili alanları kullanmada daha özgür hareket edebilmekte; özellikle antrenman sıklığı ve yoğunluğu konusunda kendi antrenman yöntemini seçmekte özgür davranabilmektedir⁴⁹.

2. Spor Ekipmanlarının Kontrolü, Bakımı ve Yenilenmesini Sağlamak

Spor salonu işletmeci, var olan spor ekipmanları sayesinde üyelerine hizmet verir. Bu açıdan spor salonunda bulunan spor ekipmanlarının kontrol ve bakımlarının yapılması gerekir. Kontrol ve bakımların tam ve eksiksiz bir şekilde yapılması, spor salonu işletmecisinin sorumluluğu bakımından son derece önemlidir. Spor ekipmanlarında meydana gelecek bir aksaklık üyelerin zarar görmesine sebep olur ve bu durum spor salonu işletmecisinin sorumluluğunu doğurur. Hem daha iyi hizmet vermek hem de zararın ortaya çıkmasını engellemek adına spor salonu işletmecisi tarafından belirli aralıklarla spor ekipmanlarının kontrol ve bakımları yapılmalıdır.

Spor ekipmanlarının bakımı kanaatimizce geniş şekilde yorumlanmalı ve buraya ekipmanların temizliği ve salonun havalandırılması da girmelidir. Spor salonu işletmecisi, her gün kullanılan spor ekipmanlarının temizlenmesini ve bir sonraki güne hazırlanmasını sağlamalıdır. Toplu hâlde bulunan yerlerde salgın hastalıkların yayılması daha hızlı ve çabuk olmaktadır. Bu sebeple spor ekipmanlarının temizliği dışında dezenfekte işlemlerinin de yapılması bu kapsamda değerlendirilebilir. Benzer şekilde spor salonunun havalandırılması son derece önemlidir. Spor salonlarındaki en büyük problemlerden birisi havalandırma eksikliği ve kötü kokudur. Bu da spor yapan kişilerin hem sağlığını hem de spor yapma isteklerini olumsuz etkilemektedir. Spor salonu işletmecisinin, salonun havalandırılmasına ilişkin önlemleri alması şarttır.

Spor ekipmanları, her geçen gün teknolojinin de gelişmesiyle yenilenmekte; yeni teknikler ışığında gelişmiş spor ekipmanları piyasaya çıkmaktadır. Spor salonu işletmecisi spor ekipmanlarını belirli aralıklarla yenilemelidir. Söz konusu yenileme işlemi, üyeler açısından önemli olduğu kadar spor salonunun, diğer salonlarla rekabet edebilmesi açısından da önem arz etmektedir⁵⁰.

⁴⁹ Velhorst (n 39) 36.

⁵⁰ Schwefer (n 3) 42.

3. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Spor salonu işletmecisi üyelerine belirli konularda bilgilendirmede bulunmak zorundadır. Bunun başında üyelerin spor ekipmanlarını nasıl kullanabileceği gelir. Spor salonu işletmecisi, spor salonunda bulunan spor ekipmanlarından ne şekillerde faydalanılabileceği konusunda üyelerini bilgilendirmelidir. Buradaki bilgilendirmede üyenin kilo vermesi, formda kalması gibi birtakım başarıların elde edilmesi değil, spor ekipmanlarının kullanımı hakkında genel ve özel tavsiyelerde bulunmaktır⁵¹. Nitekim kilo verme ya da formda kalma gibi başarılar üyenin bireysel çabasından kaynaklandığı ve bundan dolayı aslında belirsiz olduğu için spor salonu işletmecisinin bunu vaat etmesi mümkün olmaz⁵².

Söz konusu bilgilendirme spor salonunda çalışan personel tarafından yapılabileceği gibi kullanım talimatlarının salonun ilgili yerlerine herkesin görebileceği şekilde asılmasıyla da gerçekleştirilebilir. Uygulamada özellikle spor salonu çalışanları tarafından bilgilendirmenin yapıldığı görülmektedir. Nitekim çalışanların, spor salonunun düzenli bir şekilde işletilmesini, düzenini ve güvenliğini veya spor salonu kurallarına uyulmasını sağlamak amacıyla gerekli ölçüde uyulması gereken bilgileri ve buna bağlı olarak talimatları verme hakkına sahip olduğu söylenir.

Bilgilendirme yükümlülüğü, denetimi beraberinde getirir. Spor salonu işletmecisinin, üyeleri denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Spor salonu üyeliği sözleşmesi, grup halinde bir eğitimi kapsıyorsa (jimnastik, aerobik, vb.) böyle bir yükümlülük kendini en başta hissettirir. Bu eğitimi veren spor salonu çalışanı, çeşitli egzersiz hareketlerini gösterir ve üyeler egzersiz hareketlerini hatalı ya da eksik yapıyorsa bunu onlara belirterek hareketlerin düzeltilmesini sağlar⁵³. Bireysel ve spor ekipmanlarının kullanımıyla gerçekleştirilen çalışmalarda da denetim sağlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Sonuç itibarıyla spor salonu işletmecisi spor ekipmanlarının kullanımını sağlamanın yanında üyelere spor ekipmanlarına ilişkin eğitim ile bunun denetimini sağlamak ve gerektiğinde talimat verme hakkına da sahip olmaktadır. Üye, spor salonu işletmecisi ya da burada çalışanların tavsiyelerine uymayı

⁵¹ Rusch (n 1) 3.

⁵² Velhorst (n 39) 49.

⁵³ Schwefer (n 3) 39.

reddetse de spor salonu işletmecisi veya çalışanları antrenmanları takip ederek üyenin kendisine ya da diğer üyelere karşı zarar vermelerini engelleyecek müdahalelerde bulunabilirler⁵⁴.

4. Sportif Faaliyetler Dışındaki Hizmetleri Sağlamak

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde, sportif faaliyetler dışındaki hizmetlerden maksat sportif faaliyetlerden önce veya sonra üyelerin yararlanabileceği yer ya da imkânlardır. Bazı spor salonlarında üyelere, spor ekipmanları ve ağırlık antrenmanlarına ek olarak sauna, yüzme havuzu, kafeterya, vestiyer, duş vb. alanların kullanılması imkânı tanınmıştır⁵⁵. Üye, ihtiyacı doğrultusunda spor salonunda bulunan yerlerden faydalanabilir. Ancak hemen belirtmelidir ki üyenin bu tür yerlerden yararlanması zorunlu değildir. Örneğin bir üye ağırlık antrenmanından sonra duş almadan da doğrudan spor salonundan ayrılabilir.

Sportif faaliyetler dışındaki hizmetler kapsamında soyunma odalarının temizliğinin yapılması gelir. Soyunma odaları, üyelerin yararlanabileceği şekilde uygun hijyen kuralları dikkate alınarak temiz tutulmalıdır. Soyunma odalarının yanı sıra eğer varsa banyoların, tuvaletlerin vb.'lerinin de temiz tutulması gerekir.

Sportif faaliyetler dışındaki hizmetlere, üyelere yiyecek ve içecek sunulması da dahil edilebilir. Bununla birlikte üyenin, belirli türden yiyecek ve içeceği kendisinin getirmesine izin verilmelidir. Doktrindeki bir görüşe göre⁵⁶ spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin dışarıdan belirli türden yiyecek ve içecek getirmesini yasaklayan hükümlerin geçerli olmaması gerekir. Çünkü spor salonu kullanılırken özellikle sıvı tüketimi kaçınılmazdır ve dışarıdan yiyecek ve içecek getirmeyi yasaklayan hükümler geçerli kabul edilirse, spor salonu işletmecisi fahiş fiyatlarla bunları satma seçeneğine sahip olur. Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken husus, belirli türden yiyecek ve içeceklerin getirilebilmesidir. Belirli türden yiyecek ve içecekler dışında kalanların getirilmesi, spor salonu işletmecisi tarafından, salondaki düzenin sağlanabilmesi adına, yasaklanabilir. Örneğin ağır kokular yayan yiyecekler ile alkol içeren içeceklerin salonu getirilmesi, olumsuz sonuçlar doğurabilir.

⁵⁴ Schwefer (n 3) 27.

⁵⁵ Köhler (n 18) 109; Rusch (n 1) 3.

⁵⁶ Wurmnest (n 25) § 307 Rn. 159.

B. Üyenin Yükümlülükleri

1. Ücret Ödeme

a. Genel Olarak

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin asli borcu, ücret ödeme borcudur. Üye, ödemeyi tek seferde yapabileceği gibi taksitler halinde de gerçekleştirebilir⁵⁷. Ücretin ödenme biçimine göre spor salonu üyeliği sözleşmesi farklı adlar almaktadır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde yer alan “Üye spor salonunu kullanmasa bile üyelik ücretini düzenli olarak ödemelidir.” şeklindeki hüküm, Alman Federal Mahkemesi’nin görüşüne göre üye açısından haksız bir durum oluşturmakta ve geçersiz kabul edilmektedir⁵⁸.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin ödeyeceği ücretin tamamının belli olması gerekir. Özellikle spor salonu işletmecisinin yapacağı reklamlarda hizmet için ödenecek bedelin, toplam bedeli göstermesi şarttır. Konuya ilişkin Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda⁵⁹ reklamlardaki fiyat bilgisinin, üyenin aldığı hizmet karşılığında ödeyeceği toplam bedeli göstermesi; bu toplam bedelin, “*fiilen ödenecek toplam bedel*” yani vergi ve diğer fiyat bileşenlerini de kapsaması gerektiği belirtilmiştir. Üyenin ödeyeceği toplam ücreti tespit etmek için ek tutarları belirlemek doğru ve yeterli değildir. Benzer şekilde sportif faaliyetler dışındaki hizmetler (örneğin üyenin duşları kullanması) sebebiyle ondan ek bir ücret talep edilmesi de düşünülemez⁶⁰.

b. Ücretin Ödenme Biçimine Göre Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi Türleri

Üyenin ücreti ödeme biçimine göre spor salonu üyeliği sözleşmesi farklı adlarla anılmaktadır. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde ücret, aylık olarak ödenecekse burada aylık spor salonu üyeliği sözleşmesinden bahsedilir. Üye, aylık ücret ödeyerek spor salonunun açık olduğu tüm saatlerde salondan faydalana bilir. Bu durumda spor salonu işletmecisinin, aylık olarak ödenmesi gereken ücreti peşin olarak tek seferde istemesi mümkün değildir⁶¹.

⁵⁷ Rusch (n 1) 2.

⁵⁸ BGH XII ZR 55/95, Urteil vom 23.10.1996, dejure.org, Date of Access 15 July 2025.

⁵⁹ OLG Frankfurt a. M.- 6 U 269/19, Urteil vom 04.02.2021, online.beck.de, Date of Access 16 July 2025. Ayrıca bkz., OLG Bamberg-3 U 4/24 e, Hinweisbeschluss v. 13.03.2024, www.gesetze-bayern.de, Erişim Date of Access 16 July 2025.

⁶⁰ Graf von Westphalen (n 26) Rn. 4.

⁶¹ Graf von Westphalen (n 26) Rn. 5.

Tarafların anlaşmasına bağlı olarak üye ücreti yıllık olarak tek seferde ödeyebilir. Spor salonu üyeliğine istinaden üyenin tek seferde yıllık olarak ödemeyi gerçekleştireceği sözleşmeye, yıllık spor salonu üyeliği sözleşmesi adı verilir. Bu tür sözleşmede üye, toplu bir ödemeyi tek seferde gerçekleştirerek tüm yıl boyunca spor salonuna erişim hakkına sahip olmaktadır.

Ücret ödeme biçimine göre spor salonu üyeliğinin bir diğer çeşidi ödedikçe kullanılabilen spor salonu üyeliğidir. Ödedikçe kullanılan spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, spor salonuna her gidişinde ödeme yapar. Bir başka ifadeyle bu türde aylık ya da yıllık bir ödeme olmayıp üyenin her kullanımına karşılık gelen ve salona her giriş yaptığında ödemesi gereken bir miktardan bahsedilir. Üye, salonu kullandığı müddetçe ödeme yapmakta; salona gitmediği günler herhangi bir ödemede bulunmamaktadır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor salonu işletmecisi ile üyenin, ön ödemeli üyelikte de anlaşmaya varmaları mümkündür. Ön ödemeli spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, spor salonuna yapacağı belirli sayıda ziyaretin karşılığında önceden peşin ödeme yapmaktadır. Burada üyenin, spor salonuna kaç kez geleceği belirlenmiş ve üye de bunun karşılığında önceden peşin olarak ödemede bulunmuştur.

c. Üyenin Ücreti Ödemede Temerrüdü

Üyenin sözleşmeye aykırı davranmasının en yaygın nedeni ücret ödemede temerrüde düşmesidir⁶². Üyenin spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi, asli edim yükümlülüğünün ihlalidir. Üye özellikle ücretin taksitler halinde ödeneceği durumlarda temerrüde düşebilmektedir.

Üyenin ücret ödeme borcunda temerrüde düşmesi, borçlu temerrüdünü akla getirir. Üyenin borcu bir para borcu olduğundan bu borcun ifasında imkânsızlıktan bahsedilmez ve para borçlarının ifası her zaman istenebilir⁶³. Üye, ücret ödeme borcunu yerine getirmediğinde spor salonu işletmecisi aynen ifayı talep edebilir. Ayrıca temerrüt faizi de gündeme gelir⁶⁴.

⁶² Velhorst (n 39) 165.

⁶³ Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Fakülteler 1976), 144; Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012) 77; Eren (n 28) 1243.

⁶⁴ Derya Ateş, *Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa* (Beta 2021) 141 vd.

d. Üyeden Senet Alınması Durumu

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor salonu işletmecisi, üyenin satın aldığı hizmet karşılığında senet düzenleyebilir. Bu açıdan alınan senetlerin geçerli olup olmadığının tespiti gerekir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 4. maddesinin beşinci fıkrasında tüketicilerden alınacak senede ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, ödemeleri aylık şekilde gerçekleştirecekse bu ödemelerin karşılığı olarak alınacak senedin, TKHK'nin 4. maddesinin beşinci fıkrasına uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Bir başka ifadeyle düzenlenen senetlerin, sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olması aranır.

Üye tarafından peşin yapılacak ödemeler için de senet düzenlenebilir. Nitekim kanun koyucu, tüketicinin taksitler hâlinde ifa etmeyeceği borçlar için kıymetli evrak düzenlenmesi konusunda menfi bir çözüm getirmemiştir⁶⁵. Bir peşin satışta bedel için nama yazılı tek bir senet düzenlemek mümkündür⁶⁶. Bütün bunlardan hareketle spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin tek seferde yapacağı peşin ödemeler için düzenlenecek senet, senedin nama yazılı olması şartıyla geçerlidir.

2. Spor Ekipmanlarını Amaca Uygun Kullanmak

Spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında kendisine spor ekipmanları sunulan üyenin, bu ekipmanları amacı doğrultusunda kullanması gerekir. Her bir ekipmanın kullanım talimatı önceden belirlenmiştir. Üye, bu talimatlar doğrultusunda hareket etmelidir. Aksi durumda üyenin yaralanması veya sakatlanması söz konusu olabileceği gibi spor ekipmanının yanlış kullanımdan kaynaklı hasara uğraması mümkündür.

Üye, sözleşmede belirtilen hizmetleri spor salonunun çalışma saatleri içerisinde kullanma hakkına sahiptir. Çalışma saatleri dışında spor ekipmanları kullanılamaz. Aslında bu durum spor ekipmanlarının amacına uygun kullanımıyla bağlantılıdır.

⁶⁵ Burak Özen, 'Temel İlkeler-Madde 4' in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (eds), *Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Aristo 2016) 107; Gümüş (n 5) 43.

⁶⁶ Aydoğdu ve Kahveci (n 38) 301.

3. Üyenin Haklarını Üçüncü Kişiye Devredememesi

Spor salonu üyeliği sözleşmesiyle elde edilen hakların, üçüncü kişiye devri mümkün değildir. Çünkü bu sözleşmeyle üyenin kişisel özellikleri dikkate alınmak suretiyle bir anlaşmaya varılmaktadır. Kişinin, kişisel özellikleri doğrultusunda bir spor programı oluşturulmakta; imkânlar bu doğrultuda sözleşmede belirlenmektedir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin, elde ettiği hakları başkasına devretmesi mümkün olmamakla birlikte bu sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılması mümkündür. Bir kimsenin, üçüncü kişi yararına yapmış olduğu spor salonu üyeliği sözleşmesinde ticari veya mesleki bir amaç yoksa, burada da sözleşmenin tüketici işlemi niteliğinden bahsedilir.

C. Spor Salonu İşletmecisinin Sorumluluğu

1. Kaza veya Yaralanmadan Sorumluluk

Spor salonu işletmecisinin yükümlülüklerinden biri spor ekipmanlarının bakımlarını yapmaktır. Üye, bakımı hiç ya da gereği gibi yapılmamış bir spor ekipmanından dolayı zarara uğrarsa, spor salonu işletmecisi bundan sorumlu olur⁶⁷. Nitekim spor salonu işletmecisi, spor ekipmanlarını kullanıma uygun bir şekilde üyelerine sunma ve bunların bakımlarını sağlayarak muhafazası etme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca spor ekipmanlarının işlevsel olması gerekir.

Spor salonuna giden herkes, antrenmanını can ve mal güvenliği açısından herhangi bir riskle karşılaşmadan tamamlamayı ister. Üyeler, spor salonu işletmecisinin koruma standartlarını sağlamada sorumlu olduğunu bilir. Bu durum spor salonu işletmecisinin özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir⁶⁸.

Spor ekipmanları insan yaşamı için tehlikeli olmamalıdır. Bundan dolayı spor salonu işletmecisinin her an için spor ekipmanlarının durumunu incelemesi, gerekli tedbirleri alması gerekir. Spor salonu işletmecisi bakım ya da onarımı ihmal ederse, ortaya çıkan zarardan sorumluluğu, tazminat sorumluluğu şeklinde olacaktır. Bununla birlikte söz konusu durumun varlığı halinde bir ayıplı hizmet gündeme geleceği için ayıplı hizmetten sorumluluk kapsamında bedelden indirimden de bahsedilebilir (TKHK m. 15).

⁶⁷ Rusch (n 1) 14.

⁶⁸ Velhorst (n 39) 195.

Spor salonu üyeliği sözleşmesiyle spor ekipmanlarının bakımının hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda meydana gelecek zararlarda spor salonu işletmecisinin sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir⁶⁹. Bir başka ifadeyle böyle bir durumda sorumsuzluk anlaşması yapılamaz.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor salonu işletmecisi, yanlış ya da hatalı uygulanan spor programlarından da sorumludur. Üyelerin yanlış antrenman programlarına dahil edilmesi ya da hatalı birtakım programların uygulanması sebebiyle zarar görmeleri durumunda, spor salonu işletmecisinin sorumluluğu gündeme gelir.

Spor salonunda, üyelerin birbirlerine vermiş olduğu zararlardan spor salonu işletmecisinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Spor salonu işletmecisi, spor salonu sınırları içerisinde her bir üyenin hareketlerinden sorumludur. Çünkü spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında spor salonu işletmecisinin koruma yükümlülüğünden bahsedilir^{70,71}.

2. Spor Salonunda Çalışanların Hareketlerinden Sorumluluk

Spor salonu işletmecisi, kendi yanında çalışanların hareketlerinden sorumludur. Burada aslında yardımcı kişinin sorumluluğu çerçevesinde durumu ele almak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 116. maddesine göre borçlu, yanında çalışan yardımcılarının işi yürüttükleri sırada vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmaktadır⁷².

Üye, spor salonunda çalışan bir antrenör tarafından verilen program nedeniyle bir zarar uğramışsa ya da üyenin, spor salonundaki ağırlıkların çalışanlar tarafından düzgün bağlanmaması sebebiyle bu ağırlıkların altında kalması veya sauna, soyunma odaları vb'lerinin temizliğinin yapılmamasından dolayı üyenin hastalanması durumlarında spor salonu işletmecisinin sorumluluğu gündeme gelir⁷³.

⁶⁹ Wurmnest (n 25) § 307 Rn. 159; Graf von Westphalen (n 26) Rn. 26; Rusch (n 1) 14.

⁷⁰ Her sözleşmede olduğu gibi spor salonu üyeliği sözleşmesinde de spor salonu işletmecisi ile bu salonda çalışanların uymak zorunda oldukları edim yükümlülükleri yanında koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır.

⁷¹ Eğer şartları varsa üyelerin birbirlerine verdikleri zararlardan her bir üye haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur.

⁷² Spor salonu çalışanı, doğrudan ifa fiili ile ilgili zararlardan değil; aynı zamanda alacaklının edim menfaati dışında kalan şahısvarlığı ile malvarlığı değerlerine yönelik zararlardan da sorumlu tutulabilir. Bir başka ifadeyle üyenin edim menfaati dışında kalan malvarlığı değerleri ve kişilik değerlerinin de spor salonu çalışanı ya da çalışanlarınca korunması gerekir.

⁷³ Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (On İki Levha 2019) 274.

3. Hizmet Yelpazesinin Yetersiz veya Kısıtlı Olmasından Sorumluluk

Spor salonu üyeliği sözleşmesiyle üye, sportif faaliyetlerde bulunma ve egzersiz yapma imkânına sahip olur. Spor ekipmanlarının çoğunlukla dolu olması, sauna veya havuz için sürekli sıra beklenmesi, eğitim ya da soyunma odalarının aşırı kalabalık olması, eğitim seanslarının yenilerinin eklenmemesi veya seansların iptal edilmesi gibi durumlarda spor salonu işletmecisinin sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varılır⁷⁴. Benzer durum spor salonunun belli yerlerinin kapatılıp sadece küçük bir alanda bu faaliyetlerin yürütülmesi zorunluluğunun doğduğu hâllerde de gündeme gelir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor ekipmanlarının sayıca yeterli olmaması ya da hiç bulunmaması durumunda sorumluluk açısından kira hukuku hükümlerinden de faydalanılabilir. Nitekim ortada bir ayıplı hizmet bulunmakla birlikte özellikle spor ekipmanlarının kullanılması kira hükümlerini akla getirir. TBK'nin 301. maddesinden hareketle spor salonu işletmecisinin spor ekipmanlarını sağlama hususundaki yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenebilir. Bu durum özellikle *vücut geliştirme sözleşmesinde* kendisini gösterir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde birden fazla üyenin aynı anda sportif faaliyetlerde bulunabilmesi söz konusudur. Bu nedenle her bir üyenin tüm salon ve spor ekipmanlarından eşit şekilde yararlanması gerekir. Şayet üye, salonu ve spor ekipmanlarını sözleşmede öngörüldüğü üzere kullanamazsa bedelden indirim ya da tazminat söz konusu olur. Bununla birlikte sözleşmenin feshi de düşünülebilir.

Spor salonu işletmecisi birden fazla spor salonuna sahip olabilir. Bir spor salonu herhangi bir sebeple kapatılırsa üyelerin, diğer salonlardan faydalanmasına imkân tanınmalıdır. Ancak bu durum hizmetin tam olarak alınamaması sonucunu doğurur. Çünkü bir salonun kapanmasıyla diğer salonların kullanılmasına izin verilmesi, salonların aşırı kalabalık olmasına sebep olur. Bu durum spor salonlarının amaçlandığı şekilde kullanılmasını ortadan kaldırır. Benzer sonuçlar, yenileme veya onarım nedeniyle spor salonlarının uzun süreli kapanışları veya spor salonunun açılış saatlerindeki değişiklikler için de geçerlidir⁷⁵.

⁷⁴ Rusch (n 1) 16.

⁷⁵ Rusch (n 1) 17.

4. Vestiyer ve Dolapların Kullanımından Sorumluluk

Bir spor salonunda vestiyer ve dolapların kullanımından dolayı spor salonu işletmecisinin sorumluluğu vardır. Üyelerin özel eşyalarını koyabilecekleri dolapların kullanıma hazır ve kilitli olması gerekir⁷⁶. Spor salonu işletmecisi, üyenin dolabını kilitlediği ve fakat kilit kırılarak dolabın içinden çalınan eşyalarından sorumludur. Ancak üye, dolabı kilitlemeyi unutmuşsa o zaman müterafik kusurundan bahsedilir⁷⁷.

Kilitli dolaplar dışında kilidi bulunmayan dolapların da (vestiyer buna örnek oluşturabilir) spor salonunda bulunması mümkündür. Aslında bu dolaplar, kullanım için pek uygun değildir. Ancak yine de kilitsiz dolapların yetkisiz kişiler tarafından açılmaması gerekir. Şayet spor salonu işletmecisi bu tür dolapların kullanımını sağlıyorsa, güvenliği açısından da gereken tedbirleri almalıdır; aksi hâlde spor salonu işletmecisinin sorumluluğu söz konusu olur.

Spor salonu işletmecisinin, spor salonu üyeliği sözleşmesinde vestiyer veya dolaplar açısından ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir⁷⁸. Dolapların yanında spor salonu işletmecisinin üyenin özel eşyalarından sorumlu olmayacağına ilişkin koymuş olduğu işaretler veya bilgilendirmeler, işletmeciyi sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü spor salonu ve ilgili odalar, spor salonu işletmecisinin hakimiyet alanı içerisinde kalmaktadır.

Vestiyer ve dolaplardan eşyası çalınan veya kaybolan üye, zararının tazmin edilmesi için spor salonu işletmecisine başvurabilir. Burada önemli olan husus, kaybolan eşyaların üyeye ait olup olmadığı ile özellikle dolabın içerisinde bulunan eşyaların değerlerinin tespit edilebilmesidir. Bu açıdan zararın gerçek miktarının tam olarak hesaplanması her zaman mümkün olmaz. TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle hâkim TBK'nin 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre zararın miktarını, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, hakkaniyete uygun olarak belirlemelidir⁷⁹.

⁷⁶ Üyenin spor salonunda kaldığı süre zarfında dolap üzerinde dolaysız, tek başına, fer'î zilyetliği bulunmaktadır.

⁷⁷ Müterafik kusur hususunda ayrıntılı bilgi için bkz., Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (On İki Levha 2012) 9 vd.

⁷⁸ Rusch (n 1) 18.

⁷⁹ Bu noktada "Konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu" başlıklı bölümünde (TBK m. 576 vd.) yer alan kurallardan kıyasen yararlanmanın mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce TBK'nin 576 vd. maddelerini burada uygulamak mümkün değildir. Çünkü söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için konusu konaklama olan bir sözleşmenin varlığı ile bir

D. Kişisel Verilerin Korunması Açısından Spor Salonu Üyeliği Sözleşmesi

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyenin birtakım kişisel verilerine ihtiyaç duyulur. Üyelik sözleşmesi açısından bu durum kişisel verilerin korunmasını beraberinde getirmektedir.

Spor salonu üyeliği için genellikle bir üyelik kartı oluşturulur. Bu kartın oluşturulabilmesi için üyelerin fotoğraflar, adresler, tamamlanmış sağlık anketleri ve diğer kişisel bilgilerine ihtiyaç duyulmakta ve bu bilgiler üyelerden istenmektedir. Üyelerden alınan bilgiler, kişisel veriler kapsamına girer. Hatta üyelerden spor salonu üyeliği için alınan boy, kilo, kan grubu vb. bilgiler kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Bu noktada hemen belirtilmelidir ki spor salonu üyeliği için üye olmak isteyen kişinin parmak izinin alınması ve üyeliğin bu şarta bağlanarak zorunlu tutulması hukuka aykırı olur⁸¹.

Spor salonu üyeliği sözleşmesi kapsamında bu tür verilerin işlenmesi ve kullanımı veri koruma ve gizlilik düzenlemelerine tabidir⁸². Bu verilerin bir kısmı da özel nitelikli kişisel veriler olarak değerlendirilir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu vermiş olduğu bir kararda⁸³, *“Spor salonu üyeliği için özel nitelikli kişisel veri niteliğindeki kan grubu verisinin işlendiği ve bu işleme için açık rıza alınmadığı dikkate alındığında Kanun’un 12’nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeyen veri sorumlusu hakkında, veri sorumlusunca işletilen spor salonunun üyelik sözleşmesi kapsamında çok sayıda üyenin kişisel verilerinin işlendiği, bunlar arasında özel nitelikli kişisel verilerin de bulunmasının kullanıcıların mahremiyeti açısından önemli bir risk arz ettiği, veri sorumlusunca ilgili kişi başvurusunun cevapsız bırakıldığı, ve spor salonu işletmeciliğinin yanı sıra turizm ve otel işletmeciliği ile inşaat taahhüt gibi birçok sektörde faaliyet gösteren veri sorumlusunun ekonomik durumu da dikkate*

konaklama yerinde, konaklanmış olunması (geceyi geçirme, barınma) aranmaktadır. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde böyle bir durumdan bahsedilmez. Konaklama yeri işletenin sorumluluğu için ayrıca bkz., Ş. Barış Özçelik, ‘Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2283, 2287 vd.; Mustafa Tiftik, *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi* (Yetkin 2007) 174 vd.

⁸⁰ Canan İmançlı, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (On İki Levha 2020) 89.

⁸¹ Fatma Koç, *İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi* (On İki Levha 2022) 169.

⁸² Rusch (n 1) 18.

⁸³ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/12/2022 tarih ve 2022/1357 sayılı kararı, www.kvkk.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.07.2025.

alınarak Kanun'un 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına..." diyerek spor salonu üyeliği için alınan kan örneklerinin özel nitelikli kişisel veri olduğunu kabul etmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 4. maddesinde kişisel verilerin işlenmesindeki genel ilkeler ortaya koyulmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasına göre kişisel verilerin işlenmesinde, işlemenin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi zorunludur⁸⁴. Spor salonu üyeliği ve üyelik kartı açısından da bu ilkeler doğrultusunda hareket edilmesi gerekir. Bu nedenle örneğin spor salonu üyeliği sözleşmesinde üyelerin adreslerinin üçüncü kişilerle paylaşılması -açık rıza olmadıkça- yasaktır.

Üyelerin spor salonuna giriş ve çıkışlarında kontrollerin biyometrik veri işleyerek yapılması söz konusudur. Biyometrik verilerle kimlik kontrolü yapılırken kişisel verilerin işlenmesi gündeme geldiği için burada özellikle ölçülülük ilkesine dikkat edilmesi gerekir. Konuya ilişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulu vermiş olduğu bir kararında⁸⁵ *"Spor kulübüne giriş ve çıkışların kontrolü amacıyla getirilen avuç içi izinin taranması suretiyle kişilerin kimlik doğrulamasının yapılmasının, biyometrik veri kapsamında değerlendirilmeyeceği ve bu sistemin yanı sıra dileyen üyelerin kart göstermek suretiyle tesisten faydalandıkları iddia edilse de avuç içi tarama sisteminin biyometrik veri tanımını karşıladığı, bu sistemin yanı sıra seçimlik hak sunulsa bile biyometrik veri içeren bir sistemin tesis giriş ve çıkışlarında kullanılmasının Kanunun "Genel İlkeler" başlıklı 4 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendindeki ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılması nedeniyle Şirketin söz konusu uygulamasının Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varıldığından, Kanunun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında veri sorumlusu hakkında 225.000 TL idari para cezası uygulanmasına..."* diyerek somut olayda ölçülülük ilkesine aykırılık olduğunu tespit etmiştir.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Baskı, On İki Levha 2020) 384 vd.

⁸⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/02/2020 Tarihli ve 2020/167 Sayılı Kararı, www.kvkk.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.07.2025. Benzer şekilde bkz., Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 Sayılı Karar ve 31/05/2019 Tarihli ve 2019/165 sayılı Kararı, www.kvkk.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.07.2025.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde kişisel verilerin korunması açısından değerlendirilebilecek bir diğer durum spor salonunun bazı alanlarında video kaydı ve gözetim yapılması ile elde edilen kayıtların saklanmasıdır. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor salonunun bazı belirtilmemiş alanlarında video kaydı alınmasa ve gözetimi yapılmasına ya da kayıtların sınırları belirlenmemiş “*duruma göre*” saklanmasına izin veren sözleşme hükümleri şeffaf değildir⁸⁶.

III. Sözleşmenin Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin sona ermesi doğrudan (kendiliğinden) sona erme ile bir hukuki işlemle sona erme şeklinde ikiye ayrılır⁸⁷. Burada sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine örnek olarak sözleşme sürenin sona ermesi, ölüm, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlandırılması, iflas vb.’leri verilebilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin bir hukuki işlemle sona ermesinde olağan fesih ve olağanüstü (haklı sebeple) fesih olmak üzere iki imkândan bahsedilebilir⁸⁸. Olağan fesihte taraflardan herhangi birinin bir sebebe dayanmasına ihtiyaç olmaksızın sözleşmenin ortadan kaldırılması söz konusudur⁸⁹. Olağan fesih, sürekli borç ilişkisinin ifa ile sona ermeyeceği durumundan hareketle, bunun olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla getirilmiş bir araçtır⁹⁰. Olağanüstü fesihte ise taraflardan biri haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdirmektedir. Olağanüstü fesih, sözleşmenin yapıldığı anda öngörülemeyen ve fakat sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkarak işlem temelinin çökmesine neden olan, taraflardan sözleşmenin devamının beklenemeyeceği durumlarda gündeme gelir⁹¹.

Spor salonu üyeliği sözleşmesi, kendiliğinden sona erebileceği gibi bir hukuki işlemle de sona erebilir. Örneğin sözleşmenin taraflarından biri olan üyenin ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Benzer şekilde spor salonu işletmecisinin iflası, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur.

⁸⁶ Wurmnest (n 25) § 307 Rn. 159.

⁸⁷ Altınok Ormancı (n 29) 84.

⁸⁸ Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (On İki Levha 2019) 228; Seliçi (n 28) 132; Altınok Ormancı (n 29) 90.

⁸⁹ Seliçi (n 28) 132; Altınok Ormancı (n 29) 90.

⁹⁰ Demirsatan (n 88) 230.

⁹¹ Altınok Ormancı (n 29) 93.

Bununla birlikte özellikle spor salonu üyeliği sözleşmesinin olağanüstü (haklı nedenle) feshi üzerinde durmakta fayda vardır⁹². Uygulamada sıkça karşılaşılan birtakım sebeplerden dolayı, spor salonu üyeliği sözleşmesinin olağanüstü feshi söz konusu olmaktadır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde fesih sebebinin “*uygun delillerle inandırıcı kılınması*” gerektiğini belirten bir hüküm, üyenin hangi kesin delilleri sunması gerektiği belirsiz olduğundan, şeffaflık ilkesiyle bağdaşmaz⁹³.

B. Spor Salonu İşletmecisi Tarafından Sözleşmenin Olağanüstü (Haklı Nedenle) Feshi

Spor salonu işletmecisi, spor salonunun kurallarını belirleme yetkisine sahiptir. Spor salonu işletmecisi tarafından belirlenen kurallara uygun hareket etmeyen ve konuya ilişkin uyarılmasına rağmen bu türlü hareketleri yapmaya devam eden üye ya da üyelerin sözleşmeleri, herhangi bir bildirim olmaksızın feshedilebilir⁹⁴.

Spor salonu kurallarına uyulması, spor ekipmanlarının talimatlar doğrultusunda amacına uygun kullanılması ve diğer üyelerin haklarına da saygı duyulması, herhangi bir spor salonu kuralı olmasa bile dürüstlük kuralı gereği kendisini gösterir. Bu sebepten dolayı kurallara aykırı davranış içerisinde olan üye ya da üyelerin sözleşmeleri sona erdirilir. Örneğin cinsel taciz, vücut kas oranını arttırmak amacıyla yasa dışı madde satışı, mala zarar verme, hırsızlık ve benzeri tehlikeli davranışlarla diğer üyeleri rahatsız etme ya da onlara zarar verme fesih sebepleri arasında yer alır⁹⁵.

C. Üye Tarafından Sözleşmenin Olağanüstü (Haklı Nedenle) Feshi

Spor salonu üyeliği sözleşmesi üye tarafından haklı sebeplerin varlığı halinde feshedilebilir. Üyenin sözleşmeyi feshetmesi farklı sebeplere dayanabilir. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde yer alan hükümler, çoğunlukla üyenin olağanüstü fesih hakkını önlemeye çalışır⁹⁶. Bu açıdan hamilelik, hastalık veya diğer sebeplerin varlığı durumunda üyenin sözleşmeyi olağanüstü feshetme hakkı

⁹² Graf von Westphalen (n 26) Rn. 23.

⁹³ Wurmnest (n 25) § 307 Rn. 157.

⁹⁴ Rusch (n 1) 13.

⁹⁵ Rusch (n 1) 14.

⁹⁶ Schwefer (n 3) 141.

elinden alınmak istenir. Sözleşmede yer alan maddeler de bu doğrultuda düzenlenmektedir. *“Üyenin üyeliğinin hastalık, hamilelik veya diğer sağlık nedenleriyle kesilmesi veya kurs programının bu nedenlerle başlatılmaması durumunda, kursun sonu kesinti süresi kadar uzatılır. Ancak bu, müşteriyi kararlaştırılan ödeme tarihlerinden muaf tutmaz.”* şeklindeki hüküm feshin önlenmesine örnek oluşturabilir. Bu açıdan her iki tarafın somut olaydaki durumları ve sözleşmeden kaynaklanan menfaatleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

1. Hastalık Sebebiyle

Üyelerden birinin hastalığı, hastalığın iyileşme süresi boyunca spor salonundan yararlanılmasını engelleyeceği gibi antrenman programlarına katılımı da engeller. Bu durumda hem üyenin hem de spor salonu işletmecisinin meşru haklarından bahsedilir. Şöyle ki üyenin hastalığı sebebiyle spor salonundan alamadığı hizmetler için ödeme yapmak zorunda olmaması gerekirken; spor salonu işletmecisinin de önceden planlanan ve hizmet karşılığı ödeneceği taahhüt edilen ücreti alabilme hususunda bir hakkı bulunmaktadır⁹⁷.

Üyenin hastalığı dendiğinde bunun spor salonunu kullanamayacak derecede uzun süreli ve ağır bir hastalık olması gerekir⁹⁸. Kısa süreli veya ağır olarak değerlendirilemeyecek bir hastalık dolayısıyla sözleşmenin feshedilmesi haklı olmaz. Aksi durumda örneğin hafif bir grip olması sebebiyle sözleşmenin üye tarafından feshedilmesi, son çare olarak kabul edilen olağanüstü fesih hakkını aşırı zorlamak olurdu⁹⁹. Nitekim Frankenthal Yerel Mahkemesi’nin bir kararına¹⁰⁰ göre spor salonu üyeliği sözleşmesinin hastalık sebebiyle olağanüstü feshedilebilmesi için üyenin, belirli olmayan bir süre boyunca sportif hizmetlerden faydalanmasını imkânsız kılan bir hastalığa yakalanması gerektiği; feshe yol açan şikayetler sözleşmenin imzalandığı tarihte mevcut değilse ve bunların ortaya çıkması üye için öngörülemiyorsa, üyenin önceden var olan tıbbi rahatsızlıklarının olağanüstü fesihte haklı sebep oluşturmayacağı belirtilmiştir. Ben-

⁹⁷ Schwefer (n 3) 143.

⁹⁸ Bisiklet kazası sonucu oluşan ve uzun süreli egzersiz yapamamaya yol açan ciddi sağlık sorunları, spor salonu üyeliği sözleşmesinin olağanüstü feshedilmesine imkân tanır. Bkz., Amtsgericht München-113 C 27180/1, online.beck.de, Date of Access 17 July 2025.

⁹⁹ Schwefer (n 3) 143.

¹⁰⁰ Amtsgericht Frankenthal-3c C 51/19, Urteil vom: 05.06.2020, online.beck.de, Date of Access 15 July 2025.

zer şekilde Münih Yerel Mahkemesi de¹⁰¹ spor salonu üyeliği sözleşmesi imzalarlarken, mevcut bir hastalık nedeniyle spor salonunun hizmetlerinden yararlanamayacağını önceden bilen üyenin, fiilen antrenman yapamayacak olması durumunda olağanüstü fesih hakkının olmayacağına karar vermiştir. Bu durumun tek istisnası ise sözleşmede özel bir fesih hakkının açıkça kararlaştırılmış olmasıdır.

Hastalığın uzun süreli ve ağır olması, üyenin geleceği açısından da değerlendirilmelidir. Nitekim uzun süreli bir hastalığın varlığı üyenin, fiziksel sağlığını da olumsuz etkileyecek; özellikle kas yapısını önemli ölçüde bozabilecektir. Bu nedenle, uzun süreli hastalık veya yaralanma durumunda, üyenin sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceği varsayılabilir¹⁰². Bununla birlikte üye için eğitimi makul kılmayan bir hastalık veya yaralanmanın süresine ilişkin kesin bir kural belirlemek mümkün olmaz. Her bir somut olay kendi içerisindeki şartlarla değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Örneğin altı aylık sözleşme süresinde üç aydan uzun süren bir hastalık, sözleşmenin sürdürülmesinin makul olmadığını kolayca ortaya çıkarır¹⁰³.

Hastalık sebebiyle olağanüstü fesih, üyenin hastalığının durumunu ortaya koyan ve belirten bir sağlık raporu sunmasına bağlı tutulamaz. Sağlık raporunun üyenin egzersiz yapmasını sürekli olarak engellediğini belgelemesi ve ispatlaması durumunda, spor salonu işletmecisinin çıkarlarını yeterince dikkate aldığı sonucunu doğurur¹⁰⁴. Üye, (belirtilmemiş) bir hastalık için sağlık raporu sunup sunmamaya karar verme ve fesih bildirimini buna bağlama özgürlüğüne sahip olmalıdır^{105,106}.

2. Üyenin İkamet Değişikliği Sebebiyle

Üyenin ikametgahını değiştirmesi sebebiyle sözleşmenin olağanüstü feshi mümkündür. Bu durumda üyenin sözleşmeye bağlı kalmasını beklemek hakkaniyetli olmaz. Örneğin mesleki nedenlerle başka bir şehre taşınmak zorunda

¹⁰¹ Amtsgericht München- 213 C 22567/11, Urteil vom 13.10.2011, online.beck.de, Date of Access 15 July 2025.

¹⁰² Graf von Westphalen (n 26) Rn. 23.

¹⁰³ Schwefer (n 3) 144.

¹⁰⁴ Wurmnest (n 25) § 307 Rn. 157.

¹⁰⁵ Graf von Westphalen (n 26) Rn. 23.

¹⁰⁶ Spor salonu işletmecisine sözleşmeyi feshetme seçeneğini sunmadan, hizmetlerini üyenin değişen sağlık durumuna göre doğrudan uyarlama hakkı veren hükümler de geçersizdir.

kalan bir üyenin, eski ikamet ettiği yerdeki spor salonuna gitmesi beklenemez. İkamet değişikliği kararı spor salonunun değil, müşterinin etki alanında olsa da bu durum *pacta sunt servanda* ilkesi gereği üyenin fesih konusunda meşru bir hakka sahip olmadığı anlamına gelmez¹⁰⁷.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinden dolayı, üyenin ikamet değişikliği yapmaması düşünülemez. Üyenin özel hayatıyla ilgili birçok sebepten dolayı ikamet değişikliğinde bulunması mümkündür ve hatta çoğu zaman ikamet değişikliği zorunludur. Böyle bir durumda, spor salonunun çıkarları dikkate alınsa bile, üyenin sözleşmenin sonuna kadar ücreti ödemesi kendisinden beklenemez. Ancak Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara¹⁰⁸ göre hastalık veya hamilelikten farklı olarak ikamet değişikliği spor salonu üyeliği sözleşmesinin olağanüstü feshi için genellikle haklı bir sebep oluşturmaz. Çünkü ikamet değişikliğinin sebepleri -işle veya aileyle ilgili olsa bile- sadece üyenin etki alanı içerisindedir¹⁰⁹.

3. Askerlik Hizmeti, Farklı Yerde Görevlendirilme veya Hamilelik Sebebiyle

Üyenin askerlik hizmetini yapması için çağırılması, farklı bir yerde görevlendirilmesi veya hamile kalması gibi nedenlerde de sözleşmenin feshi gündeme gelir.

Zorunlu askerlik hizmeti anayasal bir yükümlülüktür. Farklı bir yerde görevlendirilme ve askerlik hizmeti nedeniyle sportif faaliyetlere artık katılamama durumunda, spor salonu üyeliği sözleşmesinin feshedilmesi haklı bir gerekçeye bağlanmaktadır.

Benzer şekilde hamilelik durumunda da üyenin sözleşmeyi feshetme konusunda meşru bir hakkı vardır¹¹⁰. Çünkü hamilelik durumunda genellikle geleneksel bir egzersizden ziyade özel bir antrenman önerilmektedir¹¹¹. Kanaatimizce hamile üyeye özel bir antrenman programı (örneğin yoga) sunuluyorsa üye sözleşmeye devam edebilir; ancak hamile üyenin, kendisine sırf özel bir antrenman programı sunulduğu gerekçesiyle sözleşmeyi feshedemeyeceği söylenemez.

¹⁰⁷ Velhorst (n 39) 134; Schwefer (n 3) 145.

¹⁰⁸ BGH XII ZR 62/15, Urteil vom: 04.05.2016, online.beck.de, Date of Access 16 July 2025.

¹⁰⁹ Benzer şekilde bkz., Wurmnest (n 25) § 307 Rn. 157.

¹¹⁰ Graf von Westphalen (n 26) Rn. 23.

¹¹¹ Velhorst (n 39) 126.

4. Spor Salonunun Taşınması, Tadilatı veya Açılış Saatlerinin Değişmesi Sebebiyle

Spor salonunun taşınması sebebiyle yerleşkesinin değişmesi ve ulaşımın elverişsiz hâle gelmesi ya da ulaşım için uzun mesafelerin katedilecek olması nedeniyle spor salonu üyeliği sözleşmesinin sürdürülmesinin imkânsızlığı üyeye olağanüstü fesih hakkının tanınması gerektirir¹¹². Kanaatimizce bu durumda dikkat edilmesi gereken mesele spor salonunun taşınması neticesinde spor salonuna ulaşımın oldukça güçleşmesidir. Ulaşım noktasında büyük zorluklar yoksa sözleşmenin haklı sebeple feshinden bahsedilemez.

Benzer şekilde spor salonunun tadilat veya onarımının uzun sürmesi sebebiyle spor salonunun kapalı kalması da feshi gündeme getirir. Ayrıca spor salonunun açılış saatlerinin değişmesi de aynı sonucu doğurabilir¹¹³. Spor salonu üyeliği sözleşmesinde sportif faaliyetler aslında boş zaman aktivitesi olarak değerlendirilmekte ve açılış saatlerindeki değişiklik birçok üye açısından katılımı imkânsız hâle getirmektedir¹¹⁴.

5. Antrenman Olanaklarının Yetersiz Hâle Gelmesi Sebebiyle

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde üye, spor salonundaki antrenman olanaklarının yetersizliği sebebiyle sözleşmeyi olağanüstü feshetme hakkına sahiptir. Söz konusu yetersizlikler spor salonunun fiziksel imkânlarındaki eksiklikler olabileceği gibi eğitmen kadrosuna ilişkin eksiklikler de olabilir.

Sözleşmenin kurulduğu sırada antrenman olanaklarının yeterli olması ve fakat ilerleyen süreçte bu imkânların azalması ya da tamamen ortadan kalkması, sözleşmenin devamını çekilmez bir hâle getirmişse, fesih gündeme gelir.

Sonuç

Günümüzde oldukça popüler olan spor salonları, birçok sportif faaliyetin aynı anda yapılması imkânını sağlamaktadır. Sportif faaliyetlerde bulunma isteğinde olan üye, spor salonu işletmecisi ile spor salonu üyeliği sözleşmesi akdetmektedir.

¹¹² Velhorst (n 39) 134-135.

¹¹³ Rusch (n 1) 17.

¹¹⁴ Velhorst (n 39) 135.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinin hukuki niteliğine bakıldığında bu sözleşmenin abonelik sözleşmesi özelliği gösteren isimsiz bir sözleşme olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca sözleşme, sürekli borç ilişkisi doğurmaktadır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde gerek spor salonu işletmecisinin gerekse üyenin birtakım yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler, spor salonu üyeliği sözleşmesinde tarafların borçlarını tam ve uygun olarak yerine getirebilmeleri bakımından son derece önemlidir. Spor salonu işletmecisi birden çok üyeye aynı anda hizmet sağlamak, spor ekipmanlarının kontrolü, bakımı ve yenilenmesi için gerekli tedbirleri almak, üyeleri bilgilendirmek ve sportif faaliyetler dışındaki hizmetleri sunmakla yükümlüdür. Üye ise başta ücret ödeme olmak üzere spor ekipmanlarını amaca uygun şekilde kullanma yükümlülüğü altındadır.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinde spor salonu işletmecisi bazı durumlardan ötürü üyeye karşı sorumlu olur. Somut olay dikkate alınarak yapılacak değerlendirmelerden sonra kaza veya yaralanmadan, spor salonunda çalışanların hareketlerinden, hizmet yelpazesinin yetersiz veya kısıtlı olmasından veya vestiyer ve dolapların kullanımından dolayı spor salonu işletmecisinin sorumluluğu gündeme gelir.

Spor salonu üyeliği sözleşmesinin sona ermesinde özellikle olağanüstü (haklı) sebeple sözleşmenin feshine bakmakta fayda vardır. Bu çerçevede üye açısından birçok farklı neden, haklı sebeple feshi doğurur. Üyenin hastalığı, ikamet değişikliği, askerlik hizmeti, farklı yerde görevlendirilmesi veya hamileliği, spor salonunun taşınması, tadilatı veya açılış saatlerinin değişmesi veya antrenman olanaklarının yetersiz hâle gelmesi gibi durumlarda haklı sebeple fesih söz konusu olur.

Kaynakça

- Altınok Ormancı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011)
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin 2022)
- Aslan M, 'Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi' (2020) 6(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-182
- Aslan İY, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2022)
- Ateş D, *Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa* (Beta 2021)
- Aydoğdu M. ve Kahveci N, *Tüketici Hukuku* (Adalet 2021)
- Ayrancı H, *Enerji Sözleşmeleri* (Yetkin 2010)
- Bal Y, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (Seçkin 2020)
- Başıoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012)
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (On İki Levha 2012)
- Berber B, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı' (2023) 1(1) Konya Barosu Dergisi 41-72
- Ceylan E, 'Abonelik Sözleşmeleri', in Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner (eds), *Milli Şerh* (Aristo 2016) 849-880
- Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2. Baskı, Adalet 2021)
- Çevik SÖ, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi', in M. Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (On İki Levha 2015) 343-368
- Dalka Okumuş Ş, *Elektrik-Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi* (Yetkin 2018)
- Demir M, '4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler' (2003) 22(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 203-236
- Demirsatan B, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (On İki Levha 2019)
- Dural M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Fakülteler 1976)
- Edis E, *Tüketicinin Korunması Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmesi* (Yetkin 2023)
- Erdoğan K, 'Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları' (2018) 26(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271-330
- Eren F, 'İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar', *Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta 2008) 85-111.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Legem 2023)

- Eren F, 'İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi', in İpek Yücer Aktürk (ed), *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* (Yetkin 2022) 13-35
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem 2023)
- Ertaş Ş, 'Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri', (2014) 9(Özel Sayı) *Terazi Hukuk Dergisi* 104-106
- Gounalakis G. ve Gounalakis K, 'Rechtsprobleme der Vertragsgestaltung bei privaten Unterrichtseinrichtungen' (1997) 3(97) *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 229-237
- Graf von Westphalen F, *Fitness- und Sportstudiovertrag*, Fitness- und Sportstudiovertrag, in Graf von Westphalen Friedrich, Thüsing and Pamp (Hrsg.) *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (C.H. Beck 2004)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (Vedat 2013)
- Gümüş MA, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde: 1-46)* (Vedat 2014)
- Huguenin C, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl., Schultess 2019)
- İmançlı C, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (On İki Levha 2020)
- İnceoğlu MM, 'Abonelik Sözleşmesinin Süresi ve Taahhütnameler', in Hüseyin Can Aksoy (ed), *Tüketici Hukuku Konferansı* (Yetkin 2016) 447-459
- Kama M, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (On İki Levha 2020)
- Karakaş S, *Tüketici Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmeleri* (Seçkin 2021)
- Karakocalı A. ve Kurşun AS, *Tüketici Hukuku* (Aristo 2015)
- Koç F, *İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi* (On İki Levha 2022)
- Köhler T, 'Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Fitnessstudioverträge' (2021) (2) *Zeitschrift für das Juristische Studium* 108-113
- Kuntalp E, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968)
- Kuntalp E, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)* (2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Baskı, On İki Levha 2020)
- Ozanoğlu HS, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku 1999)
- Özbilen AB, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2016)

- Özçelik ŞB, 'Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2283-2303
- Özel Ç ve Keleş Â, 'Elektrik Abonelik Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması' Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, in İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer (eds), 6. *Tüketici Hukuku Kongresi* (Aristo 2017) 560-611
- Özen B, 'Temel İlkeler-Madde 4' in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (eds), *Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Aristo 2016) 61-120
- Rusch, AF, 'Verträge mit Fitnessstudios' (2016) Jusletter 1-20
- Sarı S, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi* (Beşir Kitabevi 2004)
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976)
- Schwefer P, *Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Fitness-Verträgen* (Dissertation, zugleich Westfälische Wilhelms-Universität 2002)
- Sternel F, *Mietrecht aktuell* (4. Aufl., Otto Schmidt KG 2009)
- Tiftik M, *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi* (Yetkin 2007)
- Tiryaki B, *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk* (Yetkin 2007)
- Velhorst S, *Die zivilrechtlichen Grundlagen der Rechtsbeziehungen zwischen Fitnesscentern und Kunden* (Nomos 2000)
- Wurmnest W, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil I: §§ 241-310*, (Kommentierung zu BGB § 307) (9. Aufl., C.H. Beck 2022)
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Birinci Cilt* (Beta 2022)
- Yücer Aktürk İ, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi* (Yetkin Yayınları, Ankara 2016)
- Yünlü S, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (On İki Levha 2019)
- Zeytin Z, 'Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler-Hastaneye Kabul Sözleşmesi' in İpek Yücer Aktürk (ed), *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* (Yetkin 2022) 107-133

Velayet Rejimi Kapsamında Çocuk Mallarının Korunması Sorunu: Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay İçtihatları Üzerine Bir İnceleme^(*)

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ^(**)

Şelale SÜER^(***)

Öz

Türk Medeni Kanunu, velayet hakkına sahip olan ebeveynlere, velayetin birlikte ya da tek başına kullanıldığı durumlarda, çocuğun malvarlığını yönetme ve bu malvarlığından yararlanma yetkisi tanımaktadır. Bu yetki, çocuğun bakım ve eğitiminin sağlanması amacıyla ebeveynlere tanınmış olup, kural olarak çocuğun üstün yararı doğrultusunda kullanılmalıdır. Nitekim yargısal içtihatlarda da bu yetkinin kapsamı geniş yorumlanmakta; ebeveynlerin, çocuğa ait taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde çoğu durumda hâkim iznine ihtiyaç duymaksızın tasarrufta bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu geniş yetki alanı, uygulamada çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle, velayet hakkının her zaman çocuğun üstün yararı gözetilerek kullanılmadığı; bazı durumlarda ebeveynlerin çocuk mallarını kendi kişisel ihtiyaçları doğrultusunda kullandıkları görülmektedir. Bu tür kötüye kullanımların çoğu zaman ancak malvarlığında ciddi eksilmeler meydana geldikten sonra fark edilmesi, mevcut sistemin denetim mekanizmalarının sınırlılığını ortaya

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.02.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 24.05.2026.

Atıf Şekli: Selin Sert Sütçü ve Şelale Süer, 'Velayet Rejimi Kapsamında Çocuk Mallarının Korunması Sorunu: Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay İçtihatları Üzerine Bir İnceleme' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 447,481.

DOI: 10.52273/sduhfd..1893256.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya-Türkiye.

E-posta: selin81hukuk@gmail.com.

Orcid: 0000-0001-7483-6394.

^(***) Hâkim, Antalya 7. Aile Mahkemesi, Antalya-Türkiye.

E-posta: selalesuer2@gmail.com.

Orcid: 0009-0008-3536-4505.

koymaktadır. Ayrıca, çocuğun ekonomik menfaatlerinin korunmasına yönelik önleyici tedbirlerin yetersizliği, ortaya çıkan zararların telafisini güçleştirmekte ve kimi durumlarda imkânsız hâle getirmektedir. Mevcut hukuki sistemin ebeveynlere tanıdığı geniş tasarruf yetkisi ile çocuğun malvarlığının etkin biçimde korunması gerekliliği arasında bir denge kurulup kurulamadığı tartışmaya açıktır. Özellikle, hâkim denetiminin kapsamı, önleyici koruma mekanizmalarının varlığı ve ebeveynlerin hesap verme yükümlülüklerinin sınırları gibi hususlar, bu dengenin sağlanmasında belirleyici rol oynamaktadır.

Bu çalışmada, Türk hukukunda benimsenen sistemin çocuk mallarını koruma bakımından yeterliliği eleştirel bir perspektifle incelenecektir. Bu kapsamda, mevcut düzenlemelerin güçlü ve zayıf yönleri ortaya konulacak ve çocuk malvarlığının daha etkin korunmasına yönelik olası çözüm önerileri tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Çocuk Malları, Yasal Temsil, Malvarlığının Korunması, Yargıtay İçtihatları.

The Problem of Protecting Children’s Property Under The Regime of Parental Custody: An Analysis of The Turkish Civil Code and The Jurisprudence of The Court of Cassation

Abstract

The Turkish Civil Code grants parents who hold parental custody the authority to manage and benefit from the child’s property, whether custody is exercised jointly or by one parent alone. This authority is conferred in order to ensure the child’s care and education and, as a rule, must be exercised in accordance with the best interests of the child. Indeed, judicial precedents interpret the scope of this authority broadly, recognizing that parents may, in most cases, dispose of the child’s movable and immovable property without the need for prior judicial authorization.

However, this broad scope of authority gives rise to various practical concerns. In particular, it is observed that parental custody is not always exercised in line with the child’s best interests; in some cases, parents use the child’s assets for their own personal needs. Such misuse is often detected only after significant depletion of the child’s property has occurred, revealing the limitations of existing supervisory mechanisms. Moreover, the lack of effective preventive measures aimed at protecting the child’s economic interests makes it difficult-and in some instances impossible-to remedy the resulting harm.

In this context, it remains open to debate whether a proper balance has been achieved between the broad powers granted to parents and the necessity of effectively safeguarding the child’s property. Issues such as the scope of judicial oversight, the availability of preventive protective measures, and the extent of parents’ duty to account play a decisive role in maintaining this balance.

This study critically examines the adequacy of the system adopted under Turkish law in terms of protecting children’s property. Within this framework, the strengths and weaknesses of the current legal regime will be identified, and possible solutions for ensuring more effective protection of children’s assets will be discussed.

Keywords

Parental Custody, Children’s Property, Legal Representation, Protection of Property, Jurisprudence of the Court of Cassation.

Extended Summary

Turkish Civil Code grants the parent or parents who hold custody (velayet) the authority to administer and make use of the child's property. Where custody belongs jointly to both parents, this power is exercised together; where custody is vested exclusively in one parent, the authority to manage and benefit from the child's assets is likewise concentrated in that parent. In the jurisprudence of the Court of Cassation (Yargıtay), this authority has been interpreted broadly, encompassing the power to dispose of the child's movable and immovable property without the need to obtain prior judicial authorization in ordinary circumstances. While this approach is grounded in the principle of parental trust and the functional unity of custody and property management, it has generated significant controversy in both doctrine and practice.

In recent years, practical experience has revealed recurring instances in which the custody holder misuses the power of administration, expending or transferring the child's assets for personal purposes rather than for the child's benefit. In many cases, such misuse only becomes visible after irreparable or difficult-to-remedy harm has already occurred, such as the dissipation of inherited immovable property or the depletion of monetary assets. These developments have triggered renewed debate regarding whether the existing Turkish legal framework adequately safeguards children's proprietary interests or whether it prioritizes parental autonomy at the expense of effective protection.

This study examines the normative and practical tensions between the custody regime and the legal status of children's property under Turkish law. It first analyzes the conceptual foundations of custody in the Turkish Civil Code, emphasizing that custody is traditionally understood as a bundle of rights and duties serving the best interests of the child. The authority to manage the child's property is not conceived as an independent proprietary right of the parent, but as a fiduciary-like power exercised in the name and for the benefit of the child. Nevertheless, the statutory framework does not subject most acts of administration or even certain acts of disposition to systematic judicial oversight. The absence of mandatory inventory requirements, periodic reporting obligations, or prior authorization for significant transactions limits ex ante control mechanisms.

The study then explores the jurisprudence of the Court of Cassation, which has consistently affirmed that, in principle, the custody holder may dispose of the child's property without obtaining prior judicial approval, unless a specific statutory restriction applies. Although the Civil Code contains certain safeguards-such as provisions requiring court intervention in exceptional circumstances, or allowing for the appointment of a guardian in cases of conflict of interest-these mechanisms operate largely reactively. They are typically triggered only after suspicion arises or damage has been inflicted. As a result, the protective function of the law tends to manifest post factum rather than as a preventive structure.

The research further analyzes the structural risks inherent in conflating parental authority with proprietary discretion. From a normative perspective, custody is grounded in the best interests of the child and in the principle of proportionality. Yet the broad

interpretation of managerial authority may undermine these principles when there is insufficient institutional supervision. The study argues that the current regime reflects a strong presumption of parental good faith and solidarity of interests between parent and child. While such a presumption is consistent with family autonomy and the constitutional protection of family life, it becomes problematic in situations involving financial distress, family breakdown, or high-value assets inherited by minors.

In addition to doctrinal analysis, the study considers empirical observations from legal practice, including inheritance cases, compensation awards, and transactions involving immovable property registered in the name of minors. In these contexts, the potential for misuse is particularly pronounced. The dissipation of assets may permanently compromise the child's economic future, and subsequent civil liability claims against the parent often prove ineffective due to insolvency or evidentiary challenges. Thus, the remedial tools available under general tort or unjust enrichment principles do not necessarily provide adequate restoration.

Comparative insights are also incorporated to contextualize the Turkish system. In several continental European jurisdictions, significant transactions concerning a minor's property-especially those involving immovable property, loans, or encumbrances-require prior judicial authorization or are subject to stricter procedural controls. These mechanisms are designed to balance parental autonomy with preventive oversight. The comparative perspective highlights that the Turkish model places relatively greater trust in parental discretion and relies less on systematic supervision.

The study ultimately questions whether the current balance struck by Turkish law sufficiently reflects the constitutional and international obligation to prioritize the best interests of the child. Given the increasing economic value of assets transferred to minors through inheritance, gifts, or compensation payments, the risks associated with broad and unsupervised managerial powers have intensified. The research suggests that reform options might include introducing mandatory court approval for high-value dispositions, establishing inventory and reporting requirements, strengthening the role of family courts in preventive supervision, or clarifying the fiduciary character of parental property management through explicit statutory language.

In conclusion, the relationship between custody and the administration of children's property in Turkish law reveals a significant normative and practical tension. While the legal framework formally conceptualizes parental authority as a duty-oriented institution serving the child's best interests, its implementation-particularly as interpreted in judicial practice-grants extensive discretionary powers that may facilitate misuse. The existing safeguards tend to operate reactively and may fail to prevent irreversible harm. Therefore, the study argues that a recalibration of the system is necessary to ensure that children's proprietary rights are protected not only in theory but also in practice. Strengthening preventive mechanisms and reexamining the scope of parental discretion would better align the custody regime with the overarching principle of the child's best interests and with contemporary understandings of child protection in family law.

Giriş

Çocukların ekonomik haklarının korunması, modern aile hukukunun gide- rek önem kazanan alanlarından birini oluşturmaktadır. Çocukların miras, bağış- lama, tazminat, sigorta ödemeleri veya diğer hukuki işlemler yoluyla önemli malvarlığı değerlerine sahip olabilmeleri, bu değerlerin etkin biçimde korunma- sını zorunlu kılmaktadır. Çocuğun malvarlığının korunması yalnızca mevcut ekonomik ihtiyaçlarının karşılanması bakımından değil, aynı zamanda gelecek- teki yaşam koşullarının ve ekonomik bağımsızlığının güvence altına alınması açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle çocuk mallarının korunması, ço- cuğun üstün yararı ilkesinin malvarlığı hukukuna yansıyan temel görünüm bi- çimlerinden biri olarak kabul edilmektedir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, çocuk mallarının yönetimini velayet hakkının doğal bir sonucu olarak anne ve babaya bırakmıştır. Kanun koyucu, ebeveynlerin çocukla aralarındaki güven ilişkisini esas alarak, çocuk mallarının yönetimi konu- sunda geniş bir takdir yetkisi tanımış; kural olarak hesap verme, güvence gösterme veya önceden hâkim izni alma yükümlülüğü öngörmemiştir. Bu yaklaşım, aile özerkliğinin ve ebeveyn sorumluluğuna duyulan güvenin bir sonucu olarak değer- lendirilebilecektir. Ancak söz konusu sistem, ebeveynlerin her durumda çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket edeceği varsayımına dayanmakta ve bu varsay- ımın uygulamadaki karşılığının her zaman gerçekleşmediği görülmektedir.

Son yıllarda gerek yargı kararlarında gerek uygulamaya yansıyan uyumsuz- luklarda, çocuklara ait malvarlığı değerlerinin velayet hakkı sahibi ebeveynler tarafından çocuk yararı dışında kullanıldığına ilişkin örneklerle sıklıkla rastlan- maktadır. Özellikle miras kalan taşınmazların elden çıkarılması, tazminat veya sigorta ödemelerinin farklı amaçlarla harcanması ya da çocuk adına bulunan banka hesaplarının etkin şekilde korunamaması gibi durumlar, mevcut sistemin koruyucu kapasitesinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Bu tür uyumsuzlukla- rın önemli bir kısmında zararın ancak malvarlığında ciddi eksilmeler meydana geldikten sonra ortaya çıkması ise mevcut koruma mekanizmalarının büyük ölçüde sonradan müdahale esasına dayandığını göstermektedir.

Bu çalışma, çocuk mallarının korunması sorununu velayet kurumunun sı- nırları çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda öncelikle çocuk malları kavramı ve çocuk mallarının yönetimine ilişkin hukuki çerçeve ortaya konulacak; ardından Türk Medeni Kanunu hükümleri ile Yargıtay içtihatları ışığında ebeveynlerin yönetim ve tasarruf yetkisinin sınırları değerlendirilecek- tir. Son olarak mevcut sistemin çocuk mallarını koruma bakımından yeterliliği

eleştirel bir bakış açısıyla analiz edilerek, karşılaştırmalı hukuk verilerinden de yararlanmak suretiyle daha etkin bir koruma rejimine yönelik çözüm önerileri ortaya konulacaktır. Çalışmanın temel iddiası, Türk hukukunda çocuk mallarının korunmasına ilişkin mevcut düzenlemelerin ebeveynlere duyulan güven esasına dayandığı, ancak özellikle yüksek ekonomik değere sahip çocuk malları bakımından önleyici denetim mekanizmalarının yetersiz kaldığı ve bu nedenle sistemin yeniden değerlendirilmesine ihtiyaç bulunduğu.

I. Çocuk Malları Kavramı

A. Tanımı

Çocuk, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazanmaktadır (TMK m. 28/f.2). Bu çerçevede çocuk, hak ehliyetine sahip bir kişi olarak, anne ve babasının malvarlığından tamamen bağımsız ve kendisine özgü bir malvarlığına sahiptir. Türk Medeni Kanunu'nda çocuk malları, TMK m. 352-363 hükümleri¹ arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, bu kavrama ilişkin açık bir tanıma yer verilmemiştir². Bununla birlikte çocuk malları,

¹ “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu çocuk malları konusunda kapsamlı değişiklikler yapmıştır. Eski Medeni Kanun düzenlemesinden farklı olarak anne ve babaya çocuk mallarından yararlanma yetkisi verilmiştir. Çocuk mallarının geri verilmesi bakımından öngörülen vekil gibi sorumluluk da yeni düzenlemelerdendir. TMK m. 359 hükmü gereğince çocuğun anne ve babasıyla yaşadığı süre boyunca kazancının çocuğa ait olacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde TMK m. 355, m. 356, m. 358 hükümleri de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel düzenlemeler çerçevesinde TMK'ya eklenmiştir” bkz. Cem Baygın ve Murat Doğan, ‘Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı’ (2005) 9 (1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 379, 379; Seda Baş, ‘Çocuk Malları’ in Ömer Korkut ve Seda Baş (eds), *Çocuk Hukuku Genel Esaslar* (Adalet Yayınevi 2025) 355; Hayrunnisa Özdemir, ‘Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması’ (2013) 17 (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 82; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha 2024) 364; Sera Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları* (Legal Yayıncılık 2020) 2; Selma Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2000), 78; Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet* (On İki Levha 2012), 142; Onur Altınkan, ‘Ana ve Babanın Çocuk Mallarına İlişkin Tasarruf İşlemi Yapmaları Konusunda Hukuki Durum’ (2021) 11 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 73; Müfit Erkuyumcu, ‘Çocuk Malları’ (1951) 42 (7) Adalet Dergisi 975, 976; Nurettin Gürsel, ‘Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı’ (1949) 40(7) Adalet Dergisi 972, 974; Nesli Beril Özen Çolak, ‘Ebeveynlerin Sosyal Medyada Çocukları Üzerinden Elde Ettikleri Kazancın Çocuk Malları Kapsamında İncelenmesi’ (2025) 16 (61) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 531,536; Hüseyin Acun, ‘Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma Halinde Çocuk Mallarını Yönetme Yetkisinin Sınırlandırılması’ (2024) 0 (15) Terazi Hukuk Dergisi 10,16; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2001) 296.

² Özdemir ve Ruhi (n 1) 1243; Süleyman Albayrak, ‘Çocuğun Serbest Malları’ (2018) 26 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 443, 446; Ahu Ayanoğlu, ‘Velayetin Ana ve Baba-

çocuğa ait olan ve para ile ölçülebilen tüm malvarlığı değerlerini kapsayan geniş bir kavram olarak anlaşılmaktadır³. Bu kapsamda çocuğa ait taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakları, sınırlı aynî haklar, alacak hakları, fikrî ve sınâî haklar ile çeşitli ekonomik değerler çocuk malları içerisinde yer almaktadır⁴.

Çocuk, malvarlığını farklı hukuki yollarla edinebilmektedir. Bu kazanım yolları arasında başlıca miras yoluyla intikal⁵ (TMK m. 495 vd.), çocuk lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar (TMK m. 517 vd.) ve sağlar arası kazandırmalar, özellikle bağışlamalar yer almaktadır. Bunun yanı sıra, haksız fiilden doğan tazminat alacakları, sigorta alacakları, destekten yoksun kalma tazminatı ve üçüncü kişiler tarafından çocuk lehine yapılan kazandırmalar da çocuğun malvarlığına dâhildir. Ayrıca çocuğun kendi emeğiyle elde ettiği kişisel kazançlar ile nafaka alacakları da çocuk malları kapsamında değerlendirilmektedir.

Çocuk mallarının hukuki sahibi bizzat çocuğun kendisidir. Anne ve baba bu malların sahibi değil, velayet hakkı kapsamında bunları yönetme ve temsil etme yetkisine sahip olan kişiler konumundadır. Nitekim TMK m. 352 hükmü uyarınca ana ve baba, velayet devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdür. Bu durum, çocuk mallarına ilişkin hukuki ilişkinin mülkiyet değil, yönetim ve temsil esasına dayandığını göstermektedir.

ya Yüklediği Görevlerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları' in Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (eds), *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, (Seçkin Yayıncılık 2021) 275; Baş (n 1) 356; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk*, C. III, *Aile Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2023) 535.

³ 'Türk Medeni Kanunu'nda kullanılan çocuk malları kavramı çocuğun doğumunda sahip olduğu veya daha sonra edindiği malvarlığı değerlerinin tamamıdır' Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, C.III, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2025) 368; Özge Yücel, 'Türk Hukukunda Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanımı ve Harcanması ile Korunması' (2020) 15 (164) *Terazi Hukuk Dergisi* 774, 775; Ali Bozer, 'Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları' (1952) 9 (3-4) 198, 203; Caner Taşatan, *Çocuk Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2025) 177; Gökçe Canarslan, *Çocuk Malları* (TMK m. 352 vd. kapsamında) (Filiz Kitabevi 2024) 3.

⁴ Özdemir (n 1) 380; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2015) 1161; Albayrak (n 2) 446; Canarslan (n 3) 9.

⁵ Yargıtay da bu kapsamda, genellikle somut olayda çocuğa, ölen anne ya da babasından miras kalan çocuk mallarının, velayete sahip olan tarafça velayet hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını, malların ve gelirlerin çocuk yararına kullanılıp kullanılmadığını araştırarak hüküm kurmaktadır., Yargıtay 2. HD, 4126/7637, 14.4.2016; Benzer şekilde; Yargıtay 2. HD, 10748/13562, 05.10.2016; Yargıtay 2. HD, 3785/9644, 24.11.2022, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Şubat 2026.

B. Türleri

Çocuk malları, Türk Medeni Kanunu sistematığında çocuğun malvarlığı üzerinde velayet hakkı sahibi ebeveynlerin yönetim ve yararlanma yetkisinin kapsamını belirleme amacı tespit edecek şekilde sınıflandırılmıştır. Kanun koyucu, çocuk mallarını başlıca “serbest mallar” ve ebeveynin yönetimine tabi mallar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmuştur (TMK m. 357, m. 359).

1. Serbest Mallar

Serbest mallar⁶, velayet hakkı sahibi ana ve babanın yönetim ve yararlanma yetkisi dışında bırakılan malvarlığı unsurlarını ifade etmektedir⁷. Bu mallar üzerinde çocuk, kural olarak daha bağımsız bir hukuki konuma sahiptir ve ebeveynlerin müdahalesi sınırlandırılmıştır.

Türk Medeni Kanunu’nda serbest mallar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir (TMK m. 357, m.358, m. 359). Öncelikle, üçüncü kişiler tarafından çocuğa yapılan kazandırmaların, açıkça ana ve babanın kullanımına bırakılması koşuluyla gerçekleştirilmesi halinde, bu malvarlığı unsurları serbest mal niteliği kazanmaktadır. Benzer şekilde, ölüme bağlı tasarrufla çocuğun saklı payının ana ve babanın yönetimi dışında bırakılması da mümkündür.

Çocuğun kendi emeğiyle elde ettiği kişisel kazançlar ile ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa bırakılan malvarlığı değerleri de serbest mallar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu düzenlemeler, çocuğun ekonomik bağımsızlığını sınırlı ölçüde de olsa tanımayı ve güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

2. Ebeveyn Yönetimine Tabi Mallar

Çocuğun serbest malları dışında kalan tüm malvarlığı değerleri, kural olarak velayet hakkı sahibi ebeveynlerin yönetimine tabidir. Bu kapsamda, miras

⁶ ‘TMK m. 357 hükmünde çocuğun serbest mallarının ayrıca düzenlenmesi sebebiyle öğretide çocuğun serbest malları dışındaki malların dar anlamda çocuk malları olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir’ bkz. Baş (n 1) 356; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2024) 479; Oğuzman ve Dural (n 1) 287; Taştan (n 3) 183; Canarslan (n 3) 81.

⁷ Özdemir ve Ruhi (n 1) 1246; Baygın ve Doğan (n 1) 385; Albayrak (n 2) 455; Vildan Gökçaya, ‘Ana ve Babanın Çocuk Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı’, (2017) 30 (133) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325, 338; Genç Özdemir, ‘Velinin Çocuğun Banka Hesabı Üzerindeki Kullanma ve Yönetim Hakkı’ (2021) 16 (178) 1134, 1140; Gökçe Canarslan, ‘Velayet Altındaki Çocuğun Kendi Mallarını Yönetmesi’ (2025) 3 (Özel Sayı) 115,117.

yoluyla edinilen malvarlığı unsurları, bağışlamalar, tazminat alacakları, sigorta ödemeleri ve benzeri ekonomik değerler, ana ve babanın yönetim yetkisi içerisinde yer almaktadır⁸.

Bu mallar üzerinde ebeveynler, velayet hakkının bir gereği olarak yönetim ve belirli ölçüde yararlanma yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki, mutlak ve sınırsız bir tasarruf serbestisi anlamına gelmemekte; çocuğun üstün yararı ilkesi ile sınırlandırılmaktadır⁹. Dolayısıyla ebeveynler, söz konusu malvarlığı değerlerini çocuğun bakımına, eğitime ve gelişimine hizmet edecek şekilde kullanmakla yükümlüdür¹⁰.

Serbest mallar üzerinde ebeveynlerin yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmışken, diğer mallar bakımından geniş bir yönetim yetkisi tanınmaktadır. Ancak bu geniş yetki alanı, uygulamada çocuk mallarının korunması bakımından çeşitli sorunlara yol açabilmekte ve özellikle denetim mekanizmalarının yetersizliği bağlamında eleştirilere konu olmaktadır.

II. Çocuk Mallarının Yönetimi

A. Genel Olarak

Çocuk mallarının yönetilmesi, malvarlığının değerinin korunması ve artırılması için gerekli olan tüm hukuki işlemleri ve aynı hak kurma, şahsi hak kurma, var olan hakkı sona erdirmeye ve devretme ile borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin yapılmasını ifade etmektedir¹¹.

Çocuk mallarının yönetimi TMK m. 352 hükmünde “*Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler. Ana ve babanın yü-*

⁸ Özdemir ve Ruhi (n 1) 1243; Mehmet Altunkaya, ‘Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı’ Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan (Yetkin Yayıncılık 2006) 111; Albayrak (n 2) 446; Özgür Güvenç, ‘Çocuk Mallarının Yönetimi’ in Ersin Erdoğan, Belkıs Vural Çelenk ve Özgün Özyüksel (eds), *Türk Hukukunda Çocuk* (Yetkin Yayıncılık 2022) 459; Canan Yılmaz *Velâyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 298; Öztan (n 4) 1161; Andrea Büchler ve Rolf Vetterli, *Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz* (Stampfli Verlag 2018) 254; Stephan Wolf ve Yannick Minnig, *Familienrecht* (Helbing Liechtenhahn 2021) 278.

⁹ Ebru Karaman, *Velâyet Hakkı Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Anayasal Değerlendirilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 213.

¹⁰ Canarslan (n 6) 128.

¹¹ Yücel (n 3) 775; Şeref Ertaş, ‘Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi’ (2007) 9 (9) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 392, 394; Özdemir (n 1) 84; Albayrak (n 2) 446.

kümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm İsviçre Medeni Kanunu ZGB Art. 318 hükmü¹² ile Art. 324 hükmü¹³ mehzaz alınarak düzenlenmiştir. Çocuk mallarının hukuki sahibi bizzat çocuğun kendisidir; anne ve baba bu malların sahibi değil, yalnızca yöneticisi konumundadır. TMK m. 352/1 hükmü anne ve babanın çocuk malları üzerindeki yönetimi hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak düzenlemiştir¹⁴. Kural olarak velayet hakkı hem anne hem de babaya aitse çocuk mallarını yönetmek hem annenin hem de babanın yetkisindeyse, velayet hakkı sadece anneye veya sadece babaya aitse velayet hakkı sahibi kimse çocuk mallarını yönetme yetkisi de ona ait olacaktır¹⁵. Boşanma veya evliliğin butlanına karar verilmesi halinde velayet hakkını kullanma yetkisi sadece anneye veya sadece babaya verilmişse diğer tarafın çocuk mallarını kullanıp kullanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çocuk mallarının yönetimi velayet hakkı kendisine verilen anneye veya babaya verilmelidir¹⁶. Diğer görüş ise TMK m. 354 hükmü gereği velayet hakkının anneden veya babadan kaldırılmasına karar verilmesi halinde dahi buna sebep olmayan anne veya babanın çocuğun mallarını kullanma hakkının devam etmesi gerektiği yolundadır¹⁷. Kanaatimizce anne ve babanın boşanması veya evliliğin mutlak butlanına karar verilmesi halinde velayet hakkını kullanma hakkı kime aitse çocuk mallarını kullanma hakkı da velayet kendisine bırakılan anne veya babaya ait olmalıdır. Velayet

¹² ZGB Art.318 hükmü: “1.Ebeveynler, ebeveynlik hakları devam ettiği sürece, çocuğun mal varlığını yönetme hakkına ve yükümlülüğüne sahiptir. 2. Ebeveynlik hakkı sadece bir ebeveynine aitse, bu ebeveyn, velayet makamına çocuğun mal varlığının bir envanterini sunmalıdır. 3. Vasilik makamı, çocuk malvarlığının türü ve büyüklüğü ile ebeveynlerin kişisel durumlarına göre uygun görürse, düzenli hesap verme ve raporlama yapılmasını emretmektedir”.

¹³ ZGB Art.324 hükmü: “1.Ebeveynler tarafından çocuk malları özenli şekilde yönetilemiyorsa, vesayet makamı çocuk malvarlığının korunması için uygun tedbirleri alır.2. Vesayet makamı, yönetim için talimatlar verebilir ve düzenli hesap verme ve raporlama yeterli değilse, depozito veya teminat yatırılmasını emredebilir.3. Usul ve yetki konusunda, çocuk koruma hükümleri uygun şekilde uygulanır”.

¹⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 8) 367; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku* (Beta Yayıncılık 2024) 420; Özdemir ve Ruhi (n 1) 1245; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku* (Pegem Yayıncılık 2015) 254; Baygın ve Doğan (n 1) 384; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022) 518; Yılmaz (n 4) 298; Altunkaya (n 4) 12; Güvenç (n 4) 467; Ayşe Ziyen Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili (On İki Levha Yayıncılık 2019) 14; Baş (n 1) 358; Özen Çolak (n 1) 540.

¹⁵ Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 479; Baygın ve Doğan (n 1) 382; Altunkaya (n 4) 113; Oğuzman ve Dural (n 1) 297; Canarasan (n 3) 45.

¹⁶ Özdemir ve Ruhi (n 1) 308.

¹⁷ Karaman (n 9) 215.

kendisine bırakılmayan anne veya baba çocuk mallarının kötüye kullanıldığını iddia ediyorsa hâkim müdahalesi istenmelidir. Anne ve babanın çocuk üzerinde ortak velayet hakkına sahip olması halindeyse anne ve babanın çocuk mallarının yönetimine ilişkin olarak anlaşılamaması halinde TMK m. 195 hükmü gereği hâkim müdahalesi istenebilecektir¹⁸. Kanun koyucu çocuk mallarının yönetimi ifadesinin ne anlama geldiğini açıkça TMK m. 352 hükmünde belirtilmemiş ancak yönetim kavramının geniş şekilde yorumlanması gerektiği ve her türlü hukuki işlemin yönetim yetkisi kapsamında yapılabileceği sonucuna varılmaktadır¹⁹. Öğretide bu maddenin TMK m. 342 ve TMK m. 448 hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir²⁰.

Anne ve babanın yönetim hakkının kapsamında çocuğun serbest malları dışında kalan tüm malvarlığı değerleri bulunmaktadır²¹. Dolayısıyla bu çocuğun serbest malları dışındaki malvarlığı değerleri üzerinde ebeveynleri çocuk mallarını yönetme hakkını kullanacaktır²².

Velayet hakkına sahip olan anne ve baba, çocuk mallarını çocuğun yararına ve özenle yönetmekle yükümlüdür. Bu mallardan elde edilen gelirler çocuğun bakımına, eğitime ve gelişimine harcanmalıdır²³. Ebeveynler, çocuk mallarını

¹⁸ Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 479.

¹⁹ Akyüz (n 13) 250; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 384; Özdemir ve Ruhi (n 1) 1245.

²⁰ Özdemir ve Ruhi (n 1) 1244; Baygın (n 14) 384; Baygın ve Doğan (n 1) 382.

²¹ Altunkaya (n 4) 124; Baktır Çetiner (n 1) 87; Baygın ve Doğan (n 1) 385; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 8) 367; Usta (n 1) 150; Kılıçoğlu (n 8) 525.

²² Dural, Öğüz ve Gümüş (n 8) 367; Kılıçoğlu (n 8) 525; Ömer Çınar, 'Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı' (2013) 71 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1355, 1359; Altınkan (n 1) 74.

²³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2 HD 2967/223, 19.02.2020: "... Somut olayda çocuklara 15 Temmuz şehidi olan babasından intikal eden paralar ile gerek davalı gerekse davalının birinci derecedeki yakınları üzerine mal varlığı edinildiği iddia edildiğine göre mahkemece çocuklara babasından intikal eden veya intikal etmesi gereken tüm malvarlığının gelirleriyle birlikte tespit edilmesi, bu mal varlığının velayet sahibi olan davalı anne tarafından nasıl değerlendirildiğinin, çocuk yararına kullanılıp kullanılmadığının araştırılması, bu hususta bilirkişiden rapor alınması suretiyle velayet hakkını kullanan annenin Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin uygulanmasına Dair Tüzüğün 4. maddesinde açıklandığı üzere çocuk malları hakkında gerekli özeni gösterip göstermediği tespit edilerek, çocuk mallarının korunmasında gerekli özenin gösterilmediğinin belirlenmesi halinde, çocuğa ait olan tüm mal varlığı ile gelirlerinden annenin kişisel malvarlığına aktarmış olduğu kısımların tahsili, mevcut olanların da korunması amacıyla gerekli olduğu takdirde çocuk mallarının ve gelirlerinin kayıma devri (TMK m. 361) dahil kanunda öngörülen tedbirlerin alınması gerektiği...". <www.uyap.com.tr> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2026.

kendi kişisel ihtiyaçları veya menfaatleri için kullanamaz. Bu durum, çocuğun ekonomik geleceğini korumaya yönelik bir güven ilişkisi oluşturmaktadır.

Hukuk düzeni, çocuğun fiil ehliyetinin sınırlı olması nedeniyle çocuk mallarını özel bir koruma altına almıştır. Bu nedenle bazı önemli işlemler, örneğin çocuğa ait bir taşınmazın satılması veya büyük miktarda parasının yatırılması gibi durumlar, ancak vesayet makamının izniyle gerçekleştirilebilecektir²⁴. Böylece anne ve babanın çocuk mallarını kötüye kullanmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu'nda (Zivilgesetzbuch - ZGB) ZGB m. 318-327 hükümleri arasında çocuğun malvarlığına ilişkin düzenlemelere "Das Kindesvermögen (Çocuğun Malvarlığı)" başlığı altında yer verilmiştir. Buna göre ebeveynler, velayet devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme ve onu bu mallar bakımından temsil etme yetkisine sahiptir (Art. 318 ZGB); aynı hükümde çocuğun velayetinin tek bir ebeveyne verilmesi halinde çocuğun malvarlığına ilişkin envanterin vesayet makamına sunulması gerektiği ifade edilmektedir. Vesayet makamı, çocuğun mal varlığının niteliği ve büyüklüğü ile ebeveynlerin kişisel durumlarına bağlı olarak uygun görürse, periyodik muhasebe ve raporlama yapılmasına karar verebilecektir. Art. 319 ZGB hükmünde ebeveynlerin çocuğun mal varlığından elde edilen geliri çocuğun geçimi, yetiştirilmesi ve eğitimi için ve adil olduğu ölçüde ev halkının ihtiyaçları için kullanabilecekleri düzenlenmiştir. Art. 320 ZGB hükmünde çocuğun malvarlığının anlaşmalar, tazminatlar ve benzeri ödemeler, çocuğun mevcut bakım ihtiyaçlarına göre taksitler halinde kullanılabilmesi, bakım, yetiştirme veya eğitim masraflarını karşılamak için gerekli olduğu kanıtlanırsa, velayet makamı, ebeveynlerin çocuğun kalan mal varlığından belirli miktarlarda yararlanmalarına da izin verebileceği düzenlenmiştir. Art. 321 ZGB hükmüne göre çocuğun serbest malları düzenlenmiştir. Art. 322 ZGB hükmüne göre ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı anne ve babanın yönetiminde bırakılabilecektir. Art. 323 ZGB hükmüne göre çocuğun çalışması, meslek ve ticari kazanç sonucu elde ettiği gelirlerin yönetimi ve kullanımına yer verilmiştir. Art. 324 ZGB hükmüne göre çocuk mal-

²⁴ Yargıtay 14 HD, 16771/2013, 17.02.2014: "...Somut olayda velayet hakkına sahip olan anne A.K. tarafından 2006 doğumlu B.K.'ya vekaleten dava açılmıştır. Ortaklığın giderilebilmesi davası açılabilmesi için mahkemeden izin alınmamıştır. Davacıya görevli mahkemeden izin alması için süre verilmeden işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir...". <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 5 Şubat 2026.

larının korunmasına ilişkin önlemler, Art. 325 ZGB hükmüne göre çocuk mallarına ilişkin yönetimin anne ve babadan alınması, Art. 326 ZGB hükmüne göre çocuk mallarına ilişkin yönetim hakkının anne ve babadan alınması halinde veya velayetin sona ermesi halinde çocuk mallarının hesabıyla birlikte devredilmesi, Art. 327 ZGB hükmüne göre anne ve babanın çocuk mallarının geri verilmesiyle ilgili vekil gibi sorumlu olduğu hususları yer bulmuştur.

B. Velayet Hakkı Sahibi ya da Sahiplerinin Çocuk Mallarını Yönetme Yetkisi

Türk Medeni Kanunu'na göre velayet, ana ve babaya ergin olmayan çocuğun kişiliğinin korunması, bakımı ve eğitimi (TMK m. 335, 339), hukukî işlemlerde temsili (TMK m. 342) ve malvarlığının yönetimi (TMK m. 352 vd.) konusunda yetki ve yükümlülükler yükleyen bir kurumdur²⁵. Ancak bu yetkilerin tamamı, her durumda çocuğun üstün yararına uygun olarak kullanılmak zorundadır²⁶.

Ebeveynler, çocuğa ilişkin tüm kararlarında çocuğun menfaatinin gözetmekle yükümlüdür. Nitekim TMK'nın çeşitli hükümlerinde (m. 182, 324, 325, 337, 339, 346 ve 349) "çocuğun menfaati" kavramına yer verilmiştir. Buna karşılık, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin m.3 hükmünde çocuğun üstün yararını çocukla ilgili tüm işlemlerde temel ölçüt olarak açık biçimde ortaya koymaktadır. Bu ilke, ebeveynlerin karar alma süreçlerinde çocuk odaklı hareket etmelerini zorunlu kılan üst normatif bir çerçeve sunmaktadır.

Bu bağlamda velayet, ebeveyne sınırsız bir tasarruf alanı tanıyan bir hâkimiyet ilişkisi değil; çocuğun hak ve menfaatlerini korumaya yönelik işlevsel bir temsil ve güven ilişkisi olarak değerlendirilmelidir²⁷. Çocuk mallarının hukuki sahibi çocuğun

²⁵ Öğretide bir görüş velayet hakkını; korunmaya muhtaç kısıtlıların veya evlilik içinde ya da dışında doğmuş çocukların bakımının sağlanması, gereksinimlerinin karşılanması, menfaatinin korunması, malvarlıklarının yönetimi ve değerlendirilmesi ile temsillerine ilişkin hak ve yükümlülüklerin bütünü olarak tanımlamaktadır. Görüş için bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2017) 250.

²⁶ Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 455; Yıldız Abik 'Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyetle Çocuğun Yararı' in Ersin Çamoğlu, İlhan Helvacı, Veysel Başpınar, Halil Akkanat ve Zekeriya Kürşat (eds), *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, (Filiz Kitabevi 2011) 1-73; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 82.

²⁷ "Ana-babanın velayetten doğan yetkileri, özel hukuk alanında irade serbestisine dayanan mutlak ve keyfi bir hak niteliği taşımamaktadır. Bu yetkilerin kaynağı ve sınırları, doğrudan doğruya hukuk düzeni tarafından belirlenmektedir. Nitekim velayet kurumu, yalnızca Türk Medeni Kanunu hükümlerine değil, aynı zamanda çocuğun anayasal güvence altındaki temel haklarına ve modern insan hakları hukukunun kazanımlarına dayanmaktadır. Çocuk, bakım,

kendisi olup, ana ve baba bu malların sahibi değil, yalnızca yöneticisidir. Bu yönetim yetkisi mülkiyetten değil, temsil ve emanet ilişkisinden doğmaktadır.

Nitekim TMK m. 363 hükmü, ana ve babanın çocuk mallarını geri verme borcu bakımından “vekil gibi” sorumlu olduklarını açıkça düzenlemektedir²⁸. Benzer şekilde İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 327 hükmü de ebeveynlerin bu sorumluluğunu TMK m. 363 hükmündeki gibi vekil gibi sorumlu olma şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ebeveynlerin çocuk malları üzerindeki konumunun bir malik sıfatından ziyade, temsilci ve emanetçi sıfatına dayandığı açıktır²⁹.

eğitim, korunma ve temsil gibi ihtiyaçları dolayısıyla ana-babasına karşı bağımlı ve eşitsiz bir konumda bulunmakla birlikte, devlet karşısında ana-babasıyla eşit statüye sahip bir hak öznesidir. Dolayısıyla, tüm vatandaşların devlete karşı sahip olduğu temel haklar, çocuk bakımından insan hakları niteliğinde devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bu çerçevede velayet hukuku alanında devlet, yalnızca düzenleyici bir aktör değil; gerektiğinde müdahale edici fonksiyon icra eden ve velayet ilişkilerinin bütününde üst düzeyde taraf olan kamusal bir otorite konumundadır”, bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu ‘Velayet Müessesesinin Niteliğini Hak ve Yükümlülük İkileminin Dışında Yeniden Düşünmek’ (2025) 11 (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49, 82-83.

²⁸ Yargıtay 1 HD, 6626/11968, 18.11.2008: “... Davacı, 1993 yılında Sabri ve Emine Öztürk tarafından evlat edinildiğini, Sabri Öztürk’ün vefatı üzerine Sabri’den intikal eden 450 parsel sayılı taşınmazdaki 3/4 payının Emine tarafından yakın akrabası davacıya satış suretiyle temlik edildiğini, temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürüp, iptal-tescil isteğinde bulunmuştur. Mahkemece, davacıya yapılan temlikin muvazaalı olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. 450 Sayılı parsel Sabri Öztürk adına tapuda kayıtlı iken, 1994 yılında ölümü üzerine 1/4 payın eşi Emine 3/4 payının evlat edindiği davacı adına intikalinden sonra 31.08.1982 doğumlu davacıya velayeten, davacıya ait 3/4 payın Emine tarafından 18.02.1997 tarihinde davacıya satış suretiyle temlik edildiği kayden sabittir. HUMY.’nın 74-75 ve 76.maddelerinden çıkan anlam ve sonuca göre hâkim davacının bildirdiği maddi olay ve netice-i taleple bağlı ise de; cereyan eden maddi olayda hangi hukuki sebebe göre hüküm verileceği ya da hangi hukuki sebebin nazara alınacağını tayin ve taktir etmek durumundadır. O kadar ki, hukuki neden yanlış gösterilmiş ya da hiç gösterilmemiş olsa bile mahkemece, uygun hukuki neden bulunarak ona göre bir karar verilecektir. Somut olaya yukarıdaki ilkeler uyarınca bakıldığında her ne kadar mahkemece muvazaa yönünden inceleme yapılmış ise de velayet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayanıldığı ve isteğin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 2. kitabının 2. kısmının 7. ayrım başlığını taşıyan “çocuk malları” ile ilgili bölümde yer alan (TMK’nun 352 ila 363.maddeleri) düzenlemelerden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Bu tür bir iddia ile açılan davaların 18.1.2003 tarihinde yayımlanıp aynı tarihte yürürlüğe giren 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. maddesi hükmü gereğince kurulan aile mahkemelerince çözüme kavuşturulacağı tartışmasıdır. Görev kamu düzeniyle ilgili olup, mahkemece re’sen gözetilmesi gerekli bir usul kuralıdır. Hal böyle olunca; 4787 Sayılı Yasanın 2. maddesi gözetilmek suretiyle görev yönünden bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere işin esası bakımından hüküm kurulmuş olması doğru değildir. ...”. <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 4 Şubat 2026.

²⁹ Özdemir ve Ruhi (n 1) 1251; Özdemir (n 1) 92.

Ebeveynlerin çocuğun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, sıradan bir yönetim yetkisi olarak değerlendirilemez. Bu yetki, çocuğun yalnızca mevcut ihtiyaçlarını değil, aynı zamanda gelecekteki ekonomik özgürlüğünü ve yaşam olanaklarını da doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle velayetin bir “sahiplik” ilişkisi olarak yorumlanması, çocuğun mülkiyet hakkının özünü zedeleyebilecek niteliktedir.

Bu itibarla velayet, hukuki niteliği bakımından bir hâkimiyet ilişkisi değil; ağırlaştırılmış bir emanet ve koruma yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır. Aksi yöndeki bir yaklaşım, çocuk mallarına ilişkin korumayı normatif düzeyde bırakacak; uygulamada ise ciddi bir koruma açığının ortaya çıkmasına neden olacaktır.

III. TMK Kapsamında Çocuk Mallarının Yönetimi ve Korunması

Türk Medeni Kanunu, çocuk mallarının yönetimini velayet hakkının doğal bir sonucu olarak ana ve babaya bırakmıştır. TMK m. 352 hükmüne göre ana ve baba, velayet devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahiptir ve bu görevi kural olarak hesap ve güvence vermeksizin yerine getirecektir. Bununla birlikte ebeveynlerin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi hâlinde hâkim müdahalesi söz konusu olabilecektir³⁰.

Kanun koyucu, ebeveynlere tanıdığı bu yönetim yetkisini açık ve kapsamlı bir şekilde sınırlandırmamış; buna karşılık denetimi büyük ölçüde sonradan müdahale mekanizmalarına bırakmıştır³¹. TMK m. 354 hükmü uyarınca velayet hakkı devam ettiği sürece ebeveynler çocuğun mallarını kullanabilmekte³²; TMK m. 355 hükmü ise bu mallardan elde edilen gelirlerin öncelikle çocuğun bakım ve eğitimi için, hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde de aile ihtiyaçları için harcanabileceğini öngörmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun velayeti bir “koruma ve yönetim” ilişkisi olarak kurguladığı açıktır. Ancak bu sistem, özellikle çocuk mallarının satılması veya sermaye değerinin ortadan kaldırılması gibi ağır tasarruf işlemleri bakımından önleyici ve etkili bir denetim mekanizması öngörmemektedir.

³⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 8) 367; Kılıçoğlu (n 8) 525; Baygın ve Doğan (n 1) 384; Altunkaya (n 4) 112; Baktır Çetiner (n 1) 81.

³¹ Yönetim hakkının sınırlarının çocuğun serbest malları ve serbest olmayan malları ayrımı yapılmak suretiyle belirlenmesi ile ilgili bkz. Altunkaya (n 4) 113; Baygın ve Doğan (n 3) 385; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 8) 367; Özdemir (n 1) 86; Altınkan (n 1) 84.

³² Gökkaya (n 6); 326.

Türk Medeni Kanunu m. 360/1 hükmü gereğince çocuk mallarının yönetim hakkı kural olarak velayet hakkı sahibi olan anne ve baba tarafından yeterince özenli bir şekilde kullanılmazsa hâkim çocuk mallarını korumak için gerekli önlemleri alabilecektir³³. Bu anlamda, anne ve babaya talimat vermesi gündeme gelebileceği gibi belirli dönemlerde belirli dönemlerde verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse çocuk mallarının tevdi edilmesine veya anne babanın güvence göstermesine karar verebilecektir. TMK m. 360 gereği hâkim gerekli önlemleri almasına rağmen çocuk mallarının tehlikeye düşmesi engellenemiyorsa çocuk mallarının yönetimi anne ve babadan alınıp bir kayyımaya verilebilecektir³⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 356 hükmü anne ve babanın çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi yapıp yapamayacağı bakımından belirleyici düzenlemelerdendir. TMK m. 342 hükmü uyarınca ana ve baba, velayet kapsamında çocuğun yasal temsilcisidir³⁵. Aynı hükümde, vesayete ilişkin düzenlemelerin yalnızca vesayet makamının iznine tabi işlemler dışında kalan kısmının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme, vesayet altındaki kişiler bakımından taşınmaz satışlarında öngörülen hâkim izni şartının, velayet altındaki çocuklar bakımından

³³ Önleyici koruyucu tedbirlerin alınabilmesi için en azından soyut bir tehlikenin bulunması gerekirken, baskıcı koruyucu tedbirler için somut bir tehlikenin bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak her iki durumda da tehdidin objektif olarak somut ve haklı gösterilebilir olması gerekmektedir., Canan Yılmaz, 'Güncel Yargıtay Kararları Işığında Çocuk Mallarının Yönetimi: Çocuk Mallarının Korunması' Prof. Dr. Serap Helvacı'ya Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2024) 985, 988; Canarslan (n 3) 173,

³⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 8) 389; Oğuzman ve Dural (n 1) 287; Taştan (n 8) 186; Canarslan (n 3) 194, 67; 'Çocuk mallarının yönetiminin bir kayyımaya bırakılması tedbiri; çocuğun mallarının amaca uygun kullanılmayacağından korku ve endişe duyulması halinde çocuk mallarından elde edilen gelirlere ve kullanım için serbest bırakılan miktarlara kadar genişletilebilecektir', Yılmaz (n 29) 987; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2 HD 748/1270, 07/09/2021 tarihli kararı: "...Davanın çocuk mallarının korunması istemine ilişkin olduğu, malları korunması istenen çocuğun dedesi tarafından açıldığı, dava açılırken davacı tarafından dava harcının yatırılmadığı, yargılama sırasında da harç eksikliği giderilmeden karar verildiği, mahkemece, davacı tarafa dava başvuru ve maktu harcını yatırmaması için süre verilmesi, yatırdığı takdirde işin esasının incelenmesi gerektiği, bu hususun gözetilmemesinin usul ve yasaya aykırı olduğu, kabule göre de davada, davalı anne ile davaya konu çocuk arasında menfaat çatışması bulunduğu, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 4. ve 9. maddeleri ve Türk Medeni Kanunu'nun 426/2. maddesi gereğince çocuğu bu davada temsil etmek üzere temsil kayyımı atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulması, açılan davanın sonucunun beklenilmesi, çocuğu temsilen kayyımın davaya katılımının sağlanarak, gösterdiği takdirde delillerinin toplanılıp sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmediği, öte yandan, çocuk mallarının korunmasına ilişkin davaların kamu düzeniyle doğrudan ilgili olup re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varılmıştır...". <www.uyap.com.tr> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2026.

³⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 8) 382.

uygulanmayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Nitekim bu yaklaşım Yargıtay içtihatlarında da benimsenmiştir³⁶. Bu çerçevede çocuk mallarının yönetimi bakımından, tasarruf yetkisinin kapsamının daha açık ortaya konulabilmesi için taşınır ve taşınmaz mallar arasında bir ayrım yapılması isabetli olacaktır.

A. Çocuğun Taşınır Malları Bakımından Tasarruf Yetkisi

Çocuğun taşınır mallarına ilişkin tasarruf yetkisinin temel dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun m. 342 hükmünde düzenlenen temsil yetkisi oluşturmaktadır. Anılan hüküm uyarınca ana ve baba, velayet ilişkisi kapsamında çocuğun üçüncü kişilere karşı yasal temsilcisidir³⁷. Bu temsil yetkisi, vesayet makamının iznine tabi işlemler dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayet kapsamında da uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Bunun yanı sıra TMK m. 352 hükmü, ana ve babanın velayet süresince çocuğun mallarını yönetme hakkına ve yükümlülüğüne sahip olduğunu düzenlemektedir. Temsil ve yönetim yetkisi birlikte değerlendirildiğinde, ebeveynlerin çocuğun taşınır malları üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunma yetkisine sahip olduğu açıktır. Nitekim malvarlığının yönetimi, kural olarak bu malvarlığına dâhil değerler üzerinde tasarruf yetkisini de kapsamaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 356 hükmü, çocuk mallarının sarfı bakımından hâkim izni gerekliliği izlenimi doğurabilse de taşınır malların sicile bağlı olmaması ve devrinin fiilî teslim ile gerçekleşmesi nedeniyle bu hükmün taşınır mallar bakımından etkili bir sınırlama getirdiği söylenemeyecektir³⁸. Bu nedenle söz konusu hükmün, TMK m. 342'de düzenlenen temsil yetkisi ile yorumlanması gerekmektedir.

Anne ve babanın çocuğun taşınır malları üzerindeki tasarruf yetkisinin kural olarak hâkim iznine tabi olmadığı kabul edilmelidir. Sonuç olarak ebeveynler, çocuğun yararını gözetmek kaydıyla, taşınır mallar üzerinde herhangi bir ön izne ihtiyaç duymaksızın tasarruf işlemlerinde bulunabilmektedir³⁹.

³⁶ Yargıtay 2 HD, 8584/26962, 29.03.2013 sayılı ilamı ile Yargıtay, velayet hakkına sahip ebeveynin, çocuk malları üzerinde hâkim izni olmadan tasarrufta bulunabileceğini kabul etmiştir. Bu kararda özellikle taşınmaz satışında hâkim izni isteminin vesayet kurumuna özgü olduğu ve velayet kapsamındaki işlemlere uygulanmayacağı vurgulanmıştır. <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Şubat 2026.

³⁷ Baktır Çetiner (n 1) 79; Öztan (n 4) 1120-1121; Reyhani Yüksel (n 1) 113; Altınkan (n 1) 85.

³⁸ Baygın ve Doğan (n 1) 416; Zıyan (n 11) 79; Altınkan (n 1) 85.

³⁹ Baygın ve Doğan (n 1) 421; Öztan (n 4) 1166; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 8) 366; Altınkan (n 1) 85-86.

B. Çocuğun Taşınmaz Malları Bakımından Tasarruf Yetkisi

Velayet hakkına sahip olan anne ve babanın çocuğa ait olan taşınmaz mallar bakımından tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanun koyucunun TMK m. 327 hükmü ile m. 356 hükmünde çocuğun mallarına başvurma ve sarf etme için hâkim kararına ve iznine ihtiyaç duyulduğunu ifade etmesi de öğretilerde tartışmalara sebep olmuştur.

Öğretilerde anne ve babanın çocuğa ait taşınmazlar üzerinde anne ve babanın tasarruf yetkisine ilişkin olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, çocuğun taşınmaz mallarına ilişkin olarak anne ve babanın tasarruf yapabilmesi için hâkimden izin alınması gerektiğidir⁴⁰. Söz konusu görüş, çocuğun temsili ve malvarlığının yönetimini olağan ve olağanüstü temsil yetkisi şeklinde ikiye ayırmaktadır. Buna göre olağan temsil yetkisi, TMK'nın m. 352 hükmünde düzenlenen yönetim hakkına dayanmakta olup her türlü borçlandırıci ve tasarrufi işlemi kapsamaktadır; çocuk mallarının kiraya verilmesi, işletilmesi, onarımı, yenilenmesi, ürünlerin satılması ve çocuk adına hukuki işlemler yapılması bu yetki dâhilindedir⁴¹. Bu ayrımın temelinde, TMK'nın m. 327 hükmü uyarınca çocuk mallarının sarf edilmesi için kural olarak yasak olduğu, bu yasağın istisnalarını ise TMK'nın m. 355 ve m. 356 hükümlerinin oluşturduğu kabulü yer almaktadır⁴². Anılan istisnalar olağanüstü temsil yetkisi kapsamında değerlendirilmekte; özellikle TMK'nın m. 355 hükmü uyarınca hakkaniyet gerektiriyorsa çocuk gelirlerinin aile ihtiyaçları için harcanması bu kapsamda görülmektedir. Buna karşılık, TMK'nın m. 356 hükmünün ilk fıkrasında yer alan sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin hâkim izni olmaksızın kullanılabilmesi, bu tür tasarrufların olağan temsil yetkisi sınırları içinde kabul edilmesine dayandırılmakta; aynı şekilde çocuğun taşınır malları üzerinde tasarruf işlemleri de olağan temsil yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir. Taşınmaz mallar bakımından tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması amacıyla ve yalnızca hâkim izniyle mümkündür⁴³. TMK'nın m. 327 hükmü uyarınca, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk bulunmadıkça çocuk mallarının satılmasına ve satış bedellerinin kullanılmasına izin verilmesi mümkün değildir.

⁴⁰ Albayrak (n 2) 452-453; Ertaş (n 7) 394; Usta (n 1) 148; Altınkan (n 1) 88; Bozer (n 3) 203.

⁴¹ Baygın ve Doğan (n 1) 382; Ertaş (n 7) 394; "Velayet hakkına sahip olan anne ve babanın çocuğa ait taşınmazlar üzerindeki yönetim yetkisi çocuğa ait taşınmazın da satılmasını mümkün hale getirmektedir", bkz. Ziyen (n 11) 120.

⁴² Ertaş (n 7) 394; Ziyen (n 11) 120; Altınkan (n 1) 89.

⁴³ Ertaş (n 7) 395; Altınkan (n 1) 89.

Çocukların taşınmaz mallarına ilişkin anne ve babanın tasarruf işlemi yapabilmeleri bakımından hâkim görüş, anne ve babanın bu mallar bakımından hâkim iznine gerek olmaksızın tasarruf işleminde bulunulabilecekleridir⁴⁴. Ancak öğretide bu görüşü savunanlar bu görüşlerini farklı gerekçelere dayandırmaktadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, ebeveynlerin temsil yetkisini düzenleyen TMK m. 342 hükmünde, yalnızca vesayet makamının iznine tabi işlemler bakımından bir istisna öngörüldüğü; bunun dışında vesayete ilişkin hükümlerin velayet ilişkisine de uygulanabileceğinin kabul edildiği belirtilmektedir. Bu düzenlemeden hareketle söz konusu görüş, taşınmaz malların satışı için hâkim iznini zorunlu kılan TMK m. 462 hükmünün, velayet kapsamında kalan işlemler bakımından TMK m. 342 hükmü uyarınca uygulanamayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre, velayet altındaki çocuğa ait taşınmazların satışı, vesayet ilişkilerinden farklı olarak, anne ve babanın yasal temsil yetkisi çerçevesinde hâkim iznine tabi olmaksızın gerçekleştirilebilecektir⁴⁵. Söz konusu görüş, vasinin vesayet altındaki kişiyle arasında kan bağı bulunmaması ihtimaline karşı öngörülen koruyucu mekanizmanın, ebeveynler ile çocuk arasındaki doğal ve hukuken varsayılan güven ilişkisi nedeniyle velayet bağlamında zorunlu olmadığı varsayımına dayanmaktadır. Bu çerçevede, vesayet hukukunda hâkim iznine tabi tutulan işlemlerin, velayet ilişkisine aynı yoğunlukta yansıtılmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıca TMK m. 356 hükmü uyarınca hâkime tanınan yetkinin kapsamı da bu görüş doğrultusunda dar yorumlanmaktadır. Buna göre hâkimin yetkisi, ana ve babanın çocuğa ait malları satmasını genel ve soyut biçimde yasaklamak şeklinde değil; aksine, söz konusu malların maddede öngörülen koşullar gerçekleşmeksizin ve çocuğun yararıyla bağdaşmayacak biçimde, özellikle çocuğun ihtiyaçları dışında kullanılmasını önlemeye yönelik bir denetim ve koruma yetkisiyle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle hâkimin müdahalesi, velayet hakkının özüne müdahale edecek ölçüde genişletilmemeli, çocuğun malvarlığının amacına aykırı kullanımını engellemeye yönelik istisnai bir araç olarak değerlendirilmelidir⁴⁶.

Anne ve babanın, velayet altındaki çocuğa ait taşınmazlar üzerinde tasarruf işlemleri bakımından hâkim izninin aranmasına gerek bulunmadığını savu-

⁴⁴ Altunkaya (n 4) 113-114; Baktır ve Çetiner (n 1) 81; Baygın ve Doğan (n 1) 421-422; Özdemir (n 1) 86; Reyhani Yüksel (n 1) 113; Zıyan (n 11) 77; Öztan (n 4) 1166; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 8) 366; Akyüz (n 13) 261.

⁴⁵ Baygın ve Doğan (n 1) 421; Özdemir (n 1) 97; Kılıçoğlu (n 8) 522; Öztan (n 4) 1166.

⁴⁶ Altunkaya (n 4) 122; Baygın ve Doğan (n 1) 279; Altınkan (n 1) 90.

nan bir diğer görüş ise dayanağını TMK m. 363/2 hükmünden almaktadır⁴⁷. Anılan hüküm uyarınca, anne ve baba, çocuğa ait malları dürüstlük kuralına uygun olarak üçüncü kişilere devretmiş olmaları hâlinde, yalnızca bu malların yerine geçen karşılığı çocuğa geri vermekle yükümlü tutulmakta; yapılan tasarruf işleminin geçerliliği bu yükümlülüğün varlığıyla bağlantılandırılmamaktadır. Bu bağlamda, hâkim izninin gerekliliğini öngören TMK m. 356 hükmü, TMK m. 363 hükmü ile değerlendirildiğinde, anne ve babanın hâkim izni almaksızın çocuğa ait bir taşınmaz devretmeleri ya da hâkim tarafından verilen iznin kapsamını aşarak satış işlemi gerçekleştirmeleri durumunda dahi, söz konusu tasarruf işleminin geçersiz sayılmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, hâkim izninin yokluğu ya da iznin sınırlarının aşılması, işlemin hukuki kaderini etkilememekte; ancak ana ve babanın, elde edilen bedel veya bedelin ikamesi değerler bakımından çocuğa karşı borç altına girmelerine ve bu suretle sorumluluklarının doğmasına yol açmaktadır⁴⁸. Bu yaklaşımda, çocuğun malvarlığının korunması, işlemin geçerliliğine müdahale yoluyla değil, ebeveynlerin malvarlığı sorumluluğu üzerinden sağlanmaktadır.

Kanaatimizce, velayet hakkı kapsamında anne ve babanın çocuğa ait taşınmaz mallar üzerinde tasarruf yetkisinin hâkim iznine tabi olduğu yönündeki yorum, Türk Medeni Kanunu'nun lafzı, sistematigi ve amacı birlikte değerlendirildiğinde ulaşılabilecek bir sonuç olarak ortaya çıkmamaktadır. Aksine, kanun koyucunun bilinçli tercihinin, tasarruf yetkisini geçerlilik düzeyinde sınırlamak değil; ebeveynlerin bu yetkiyi kullanma biçimini sorumluluk ve denetim mekanizmalarıyla çevrelemek olduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle normatif olarak, tasarruf yetkisinin sınırlandırılması mülkiyet hakkı ve temsil yetkisi bakımından istisnai nitelik taşımaktadır. İstisnaların ise açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. TMK m. 327 ve m. 356 hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun çocuğun mallarının kullanılması ve sarf edilmesi bakımından hâkim kararını öngördüğü; ancak taşınmazların devrinin geçerliliğini açık bir biçimde hâkim iznine bağlamadığı görülmektedir. Buna karşılık vesayet hukukunda (örneğin TMK m. 462 hükmünde) tasarruf işlemleri açıkça izin şartına bağlanmıştır. Kanun koyucunun vesayet ilişkisi bakımından açık bir izin sistemi kurmuşken, velayet ilişkisi bakımından aynı açıklıkta bir düzenleme sevk

⁴⁷ Baygın ve Doğan (n 1) 422; Kılıçoğlu (n 8) 522; Özdemir (n 1) 97; Öztan (n 4) 1159; Reyhani Yüksel (n 1) 113; Altınkan (n 1) 91.

⁴⁸ Altunkaya (n 4) 114; Baygın ve Doğan (n 1) 442; Kılıçoğlu (n 8) 525; Özdemir (n 1) 97; Öztan (n 4) 1159; Altınkan (n 1) 91 vd.

etmemiş olması, bilinçli bir normatif ayırım olarak değerlendirilmelidir. Yorum yoluyla bu ayırımın ortadan kaldırılması, sistematik bütünlüğe aykırı düşmektedir.

İkinci olarak, TMK m. 363/2 hükmü, kanun koyucunun tercih ettiği koruma modelini açıkça ortaya koymaktadır. Anılan hüküm, anne ve babanın çocuğa ait malları devretmesi hâlinde işlemin geçerliliğini tartışmaya açmamakta; yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık veya zararın varlığı hâlinde ebeveynlerin malvarlığı sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu yaklaşım, çocuğun korunmasının işlem güvenliğini zedelemekten, ebeveynlerin şahsi sorumluluğu üzerinden sağlanmasını hedefleyen bir modeldir. Şayet hâkim izni, tasarruf yetkisinin geçerlilik şartı olarak öngörülmüş olsaydı, kanun koyucunun bunu açıkça düzenlemesi beklenirdi.

Üçüncü olarak, anayasal düzlemde de değerlendirme yapılmalıdır. Velayet hakkı, aile hayatının korunması ve ebeveynlerin çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri kapsamında anayasal güvence altındadır. Tasarruf yetkisinin açık bir kanuni düzenleme olmaksızın daraltılması, ölçülülük ilkesi bakımından sorunlu olacaktır. Çocuğun üstün yararının korunması elbette önceliklidir; ancak bu koruma, daha hafif müdahale araçları mevcutken tasarruf işlemi geçersizlik yaptırımına bağlamak suretiyle sağlanmamalıdır. Nitekim TMK m. 346 ve devamı hükümler uyarınca hâkime tanınan müdahale yetkileri ile TMK m. 363 hükmünde öngörülen sorumluluk rejimi, çocuğun malvarlığını korumak bakımından yeterli ve daha dengeli araçlar sunmaktadır. Bu nedenlerle, velayet hakkı kapsamında anne ve babanın çocuğa ait taşınmazlar üzerinde kural olarak tasarruf yetkisine sahip oldukları; hâkim izninin ise tasarruf yetkisini sınırlandıran bir geçerlilik şartı değil, ebeveynlerin sorumluluğunu etkileyen ve önleyici-denetleyici işlev gören bir mekanizma olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi yöndeki yorum, kanunun açık lafzını aşan genişletici bir yorum niteliği taşımakta ve normatif sistematikte bağdaşmamaktadır.

IV. Yargıtay İçtihatları Işığında Uygulamadaki Sorunlar

Türk hukukunda velayet hakkının çocuk mallarına ilişkin kapsamı, yargı kararları ve idari düzenlemelerle geniş bir tasarruf serbestisi yönünde şekillenmiştir. Yargıtay'ın çocuk malları üzerindeki temel yaklaşımı, velayet hakkı sahibinin taşınır veya taşınmazlar üzerinde kural olarak hâkim iznine gerek olmaksızın tasarrufta bulunabileceği yönündedir. Uygulamadaki bu yaklaşım, kararların gerekçeleri ve hukuki sonuçları bakımından üç ana grupta sınıflandırılabilir.

A. Hukuki Yarar Yokluğu ve Tasarruf Serbestisi

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihatlarına göre, TMK m. 327 ve 356 hükümlerindeki özel koşullar (çocuğun bakımı ve eğitimi için malların sarfı) söz konusu olmadıkça, velinin çocuk mallarını satmak için mahkemeden izin almasına gerek yoktur⁴⁹. Yüksek Mahkeme; motorlu araç alım-satımı, taşınmaz devri ve hatta banka hesaplarından para çekme işlemleri için açılan izin davalarını⁵⁰, velinin zaten bu yetkiye sahip olduğu gerekçesiyle “hukuki yarar yokluğu” sebebiyle reddetmektedir. Bu kararların temel dayanağı, TMK m. 342 uyarınca vesayete özgü izin rejiminin velayet ilişkisine kıyasen uygulanamayacağıdır.

B. Tasarruf İşleminin Geçerliliği ve Velinin Sorumluluğu

Yargıtay'ın bazı kararlarında ise “hâkim izni” kavramı, işlemin geçerlilik şartı olarak değil, velinin ileride açılacak sorumluluk davalarına karşı bir “güvence mekanizması” olarak nitelendirilmektedir⁵¹. Bu bakış açısına göre; veli mahkemeden

⁴⁹ Yargıtay 2 HD, 16485/5916 15.05.2010 sayılı ilamı: “...Türk Medeni Kanununun 342 ve 462/1-2. maddeleri gereğince 327. ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında çocuğun ana ve babası hâkimden izin almaksızın taşınır veya taşınmaz hangisi olursa olsun çocuk mallarını satabilecek, 360. ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır (TMK m. 352). Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayıymına devredecektir...”; Aynı yönde, Yargıtay 2 HD, 5872/6944, 24.5.2002, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 9 Şubat 2026. Yargıtay 2 HD, 19351/12079 02.11.2017 sayılı ilamı: “... talep edenin velayeti altındaki çocuk için motorlu araç alınmasında ya da çocuk adına kayıtlı aracın satılmasında mahkemeden izin almasına gerek yoktur...” <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 3 Şubat 2025. Yargıtay 2 HD, 5977/7028 06.04.2016 sayılı ilamı: “...Karar gerekçesinde de açıklandığı üzere davacı anne küçüğün velisi ve yasal tek temsilcisidir. Türk Medeni Kanununun 342 ve 462/2. maddeleri gereğince 327. ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında hâkimden izin almaksızın taşınır olsun taşınmaz olsun çocuk mallarını satabilecek, 360. ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır. (TMK. md. 352) Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayıymına devredecektir. (TMK. md. 362). Bu itibarla davacının izin talebinde hukuki yararı bulunmadığından satışa izin isteğinin reddine ilişkin hüküm, sonucu itibarıyla yerinde görülmüş...” <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 3 Şubat 2025. Yargıtay. 2 HD, 9950/3098 sayılı ilamı: “...talep eden veli anne ve velayet altındaki çocukların mirasçı sıfatıyla malik oldukları araçlar ve hayvanların satılmasında mahkemeden izin alınmasına gerek yoktur...” <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 3 Şubat 2025; Denizli 2 BAM, 3833/2130 04.07.2025 sayılı ilamı <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 3 Şubat 2025.

⁵⁰ Diyarbakır 2 BAM, 1361/1435 04.10.2023 sayılı ilamı “...Velinin kısıtlı adına bulunan banka hesabında para çekme-para yatırma işlemleri için mahkemeden izin almasına gerek bulunmadığı gibi buna ilişkin dava açılmasında da hukuki yarar yoktur...”. <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 3 Şubat 2025.

⁵¹ Yargıtay 2 HD, 19741/8423, 28.04.2010 sayılı ilamı: “...Mahkemece, kararda yazılı olduğu gibi, satışın açık arttırmayla yapılmasına ve çocuk payına düşecek bedelin gösterilen banka

izin alarak işlem yaparsa, çocuk ergin olduğunda açabileceği sorumluluk davasına karşı kendini korumuş olacaktır; izinsiz işlem yapması durumunda ise işlemin geçerliliği etkilenmemekle birlikte velinin şahsi sorumluluğu gündeme gelecektir.

C. Denetim Makamlarının ve İdari Genelgelerin Rolü

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinde hâkim izninin gerekip gerekmediği hususu uygulamada da tereddütlere yol açmış; özellikle Tapu Sicil Müdürlükleri ve noterlikler bakımından yeknesaklığın sağlanması amacıyla idari düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu çerçevede, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2002/7 sayılı Genelge ile uygulamaya yön verilmiştir. Anılan Genelge'de, Türk Medeni Kanunu'nun m. 342 hükmünde vesayet makamının iznine tabi hususların açıkça istisna edildiği vurgulanmış; bu doğrultuda çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinde, TMK'nın m. 327, m. 345 ve m. 356 hükümlerinde öngörülen hâller dışında ayrıca hâkim izni aranmayacağı belirtilmiştir. Bu yaklaşım, velayet ilişkisi ile vesayet ilişkisi arasındaki sistematik ayrımı esas almakta ve vesayete özgü izin rejiminin velayet bakımından kıyasen uygulanmayacağı yönünde bir idari yorum ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Genelge'nin devamında, TMK m. 327 ve m. 356 hükümleri kapsamında yer alan amaçlara (özellikle çocuğun bakım, eğitim ve zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması gibi) dayalı bir tasarruf söz konusu değilse, velayet hakkını kullananlar tarafından bu hususta yazılı beyanda bulunulmasının gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile, bir yandan hâkim izninin genel ve mutlak bir geçerlilik şartı olmadığı kabul edilmekte; diğer yandan ise idarenin, işlemin kanunda öngörülen sınırlı amaçlar kapsamında yapılıp yapılmadığını denetleyebilmesi için beyana dayalı bir güvence mekanizması oluşturulmaktadır. Dolayısıyla söz konusu Genelge, kanuni düzenlemenin uygulamadaki yansımaları göstermesi bakımından

şubesine yatırılmasına karar verilmiştir. Çocuk mallarında velinin satış konusundaki tasarruf yetkisiyle ilgili olarak Türk Medeni Kanununun 342/3 ve 356/2'nci maddesi hükümlerini birlikte değerlendirmek gereklidir. Türk Medeni Kanununun 342/3 ve Türk Medeni Kanununun 462'nci maddesindeki vesayet kurumundan farklı olarak; velayeti üstlenen kişileri (veli) velayet altındaki küçüğün mallarını satarken hâkim iznine tabi tutmamıştır. Türk Medeni Kanununun 356/2'nci maddesi ise, sadece küçüğün bakım, yetiştirme ve eğitimi için kullanma amacıyla satış izni istendiği takdirde hâkimin bu gereksinimlerle sınırlı olarak izin vereceğini düzenlemektedir. Türk Medeni Kanununun 356/2'nci maddesi hükmü, doğrudan bir izin hükmü olmayıp velinin sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Böylece veli izin alıp tasarruf işleminde bulunduğu takdirde, çocuk ergin hale geldiğinde çocuğun sorumluluk davasından kendisini korumuş olacak; izinsiz işlem yaptığı takdirde sorumluluk davasıyla karşılaşabilecektir..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Şubat 2026.

önem taşımakta; hâkim izninin tasarruf yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir şart değil, belirli amaçlarla bağlantılı olarak devreye giren istisnai bir kontrol mekanizması olduğu yönündeki yorumu destekler nitelik arz etmektedir.

Uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilemediği, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından 2014/4 sayılı yeni bir Genelge'nin yayımlanmış olmasından açıkça anlaşılmaktadır. Anılan Genelge'de, çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinin Türk Medeni Kanunu m. 327 ve m. 356 hükümlerinde amaç unsurunun senette açıkça belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca 06.01.2023 Tarih ve 2023/1 Sayılı Genelgesi ise çocuk malları konusunda tasarruf yapılabilmesi için mahkeme kararının ibraz edilmesi gerektiğini prosedürel olarak düzenlemiştir.

Türkiye Noterler Birliği tarafından yayımlanan 2003/29 sayılı Genelge ile anne ve baba tarafından çocuğa ait malların ancak çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi amacıyla sarf edilmesinin söz konusu olduğu hâllerde hâkim izninin arandığı; amacın bu kapsam dışında kaldığı durumlarda ise hâkim izninin gerekli olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, amacın TMK m. 327 ve m. 356 hükümlerinde öngörülen sınırlar dışında kaldığı hâllerde, Tapu Sicil Müdürlükleri tarafından velinin bu husustaki beyanının yazılı olarak alındığına dikkat çekilmiş; noterler bakımından da istem hâlinde benzer bir belgenin düzenlenmesine yasal bir engel bulunmadığı, bu durumda işlemin beyanname şeklinde tesis edilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir. Bu genelgeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk yıllardan itibaren, çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinde ana ve babadan hâkim izni aranıp aranmayacağı konusunda uygulama birliğinin sağlanamadığı; söz konusu belirsizliğin idari düzenlemeler aracılığıyla giderilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, gerek Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü gerekse Türkiye Noterler Birliği tarafından benimsenen son yaklaşım, hâkim izninin kural olarak aranmadığı; ancak işlemin amacının TMK m. 327 ve m. 356 hükümlerinde öngörülen hâllerin dışına çıkması durumunda, bu hususun ilgililerin yazılı beyanı ile güvence altına alındığı bir uygulamanın yerleştiğini göstermektedir. Sonuç olarak, güncel uygulamada Tapu Sicil Müdürlükleri ve noterlikler tarafından, hâkim izni aranmaksızın çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinin gerçekleştirildiği; hâkim izninin ise istisnai hâllerde, işlemin amacına bağlı olarak gündeme gelen bir denetim mekanizması olarak işletildiği rahatlıkla ifade edilebilmektedir. Hâkim iznine ihtiyaç duyulması ve bu sebebe dayanarak dava açılması halindeyse hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmektedir.

D. Kötüye Kullanım ve Müdahale

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2018 tarihli kararı- na konu olay bu durumu çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır⁵². Somut olayda, çocuğun velayeti annededir. Baba, çocuğu adına Bodrum'da iki taşınmaz ve Nar- lıdere'de bir villa satın almıştır. Anne, bu taşınmazları bedelsiz olarak üçüncü kişilere devretmiş; satış bedellerinin çocuk adına bir hesaba yatırıldığına veya çocuk lehine yeni yatırımlara dönüştürüldüğüne dair hiçbir belge sunamamıştır. Hatta tanık anlatımları, annenin satış bedellerini kendi kişisel borçlarını ödemek amacıyla kullanmayı planladığını ortaya koymuştur. İlk derece mahkemesi ve İzmir BAM, annenin çocuk mallarını yönetmede ağır bir özen eksikliği gösterdiğini, gelir ve giderleri şeffaf şekilde belgelendirmediğini ve çocuğun malvarlığını ciddi biçimde tehlikeye attığını tespit ederek annenin çocuk malları üzerindeki yönetim, temsil ve tasarruf yetkilerini kaldırmıştır. Bu karar, Türk hukuk siste- mindeki temel çelişkiyi açıkça göstermektedir: Anne, taşınmazları satarken veya devrederken herhangi bir mahkeme iznine tabi değildir; ancak paranın çocuk yararına kullanılmadığı sonradan ortaya çıktığında müdahale edilebilmektedir. Ne var ki çoğu durumda, satış bedeli çoktan harcanmış olmakta ve çocuğun ta- sarruf hakkı fiilen yok olmaktadır. Bu durumda çocuğun mallarının çocuğun üstün yararı kapsamında kullanıldığı ispatlanamamıştır.

V. Mevcut Sistemin Anayasa ve Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun velayet hükümleri, çocuğun korunmasını amaç- lamakla birlikte, çocuk malları bakımından çocuğun mülkiyet hakkını etkin bi- çimde güvence altına almamaktadır. Anayasa'nın m. 35 hükmü mülkiyet hakkı- nı temel hak olarak tanımlamakta, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir. Çocuğun yaşının küçük olması, bu hakkın kapsamını daraltmaz; aksine daha güçlü bir koruma gerektirmektedir.

Anayasa'nın m. 41 hükmü ise devlete çocuğun korunması konusunda poziti- f yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük yalnızca fiziksel veya duygusal korunmayı değil, ekonomik ve mülkiyet haklarının korunmasını da kapsar. Ço- cuğa ait taşınmazın velayet hakkı sahibi tarafından yargısal bir denetime tabi olmaksızın satılabilmesi ve satış bedelinin etkin bir şekilde izlenmemesi, devle-

⁵² İzmir BAM, 1885/1463, 13.06.2018 sayılı ilamı <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 3 Şubat 2025.

tin bu pozitif yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır. Bu durum, çocukların mülkiyet hakkının, yetişkinlerin mülkiyet hakkına kıyasla daha zayıf korunmasına yol açmaktadır. Oysa Anayasa'nın m. 10 hükmündeki eşitlik ilkesi gereği, çocukların hakları daha az değil, daha fazla korunmalıdır.

Anayasa Mahkemesi 2008/162 numaralı kararında⁵³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlilik sona erdiğinde reşit olmayan çocuğun velayeti kendisinde kalan eşin, çocuğun malvarlığıyla ilgili bilgiler içeren defteri hâkime sunma zorunluluğunu düzenleyen m. 353 hükmünü incelemiştir. İtiraz denetim yoluna başvuran Mahkeme, başvuru kararında bu düzenlemenin evlilik birliği içinde doğan çocuklarla diğer çocuklar arasında objektif bir ölçüt gözetmeksizin eşitlik ilkesine aykırı bir durum yarattığını ve ailenin maddi ve manevi bütünlüğünü zedeleyerek veli ile çocuk arasındaki ilişkinin sorgulanmasına yol açtığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi öncelikle söz konusu hükmün amacının evliliğin sona ermesi nedeniyle çocuğun malvarlığının zarar görmesinin önlenmesi olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre evlilik birliği içindeki çocuklarla diğerleri arasında yaratılan farklılık da velilerin hukuki durumlarındaki farklılık dolayısıyla Anayasa'nın m. 10 hükmündeki eşitlik ilkesiyle uyumludur. Yüksek Mahkeme denetlenen hükümde veliye öngörülen yükümlülüğün Anayasa'nın m. 12 hükmünde ifade edilen "kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarından" birisi olduğunu belirtmiştir. Son olarak Anayasa'nın m. 41 hükmü bakımından da hükmü değerlendiren Mahkeme denetlenen hükümdeki sınırlamanın velayet hakkının özüne dokunmadığını belirterek iptal başvurusunu reddetmiştir: *"Kural, özel hayat kapsamında aile hayatının gizliliğinin korunması hakkını sınırlandırmakta ise de bu sınırlandırma Anayasa'nın 41. maddesindeki çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlet'e verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır"*.

Anayasa Mahkemesi E.2025/44, K.2025/218 T. 06.01.2025 Kararı'nın ortaya koyduğu yaklaşımın da dikkate alınması gerekmektedir⁵⁴. Anılan kararda

⁵³ Anayasa Mahkemesi 60/162, 13.11.2008, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2008-162-nrm.pdf>> Erişim Tarihi 12 Şubat 2026.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 44/218, 06.11.2025 sayılı kararında; "... Antalya 7. Aile Mahkemesi, çocuk mallarının korunması talebiyle açılan davada, Türk Medeni Kanunu'nun 352. maddesinin, Anayasa'nın 10., 35., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek, iptalini talep etmiştir. Başvuru kararında özetle; ana ve babanın velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğüne sahip oldukları, itiraz konusu kurallarda anılan yönetim hakkının sınırlarının açıkça düzenlenmediği gibi yönetim yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, ana veya babaya velayeti kendi-

Anayasa Mahkemesi, TMK m. 352 hükmüyle bağlantılı olarak m. 353 ve m. 354 hükümlerine yöneltilen itirazları incelemiş; çocuk mallarının korunmasına ilişkin sistemin, özellikle TMK m. 360 ve m. 361 hükümlerinde öngörülen hâkim müdahalesi ve koruma tedbirleri sayesinde, Anayasa'nın m. 35 ve m. 41 hükümleriyle çelişmediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre, ebeveynlerin çocuk mallarını kötüye kullanması ihtimaline karşı hâkime tanınan geniş müdahale yetkisi, devletin pozitif yükümlülüklerini karşılamaya elverişlidir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi çeşitli açılardan tartışmaya açıktır. Öncelikle Mahkeme'nin pozitif yükümlülük anlayışı, büyük ölçüde ihlal gerçekleşikten sonra devreye giren müdahale mekanizmalarına dayanmaktadır. Oysa mülkiyet hakkının etkin korunması, yalnızca sonradan müdahale edilmesini değil, aynı zamanda ihlalin ortaya çıkmasını engelleyen önleyici ve yapısal tedbirlerin varlığını da gerektirmektedir. Bu çerçevede, hâkime geniş müdahale yetkisi tanınmış olması, tek başına yeterli bir anayasal güvence olarak kabul edilemez.

İkinci olarak, uygulama verileri ve yargı kararları, söz konusu müdahale mekanizmalarının çoğu zaman ancak ciddi zararlar ortaya çıktıktan sonra işletilebildiğini göstermektedir. Çocuğa ait malvarlığının satılması ve elde edilen bedelin ebeveyn tarafından tüketilmesi gibi durumlarda, yargısal denetim fiilen gecikmiş bir koruma işlevi görmektedir; çoğu durumda zararın telafisi mümkün olmamaktadır. Bu durum, Mahkeme'nin varsaydığı koruma modelinin pratikte etkili bir güvence sağlamadığını ortaya koymaktadır.

Üçüncü olarak ise mevcut sistem, vesayet altındaki kişiler bakımından öngörülen önleyici izin mekanizmalarıyla karşılaştırıldığında sistematik bir tutarsızlık içer-

lerinde olan çocuğun mallarını sınırsız olarak kullanma ve yönetme hakkı tanınmasının çocuğun menfaatlerini zedeleyebileceği, devletin çocuğu yalnız üçüncü kişilere karşı değil ana ve babaya karşı da korumakla yükümlü olduğu, bu kapsamda kurallarda gerekli koruma mekanizmalarına yer verilmediği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 10., 35., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi öngörülen önlemlerin yetersiz kalması durumunda hâkim tarafından Kanun'un 360. maddesi kapsamında uygun önlemler alınabileceği gibi çocuğun mallarının tehlikeye düşmesinin başka şekilde önlenememesi hâlinde 361. madde gereğince yönetimin bir kayyıma devredilmesine karar verilmesi de mümkündür. Nitekim hâkimin bu konuda Kanun'da sınırlı olarak sayılan önlemlerin dışında da her türlü tedbire resen ya da talep üzerine yapacağı değerlendirme sonucu başvurmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Bu itibarla kural kapsamından çocuğun mallarının korunması için öngörülen tedbirin kapsam ve yöntem itibarıyla mülkiyet hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülükleriyle çelişen bir yönü bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu talebi T: 06.11.2025, E: 2025/44, K 2025/218 sayılı kararı ile reddetmiştir...". <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/K.2025-218.nrm,.pdf>> Erişim Tarihi 12 Şubat 2026.

mektedir. Vesayet ilişkisinde sıkı bir yargısal denetim öngörülürken, velayet altındaki çocukların malvarlığı daha zayıf bir denetim rejimine tabi tutulmaktadır. Oysa çocukların korunmaya en fazla ihtiyaç duyan grup olduğu dikkate alındığında, bu farklılığın anayasal eşitlik ve koruma ilkeleriyle bağdaştırılması güçtür.

Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında ulaştığı sonucun, çocuk mallarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin kapsamını dar yorumladığı ve özellikle önleyici koruma mekanizmalarının gerekliliğini yeterince dikkate almadığı kanaatindeyiz. Bu bağlamda mevcut sistem, çocuğun mülkiyet hakkını yalnızca teorik düzeyde tanımakta; ancak bu hakkın etkin ve pratik biçimde korunmasını sağlayacak kurumsal ve önleyici güvenceleri yeterince tesis edememektedir.

Velayet hakkı sahibi, çocuğun mallarını satabilmekte; paraya çevirebilmekte parayı kendi kontrolüne alabilmekte ve çoğu zaman bu paranın izini kaybettirebilmektedir. Yargı denetimi, ancak üçüncü bir kişinin ihbarı veya şikâyeti üzerine ve çoğu zaman zararın büyük kısmı geri dönülemez hale geldikten sonra işletilmektedir. Bu yapı içinde velayet, hukuki anlamda bir temsil yetkisi olmaktan çıkıp, fiilen bir tasarruf ve tüketim yetkisine dönüşmektedir. Bu ise çocuğun mülkiyet hakkının görünmez bir müsadere anlamına gelmektedir.

Uluslararası hukuk bakımından da mevcut sistemin ciddi sorunlar barındırdığı görülmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokol'ün m. 1 hükmü, mülkiyet hakkını "herkes" bakımından güvence altına almakta olup, bu koruma çocukları da kapsamaktadır. Uluslararası hukuk bakımından da mevcut sistemin ciddi sorunlar barındırdığı görülmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkını "herkes" bakımından güvence altına almakta olup, bu koruma çocukları da kapsamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mülkiyet hakkının yalnızca teorik düzeyde tanınmasının yeterli olmadığı, hakkın etkin ve pratik biçimde korunması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır. Nitekim Mahkeme, Sporrong ve Lönnroth/İsveç kararında, mülkiyet hakkına ilişkin güvencelerin fiilen kullanılabilir olmaması hâlinde Ek 1 No.lu Protokol m.1 hükmünün ihlal edilmiş sayılacağını belirtmiş; mülkiyet hakkının "practical and effective" bir hak olduğunu ifade etmiştir⁵⁵. Aynı doğrultuda James ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında, mülkiyet hakkına yapılan mü-

⁵⁵ Sporrong and Lönnroth v Sweden, Başvuru No: 7151/75 ve 7152/75, 23.09.1982, §63, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57580%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57580%22]})> Erişim Tarihi 12.02.2025.

dahalelerde kamu yararı ile bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurulması gerektiği, aksi hâlde sözleşmesel korumanın anlamını yitireceği kabul edilmiştir⁵⁶. Mahkeme ayrıca Immobiliare Saffi /İtalya kararında, devletin pasifliği nedeniyle mülkiyet hakkının fiilen kullanılamamasının da sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğini ortaya koymuştur⁵⁷. Bu içtihatlar birlikte değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkının çocuklar bakımından da yalnızca normatif olarak tanınmasının yeterli olmadığı, hakkın etkin kullanımını engelleyen yapısal eksikliklerin sözleşmeye aykırılık doğurabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Çocuğa ait taşınmazların, velayet hakkı sahibi tarafından önleyici bir yargısal denetime tabi olmaksızın devredilebilmesi ve elde edilen bedelin etkin bir biçimde izlenmesi, bu pozitif yükümlülükle bağdaşmamaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi m. 3 hükmünde yer alan “çocuğun üstün yararı ilkesi” devletlere çocukların malvarlığına ilişkin işlemler bakımından soyut bir güven varsayımına değil, somut ve denetlenebilir koruma mekanizmalarına dayanan bir sistem kurma yükümlülüğü yüklemektedir. Sözleşme’nin m. 16 hükmü çocuğun malvarlığına yönelik keyfi veya hukuka aykırı müdahalelere karşı korunmasını güvence altına almakta; m. 18 hükmü ise ebeveynlerin çocuk üzerindeki yetkilerinin devlet tarafından gözetim ve denetime tabi tutulmasını öngörmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, çocuğa ait taşınmazların satışının yargısal denetim dışında bırakılması ve denetimin yalnızca sonradan, çoğu zaman telafisi güç zararlar doğduktan sonra işletilmesi, uluslararası yükümlülüklerle uyumlu bir koruma modeli olarak değerlendirilemez. Bu çerçevede mevcut sistem, çocuğun mülkiyet hakkını hem anayasal hem de uluslararası hukuk bakımından ikincil bir konuma indirgemekte; çocuğun üstün yararını fiilen varsayımsal bir ilkeye dönüştürmektedir.

VI. Çözüm Önerileri

Velayet rejimi kapsamında çocuk mallarının korunmasına ilişkin mevcut sistem, ebeveynlere tanınan geniş tasarruf yetkisi ile çocuğun malvarlığının etkin korunması gerekliliği arasında yeterli dengeyi kurmakta zorlanmaktadır. Bu çerçevede, çocuk malvarlığının korunmasını güçlendirmek amacıyla aşağıdaki önerilerin değerlendirilmesi yerinde olacaktır:

⁵⁶ James and Others v the United Kingdom, Başvuru No: 8793/79, 21.02.1986, §50; <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57507%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57507%22]})> Erişim Tarihi 12.02.2025.

⁵⁷ Immobiliare Saffi v Italy, Başvuru No: 22774/93, 28.07.1999, §46-49, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58292%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58292%22]})> Erişim Tarihi 12.02.2025.

İlk olarak, velayet altındaki çocuğa ait malvarlığı değerlerinin tasarrufunda yargısal izin mekanizmasının kapsamı genişletilmelidir. Özellikle taşınmazların devri, aynı hak tesisi ve belirli bir parasal eşiğin üzerindeki işlemler açık bir kanuni düzenleme ile hâkim iznine bağlanmalıdır. Ancak bu izin, salt şekli bir denetim olarak değil, işlemin çocuğun üstün yararına uygunluğunu esas alan önleyici bir yargısal kontrol niteliği taşımalıdır.

İkinci olarak, ebeveynlerin çocuk mallarının yönetimine ilişkin düzenli hesap verme yükümlülüğü kanuni bir zorunluluk hâline getirilmelidir. Bu kapsamda, yıllık faaliyet raporları ve malvarlığı bilançolarının hazırlanması ve aile mahkemesine sunulması öngörülmeli; söz konusu raporlar, mahkemeler bünyesinde oluşturulacak uzman birimler tarafından incelenmelidir. Bu yaklaşım, denetimin yalnızca uyuşmazlık veya ihbar üzerine değil, sistematik ve sürekli bir biçimde gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.

Üçüncü olarak, çocuk malvarlığının ebeveyn malvarlığından ayrıştırılmasını sağlayacak şekilde özel bir malvarlığı rejimi oluşturulmalıdır. Bu kapsamda, çocuk adına açılan banka hesaplarının özel statüye tabi tutulması ve bu hesaplara ilişkin işlemlerin izlenebilir hâle getirilmesi, kötüye kullanım riskini azaltacaktır. Böylece denetim, sonradan müdahale eden bir yapıdan çıkarılarak eş zamanlı izleme ve önleme işlevi kazanacaktır.

Dördüncü olarak, denetim mekanizmasının etkinliğini artırmak amacıyla yalnızca yargısal organlara değil, idari ve mali kurumlara da rol verilmelidir. Bu bağlamda, bankalar ve tapu müdürlüklerine, velayet altındaki çocuğa ait malvarlığına ilişkin belirli işlemleri ilgili mercilere bildirme yükümlülüğü getirilebilir. Bu tür bir düzenleme, denetimi çok aktörlü bir yapıya kavuşturarak sistemin etkinliğini artıracaktır.

Beşinci olarak, mevcut sistemde sınırlı şekilde öngörülen müdahale araçları yerine kademeli bir koruma ve müdahale modeli benimsenmelidir. Bu model kapsamında, uyarı, işlem sınırlaması, denetimli yönetim ve kayyım atanması gibi araçlar arasında ölçülülük ilkesine uygun bir geçiş sistemi kurulmalıdır. Böylece her somut olayda en uygun ve en az müdahaleci çözümün uygulanması mümkün olacaktır.

Altıncı olarak, belirli bir yaş ve olgunluk seviyesine ulaşmış çocukların, kendi malvarlıklarına ilişkin süreçlerde görüşlerinin alınması sağlanmalıdır. Bu yaklaşım, çocuğun pasif bir koruma nesnesi olmaktan çıkarılarak hak süjesi olarak tanınmasına katkı sağlayacak ve Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile de uyumlu olacaktır.

Yedinci olarak, çocuk malvarlığının kötü yönetimi sonucu ortaya çıkan zararların telafisini güvence altına almak amacıyla zorunlu sigorta veya teminat mekanizmaları öngörülebilir. Özellikle yüksek değerli malvarlıklarının söz konusu olduğu durumlarda, ebeveynin sorumluluğunu teminat altına alan bu tür araçlar, zararların giderilmesini kolaylaştıracaktır. Sekizinci olarak, aile mahkemeleri bünyesinde çocuk mallarının korunmasına özgü uzmanlaşmış denetim birimleri oluşturulmalıdır. Mali analiz, sosyal inceleme ve hukuki değerlendirme yapabilecek çok disiplinli bu birimler, hâkimin karar alma sürecine teknik destek sağlayarak daha sağlıklı ve isabetli kararların verilmesine katkıda bulunacaktır. Son olarak, çocuğun ergin olmasından sonra geçmiş işlemlere karşı başvuru imkânlarının güçlendirilmesi amacıyla özel zamanaşımı süreleri ve iptal mekanizmaları düzenlenmelidir. Bu sayede, çocukluk döneminde gerçekleştirilen ve çocuğun menfaatine aykırı olan işlemlerin daha etkin bir şekilde denetlenmesi ve gerektiğinde ortadan kaldırılması mümkün olacaktır.

Tüm bu öneriler birlikte değerlendirildiğinde, çocuk malvarlığının korunmasına ilişkin sistemin yalnızca reaktif değil, aynı zamanda önleyici, sürekli ve kurumsallaşmış bir denetim yapısına kavuşturulması gerektiği açıktır. Bu doğrultuda yapılacak reformlar, çocuğun mülkiyet hakkının etkin korunmasını sağlayarak velayet rejiminin daha dengeli ve hakkaniyetli bir yapıya kavuşmasına katkıda bulunacaktır.

Sonuç

Türk Medeni Kanunu'nun mevcut velayet rejimi, çocuğun mülkiyet hakkını normatif düzeyde tanımakla birlikte, bu hakkı önleyici ve kurumsal güvencelerle fiilî bir koruma sağlayamamaktadır. Yargıtay uygulamasının da etkisiyle kemikleşen "serbest tasarruf ve sonradan denetim" modeli, çocuğun malvarlığını ebeveynin kişisel inisiyatifine terk etmekte; yargısal müdahale ise ancak telafisi imkânsız zararlar doğduktan sonra bir "enkaz kaldırma" mekanizması olarak devreye girmektedir. Bu yapı, mülkiyet hakkının yalnızca teorik değil, etkin ve pratik bir biçimde korunmasını emreden Anayasal ve uluslararası hukuk standartlarıyla açıkça çelişmektedir.

Anayasa m. 35 hükmündeki mülkiyet güvencesi ile m. 41 hükmündeki Devlete yüklenen çocukları koruma ödevi, çocuk malvarlığının denetimsiz bir tasarruf alanına dönüştürülmesine engeldir. Çocuk ile ebeveyn arasındaki yapısal güç asimetrisi, mülkiyet hakkının korunmasında Devleti pasif bir gözlemci olmaktan çıkarıp, önleyici bir koruma aktörü olmaya zorlamaktadır. Nitekim kar-

şılaştırmalı hukukta, özellikle İsviçre modelinde görülen önleyici izin ve kurumsal denetim mekanizmalarının Türk hukukunda eksikliği, sistemin mülkiyet hakkı bakımından ciddi bir güvenlik açığı barındırdığını teyit etmektedir.

Çocuk malları, ebeveynlerin iyi niyetine veya soyut güven varsayımlarına terk edilemeyecek kadar hassas bir ekonomik alandır. Çocuğun mülkiyet hakkı, velayet yetkisinin gölgesinde eriyen tali bir unsur değil; bağımsız, dokunulmaz ve devlete pozitif ödevler yükleyen temel bir haktır. Velayet, bir “hakimiyet” değil, hukuken sıkı surette sınırlandırılmış bir “temsil ve emanet” ilişkisidir. Bu emanetin önleyici ve kurumsal bariyerlerle korunmadığı bir düzende, mülkiyet hakkı ancak şekli bir retorikten ibaret kalacaktır. Hukuk devleti ilkesinin gerçek tecellisi, çocuğun mülkiyet hakkını varsayımlardan kurtarıp, somut ve işlevsel bir hukuki zırha kavuşturmakla mümkündür.

Kaynakça

- Abik Y, 'Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyetle Çocuğun Yararı' in Ersin Çamoğlu, İlhan Helvacı, Veyssel Başpınar, Halil Akkanat ve Zekeriya Kürşat (eds), *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz Kitabevi 2011) 1-73
- Acun H, 'Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma Halinde Çocuk Mallarının Yönetme Yetkisinin Sınırlandırılması' (2024) 0 (15) Terazi Hukuk Dergisi 10-17
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku* (Beta Yayıncılık 2024)
- Akyüz E, *Çocuk Hukuku* (Pegem Yayıncılık 2015)
- Albayrak S, 'Çocuğun Serbest Malları' (2018) 26 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 443-471
- Altınkan O, 'Ana ve Babanın Çocuk Mallarına İlişkin Tasarruf İşlemi Yapmaları Konusunda Hukuki Durum' (2021) 11 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-128
- Altunkaya M, 'Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı', in Mehmet Ünal, Veyssel Başpınar, Mehmet Kılıç, Süleyman Yılmaz (eds), *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin Yayıncılık 2006) 111-129
- Ayanoğlu A, 'Velayetin Ana ve Babaya Yüklendiği Görevlerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları' in Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (eds), *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin Yayıncılık 2021) 269-281
- Baktır Çetiner S, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2000)
- Baş S, 'Çocuk Malları' in Ömer Korkut ve Seda Baş (eds), *Çocuk Hukuku Genel Esaslar* (Adalet Yayınevi 2025) 353-375
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010)
- Baygın C ve Doğan M, 'Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı' (2005) 9 (1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 379-427
- Bozer A, 'Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları' (1952) 9 (3-4) 198-211
- Büchler A ve Vetterli R, *Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz* (Stampfli Verlag 2018)
- Canarslan G, 'Velayet Altındaki Çocuğun Kendi Mallarını Yönetmesi' (2025) 3 (Özel Sayı) 115-136
- Canarslan G, *Çocuk Malları* (TMK m. 352 vd. kapsamında) (Filiz Kitabevi 2024)
- Çınar Ö, 'Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı' (2013) 71 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1355-1364
- Demircioğlu HR, 'Velayet Müessesesinin Niteliğini Hak ve Yükümlülük İkileminin Dışında Yeniden Düşünmek' (2025) 11 (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-88
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2025)

- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2024)
- Erkuyumcu M, 'Çocuk Malları' (1951) 42 (7) Adalet Dergisi 975- 978
- Ertuş Ş, 'Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi' (2007) 9 (9) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391-398
- Fendoğlu HT, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021)
- Gökkaya V, 'Ana ve Babanın Çocuk Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı', (2017) 30 (133) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325-348
- Gürsel N, 'Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı' (1949) 40(7) Adalet Dergisi 972- 994
- Güvenç Ö, 'Çocuk Mallarının Yönetimi' in Ersin Erdoğan, Belkıs Vural Çelenk ve Özgün Özyüksel (eds), *Türk Hukukunda Çocuk* (Yetkin Yayıncılık 2022) 457-505
- Karaman E, *Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Anayasal Değerlendirilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2023)
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022)
- Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2001)
- Özdemir H, 'Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması' (2013) 17 (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-106
- Özdemir G, 'Velinin Çocuğun Banka Hesabı Üzerindeki Kullanma ve Yönetim Hakkı' (2021) 16 (178) 1134- 1145
- Özdemir H ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha Yayıncılık 2023)
- Özen Çolak N.B, 'Ebeveynlerin Sosyal Medyada Çocukları Üzerinden Elde Ettikleri Kazancın Çocuk Malları Kapsamında İncelenmesi' (2025) 16 (61) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 531-562
- Öztaş B, *Aile Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2015)
- Reyhani Yüksel S, *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları* (Legal Yayıncılık 2020)
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2017)
- Taşatan C, *Çocuk Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2025)
- Usta S, *Çocuk Hakları ve Velayet* (On İki Levha Yayıncılık 2012)
- Wolf S ve Minnig Y, *Familienrecht* (Helbing Liechtenhahn 2021)
- Yılmaz C, *Velayet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023)
- Yılmaz C, 'Güncel Yargıtay Kararları Işığında Çocuk Mallarının Yönetimi: Çocuk Mallarının Korunması' *Prof. Dr. Serap Helvacı'ya Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 985-997
- Yılmaz S, *Medeni Hukuk, C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2023)
- Yücel Ö, 'Türk Hukukunda Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanımı ve Harcanması ile Korunması' (2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 774-783.
- Ziyan A, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili* (On İki Levha Yayıncılık 2019)

Malikin Eşyayı İade Talebine Karşı Zilyetlikten Doğan İmkanlar^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUEĞRİ^(**)

Öz

Mülkiyet hakkı, sahibine en geniş yetkileri tanıyan aynı haktır. Bu hak, malikin eşyası üzerinde kimin zilyet olacağına karar verme yetkisini içerdiği gibi, zilyetliğin sona erdirilmesini ve eşyanın iade edilmesini talep etme hakkını da kapsar. Malikin, eşyanın iade edilmesini talep etmesi, talebin niteliği, şartları ve kapsamı göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Zilyedin malikin iade talebi karşısında eşyanın iade edilmesinden kaçınabileceği bazı savunma imkanları mevcuttur. Bu imkanların kullanılabilmesi için aralarındaki hukuki ilişki, zilyetliğin türü, zilyedin iyiniyetli olup olmadığı ve zilyetliğin hakka dayalı olup olmadığı gibi faktörler belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Malik, Zilyet, İade talebi, İstihkak, Savunma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.02.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 17.05.2026.
Atıf Şekli: Elif Şen Boynueğri, 'Malikin Eşyayı İade Talebine Karşı Zilyetlikten Doğan İmkanlar'
(2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 483,535.
DOI: 10.52273/sduhfd..1887716.

^(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Çankırı-Türkiye.
E-posta: elifsen@karatekin.edu.tr.
Orcid: 0000-0002-6986-1023.

The Possibilities Arising from Possession Against the Owner's Request for Return of the Property

Abstract

The right of ownership is a real right that grants the widest powers to its holder. This right not only allows the owner to decide who will have possession of their property but also includes the right to request the termination of possession and the return of the property. The owner's request for the return of the property should be evaluated in consideration of the nature, conditions, and scope of the request. The possessor may have certain defenses to avoid returning the property in response to the owner's demand. To utilize these defenses, factors such as the legal relationship between the parties, the type of possession, whether the possessor is acting in good faith, and whether the possession is based on a legal right must be determined.

Keywords

Owner, Possessor, Request for Return, Claim of Right, Defense.

Extended Summary

The right of ownership is a real right that grants the broadest powers to its holder. This right not only provides the owner with the authority to dispose of the property but also includes the authority to decide who may use the property, which rights can be established on the property, and who can possess it. The right of ownership grants the owner the right to transfer the property, prevent others from using the property, make any changes to the property, and ultimately request the return of the property. One of the fundamental aspects of ownership is the owner's authority to determine possession over the property.

In the simplest terms, possession refers to the actual control over an item. While ownership provides the owner with unlimited legal control over the property, possession is a legal status that provides physical control over the property. In other words, possession involves exercising actual control over the property, not necessarily based on a legal right of disposal.

The owner may request the return of the property from the possessor. The owner's request for the return of the property can be based on ownership rights or a claim arising from a contract. In this case, the owner has the option to choose whether to rely on their real rights or personal rights when making the claim.

The owner's claim for the return of the property can also arise from a personal relationship, such as lease, loan, or storage agreements, or from unjust enrichment or torts. Due to the relative nature of claims arising from contractual relationships, the claim can only be made against the parties to the contract. If the possessor is not a party to the contract, a personal claim for the return of the property cannot be made. However, a claim based on ownership can be asserted, or the prevention of unlawful possession can be requested.

In claims arising from personal relationships, the right to make the claim is subject to a statute of limitations, and the claim can only be filed against the opposing party to the contract. However, a claim based on ownership can always be filed. Such claims are not subject to a statute of limitations and can be made against anyone. Until the case concerning the return of the property is concluded, the owner may request interim measures to prevent the property from being disposed of or to facilitate the enforcement of the court decision.

The request for the return of the property should be evaluated based on its nature, conditions, and scope. If the property is wrongfully interfered with by a third party, the owner has the right to file a lawsuit for restitution or for the prevention of unlawful interference. However, this right is not unlimited. If the possessor or the indirect possessor (who has acquired possession from another) holds a right of possession against the owner, the possessor may reject the request for the return of the property. In other words, the owner's request for the return of the property does not apply if the possessor holds a valid right of possession against the owner. The owner's claim for the return of the property can only be made if the possessor is in wrongful possession. It does not matter whether the possession is granted by the owner or a previous possessor. What matters is whether the possession is based on a legal right.

In order for the possessor to raise a defense against the return claim, certain conditions must be met. The possessor has several options in response to the owner's request for the return of the property. These include the use of force, possession lawsuits, and administrative protection for immovables. The possessor's ability to retain possession provides temporary protection for the property. Only the owner has the right to hold, use, benefit from, and dispose of the property permanently and indefinitely. The possessor only has the option of avoiding the return of the property. In this way, the possessor secures their possession right.

The type of possession plays a significant role in determining the applicability of these defenses. It is also important whether the possession is based on a legal right. A rightful possessor is someone who holds possession based on a valid real or personal right. A rightful possessor has the right to use force or initiate possession lawsuits in the event of an attack or unlawful taking by the owner. Possession rights can also be protected under the provisions of the Turkish Civil Code (TMK) articles 985-992. In the event of the owner's claim for the return of the property, the rightful possessor's defense right is generally regarded as an objection. The possessor has the option to avoid returning the property, thereby securing their right to possess it.

In the case of wrongful possession, the possessor's possession is not based on a valid legal transaction. Even though the possession is wrongful, the possessor may still benefit from certain protection mechanisms. A wrongful possessor has the right to use force and initiate possession lawsuits in the event of an attack or unlawful taking by the owner. However, beyond these protections, the wrongful possessor is not protected against the owner. The owner has the right to request the return of the property from the wrongful possessor.

In conclusion, the rightful possessor has the ability to present defenses in response to the owner's request for the return (delivery) of the property, which can either completely nullify the return request or delay it until the defense no longer applies. A rightful possessor, in lawsuits filed by the owner based on ownership, can prove that their possession is based on a legal right and continue to retain possession. Even when the ownership of movable property is transferred to a new owner, the possessor can continue to use the defenses derived from possession against the new owner.

Giriş

Mülkiyet hakkı, Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre en kapsamlı ayni haktır. Aynı hak, eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haktır¹. Mülkiyet hakkı, sahibine en geniş yetkileri (kullanma, yararlanma ve tasarruf) veren ayni haktır. Bir şeyin sahibi, kanun veya üçüncü kişilerin hakları engellemediği sürece, şeyle istediği gibi hareket edebilir ve başkalarını her türlü müdahaleden menedebilir. Bu nedenle malik, esasen bir kişinin eşyası üzerinde fiili hakimiyet kurma yetkisini belirleme hakkına da sahiptir².

En basit tanımıyla bir şey üzerindeki fiili hakimiyete zilyetlik denir. TMK madde (m.) 973 hükmüne göre bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişiye de zilyet denir. Ancak zilyet olmak için tek başına fiili hakimiyet yeterli değildir. Bir eşyanın zilyedi olmak için onun üzerinde fiili hakimiyet ve zilyetlik iradesinin bir arada olması gerekir³. Zilyetliğin esas işlevi taşınırılar üzerinde aleniyeti sağlamaktır. Zilyetlik aleniyeti sağlamanın yanı sıra mülkiyetin naklini, iyniyetli üçüncü kişilerin hak kazanmasını, sahiplenme ve işgal yoluyla mülkiyetin kazanılmasını,

¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 25. Basıdan Tıpkı 26. Bası, Filiz Kitabevi 2024) 5; Betül Özlük, 'Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler' (2019) 27(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 141; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Legem Yayınevi 2025) 5; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Legem Yayınevi 2024) 21; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (9. Baskı, Der Yayınları 2023) 2; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 6; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Genişletilmiş ve İsviçre Medeni Kanunu Son Değişiklikler Eklenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları 2024) 16; Hüseyin Hatemi, Rona Serrozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 1991) 66; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitabevi 2024) 2.

² Özlük (n 1) 154.

³ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları 2010) 94; Selin Sert Sütçü, 'Dolaylı- Dolaysız Zilyetlik Kavramının Ayırt Edilmesi' (2019) 9(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259, 261; Meisner Christian, Stern Heinrich and Hodes Fritz, *Nachbarrecht Im Bundesgebiet (Ohne Bayern) und in Westberlin* (4. Verbesserte und Erweiterte Auflage von Dr. Fritz Hodes, 1964, J. Schweitzer Verlag) 734; Eda Şahin Şengül, 'Türk Medeni Kanunu Kapsamında Taşınırlarda Zilyetliğin Korunması' (2022) 26(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169, 171; Kılıçoğlu (n 1) 14; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 47; Erman (n 1) 10; Özlük (n 1) 154; Sirmen (n 1) 55; Akçaal (n 1) 46-47; Haluk Nomer ve Mehmet Serken Ergüne, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2025) 22; Sera Yüksel Reyhani ve Gökçe Canarslan ve Semih Yünlü, *Teorik Eşya Hukuku Cilt I*, (On İki Levha Yayıncılık 2025) 13. Zilyetliğin tanımlayan TMK m. 973 hükmünde açıkça zilyetlik iradesinden bahsedilmemiştir. Bu nedenle zilyetlik için zilyetlik iradesinin aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener ve Güven (n 1) 51-53.

zilyetliğin sebebi olan aynı ya da şahsi hakkın korunmasını da sağlar⁴. Türk Medeni Kanunu zilyetliği korumak amacıyla TMK m. 981-996 arasında “Zilyetliğin Hükümleri” kenar başlığında zilyetliğin korunmasını, zilyetlik dolayısıyla hakkın korunmasını ve zilyedin sorumluluğunu düzenleme altına almıştır. Zilyede karşı bir talep ya da zilyetliğin gasp veya saldırı yoluyla zarara uğraması durumlarında, bu hükümlerden yola çıkarak zilyedin fiili durumunu koruma imkanları olduğu görülmektedir. Kanunumuzda açıkça düzenlenmese de malik, zilyetten bir talepte bulunduğu, zilyedin malikin talebini yerine getirmeme imkanı dahi olabilir.

Zilyetliğin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre zilyetlik bir haktır. Diğer görüşe göre zilyetlik fiili bir durumdur. Son görüşe göreyse zilyetlik hukuki bir durumdur. Zilyetliği bir hak olarak nitelendiren görüşte olan yazarlardan bazıları zilyetliği kendine özgü bir hak olarak kabul ederken; bir kısım yazarlar şahsi bir hak ve bazıları ise zilyetliği bir aynı hak olarak kabul eder. Yargıtay’ın eski tarihli bir kararında da bu görüş benimsenmektedir⁵. Ancak bu görüşün kabulü mümkün değildir⁶. Zira hak hukukun korunan bir menfaattir. Bizim hukukumuzda hakka dayanmayan bir zilyet dahi korumadan yararlanabilir. İkinci görüşe göreyse zilyetlik fiili bir durumdur. Ancak mirasçılarının fiili hakimiyeti olmaksızın terekeye zilyet olmasında olduğu gibi bazı kanuni düzenlemeler bu görüşün kabulünü de engeller⁷. Son ve bizim de katıldığımız görüşe göreyse zilyetlik hukuki bir durumdur. Hukuk düzenimiz zilyetlik hakka dayanmasa bile görünüşe olan itimadı korumak için zilyetliği korumuş ve ona hukuki sonuçlar bağlamıştır⁸.

Mülkiyet eşya üzerinde sahibine sınırsız bir hukuki hakimiyet sağlarken; zilyetlik fiili bir hakimiyet sağlayan hukuki bir durumdur. Bu sebeple mülkiyet ve zilyetlik çoğu zaman aynı kişide bir arada bulunur. Fakat bu zorunlu değildir. Malik ile zilyet farklı kişiler de olabilir. Mülkiyet bir hakken; zilyetlik hukuki bir durumu ifade eder⁹.

⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 41; Erman (n 1) 9; Ünal ve Başpınar (n 3) 109 vd; Şahin Şengül (n 3) 173; Akçaal (n 1) 52-55; Kılıçoğlu (n 1) 18-20.

⁵ Yargıtay IBHGK, 6/12, 09.10.1946.

⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 51; Ünal ve Başpınar (n 3) 107; Sirmen (n 1) 59.

⁷ Sirmen (n 1) 59.

⁸ Nomer ve Ergüne (n 3) 27; Sirmen (n 1) 59; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 52; Yüksel Reyhani, Canarşlan ve Yünlü (n 3) 13. Zilyetliği fiili ve hukuki bir durum olarak kabul eden görüş için bkz. Ünal ve Başpınar (n 3) 108.

⁹ Sirmen (n 1) 59. Bu konuda farklı görüşler için bkz. Özlük (n 1) 155 vd; Ünal ve Başpınar (n 3) 139 vd; Akçaal (n 1) 50-51; Mesut Altay, ‘Zilyetliğin Korunması Yolları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2023) 5 vd.

Malik, zilyetten eşyanın iadesini talep edebilir. Bu hak, doğrudan mülkiyetten kaynaklanır ve her malikin ilgili zilyede karşı sahip olduğu bir ayni haktır. Mülkiyet hakkı üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilirse malikin istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davası açma hakkı vardır¹⁰.

Malikin istihkak talebi, zilyetliğin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, eşyanın bir üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunduğu tüm durumlar için geçerlidir. Ancak zilyedin kendisi veya zilyetlik hakkını devraldığı dolaylı zilyet, malike karşı zilyetlik hakkına sahipse, eşyanın iadesi talebini reddedebilir. Bir başka deyişle malikin eşyanın iadesi talebi, zilyet malike karşı haklı bir zilyetliğe sahip olduğu takdirde zilyedin savunması ile karşılaşabilir. Zilyetliğin malik ya da bir önceki zilyet tarafından sağlanması önemli değildir. Önemli olan zilyetliğin bir hakka dayanıp dayanmamasıdır¹¹.

Malik eşyanın iadesini mülkiyet hakkına dayanarak talep edebileceği gibi borç ilişkisinden doğan şahsi bir hakkına dayanarak da talep edebilir. Hatta malik zilyet sıfatının kendisine sağladığı korumadan dahi yararlanarak diğer zilyetlerden eşyanın iadesini talep edebilir. Malikin hangi sebebe dayandığı önemli olmaksızın yönelttiği iade talebinin zilyet tarafından reddedilebilmesi mümkündür. Ancak bunun için kural olarak zilyetliğin bir hakka dayanması gerekir. Zilyedin hakkı bir ayni hakka dayanabileceği gibi şahsi bir hakka da dayanabilir. Ayni ya da şahsi hakkın doğumunu sağlayan hukuki ilişki dolayısıyla sahip olduğu şahsi haklarını (örneğin zapttan sorumluluğa ilişkin TBK m. 309'dan doğan haklar) sadece hukuki ilişkinin karşı tarafı olan malike karşı ileri sürebilir. Bunun haricinde hakka dayanan zilyedin kuvvet kullanma hakkı ve zilyetlik davalarını açarak bozulan fiili durumu düzeltme imkanı vardır. Ancak hukuk düzeni tarafından zilyede sağlanan bu koruma geçicidir¹². Zilyedin hakkı sona erdiğinde hukuk düzeni, eşyayı süresiz olarak elinde tutma imkanı olan maliki korur¹³.

¹⁰ Meisner, Stern and Hodes (n 3) 651; Sirmen (n 1) 360; Hakan Burak Akıncı, *Eşya Hukukunda İstihkak Davası (TMK M. 683/II)* (Yetkin Yayınları 2025)176.

¹¹ Marco Staake, *Gesetzliche Schuldverhältnisse* (2. Auflage, Springer 2022) 548.

¹² Christian Baldus, 'BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg and Claudia Schubert (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (9. Auflage, Verlag C.H.Beck 2023) para 8.

¹³ Ancak zilyetliğin süresiz tanınması (süresiz oturma hakkının tanınmasında olduğu gibi) söz konusu olduğunda malikin korunmasının ciddi anlamda sınırlandırıldığı söylenebilir.

Hakka dayanmayan zilyetlik söz konusu olduğunda da zilyedin Kanunun tanıdığı bazı imkanlardan sınırlı da olsa yararlanma imkanı vardır. Bu imkanlar kuvvet kullanma hakkı ve zilyetlik davalarını açma imkanıdır. Ancak bu durumda malik mülkiyet hakkına dayanarak istihkak imkanını ileri sürerse haksız zilyet iyiniyetli olsa bile korunmaz¹⁴. Malik istihkak talebinin yanı sıra haksız zilyede karşı TMK 993 vd. hükümleri uyarınca tazminat talep etme ve elde edilen ürünlerin iadesi gibi imkanlara da sahiptir.

Alman Medeni Kanun'u (BGB) § 986 hükmü¹⁵ zilyedin hakka dayanan bir zilyetliği varsa malikin eşyanın iadesi talebini reddedebileceğini açıkça düzenlemektedir. Türk/İsviçre hukukunda açıkça böyle bir düzenleme olmasa da aynı prensip kabul edilmelidir. Zira mülkiyet hakkının içeriğinin düzenlendiği TMK m. 683/f. II hükmünde malikin, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün yorumundan ve TMK m. 981 vd. düzenlenen zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden de aynı sonuç çıkar. BGB § 986'nın ilk fıkrasının ilk cümlesinde zilyedin, kendisi veya zilyetlik hakkını aldığı dolaylı zilyedin malik karşısında zilyetlik hakkına sahip olması durumunda, malikin malın iadesini reddedebileceğini düzenlenmiştir. İkinci cümlede ise dolaylı zilyedin zilyetliği devretmeye yetkili olmadığı durumda malikin dolaysız zilyetten eşyanın dolaylı zilyede iadesini veya dolaylı zilyedin zilyetliği geri alamaması ya da almak istememesi halinde kendisine iadesini talep edebileceği düzenlenmiştir. BGB § 986'nın ikinci fıkrasında ise zilyetlik üçüncü kişideyken mülkiyetin devri yoluyla el değiştirmiş bir eşyanın zilyedi, devredilen hakla ilgili olarak kendisine tanınan talepleri yeni malike karşı ileri sürebileceği düzenleme altına alınmıştır.

¹⁴ Baldus (n 12) para 54.

¹⁵ Hüküm şu şekildedir: "(1) 1Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. 2Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen. (2) Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen".

I. Malikin Eşyanın İadesi Talebi

Bir talep, birden fazla hukuki sebep temelinde ileri sürülebiliyorsa burada hakların yarışması söz konusu olur¹⁶. Hakların yarışması esasen Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 60'ta düzenlenmiştir. Buna göre bir fiil birden çok hukuki sorumluluk doğuruyorsa (hem sözleşmeye aykırılık hem haksız fiil hem de sebep-siz zenginleşme gibi) zarar gören, hangi hukuki temele dayanacağını seçme hakkına sahiptir. Seçim hakkını kullanmamışsa hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi sonuç sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir. Hakların yarışması, eşyanın iadesi talebinde de mümkün olabilir. İade talebi hem aynı hakka hem de sözleşmeye dayanarak yapılabilir. Seçim hakkı talep sahibindedir¹⁷.

Malikin eşyanın iadesi talebi, mülkiyet hakkına dayanabileceği gibi sözleşmeden doğan bir talep hakkına da dayanabilir. Bu durumda malikin aynı hakkına mı yoksa şahsi hakkına mı dayanarak talepte bulunacağı konusunda bir seçim hakkı vardır. Malik¹⁸ gerek haksız gerekse haklı zilyede karşı mülkiyet hakkına ya da sözleşmeye dayanarak talepte bulur. Ancak malik haklı zilyede karşı mülkiyet hakkına dayanarak eşyanın iadesini talep ettiğinde zilyet, elindeki savunma mekanizmalarını kullanarak eşyanın iadesinden kaçındığında devreye sözleşmeye dayanarak talep imkanı girer. Malik, sözleşme hükümlerine dayanarak haklı zilyedin eşyayı iade etmesini sağlayabilir. Bu durumda zilyedin eşyayı elinde bulundurduğu süre boyunca ortaya çıkan kullanım, masraf ve tazminat gibi sorunlar, sözleşme hükümleri üzerinden çözülür¹⁹. Eğer zilyet, sözleşme gereği geri verme yükümlülüğü altındaysa, o zaman hakka dayanan zil-

¹⁶ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım* (çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları 1983) 39-40; Kemal Tahir Gürsoy, 'Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)' (1974) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 172; Ömer Faruk Karacabey, 'Hakların Yarışması' (1980) (6) Ankara Barosu Dergisi 666, 667; Osman Gökhan Antalya, 'İstihkak Davası' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 499, 502.

¹⁷ Eren, Mülkiyet (n 1) 38; Karacabey (n 16) 679; Antalya (n 16) 502; Dietmar Schanbacher, 'BGB § 985 Herausgabeanspruch- BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Barbara Daurer-Lieb, Thomas Heidel and Gerhard Ring (eds), *Nomos Kommentar BGB Sachenrecht* (5. Auflage, Nomos 2022)§ 985 para 48..

¹⁸ Malikin rehin hakkına sahip alacaklısı da alacağını güvence altına almak için şeyin kendisine iadesini malikten talep edebilir. Bu durumda malik, rehin konusunu teslim etmekle yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Frank Peters, 'Das Pfandrecht als Recht zum Besitz' (1995) 50 (8) Juristen Zeitung 390, 391-392.

¹⁹ Hans-Jürgen Siedel, 'Das Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB?' (1993) 48 (4) Juristen Zeitung 180, 182

yetlik de ortadan kalkar. Haksız zilyedin eşyayı geri verme yükümlülüğü söz konusu olur. Ancak malikin, haklı zilyede karşı eşyanın iadesini talep edemediği durumlarda zilyetlik, hukuk düzeni tarafından korunmaktadır²⁰.

A. İade Talebinin Dayanağı

1. Mülkiyet Hakkına Dayanarak Talep

Malik mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyasını, mülkiyet hakkına dayanarak, onu elinde bulundurma hakkı olmayan ve dolaysız (doğrudan) zilyet olan üçüncü kişiden geri isteme yetkisi veren talep imkanı vardır. Bu geri isteme talebi istihkak talebidir²¹. Malik eşyanın iade talebini dava dışı ileri sürebilir. Ancak bundan sonuç alamaz ya da tercih etmezse açabileceği bir dava vardır²². Bu da istihkak davasıdır²³. Bu dava mülkiyet hakkına bağlı olduğu için dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla her zaman açılabilir.

2. Şahsi Hakka Dayanarak Talep

Malik, borçlar hukuku kapsamında eşya üzerinde şahsi hak sahibi olabileceği sözleşmeler yapabilir. Böylece malik sözleşmenin karşı tarafına eşyanın zilyedi olma imkanı verir. Örneğin, malik kira sözleşmesi yaparak kiracıyı eşya üzerinde zilyet yapar ve ona eşyayı kullanma imkanı tanır. Bir başka örnek ise malikin eser sözleşmesi yaparak yüklenicinin eşyasına zilyet olmasını sağlamasıdır. Yüklenici bu amaçla eşyayı kullanabilir. Görüldüğü üzere malik, borç sözleşmelerinde sözleşmeden doğan şahsi hakkına dayanarak sözleşmenin karşı tarafından eşyanın iadesini isteyebilir.

Malik sadece sözleşmeden doğan şahsi bir hakka sahip değildir. Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen şartlar gerçekleşmişse haksız fiil ve sebepsiz zengin-

²⁰ Özlük (n 1) 157.

²¹ Antalya (n 16) 503.

²² Akıncı (n 10) 71.

²³ Mülkiyet hakkına bağlı olan bir diğer dava ise elatmanın önlenmesi davasıdır. Mülkiyet hakkına yapılan hukuka aykırı ve halen devam eden tecavüze karşı elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Burada malikin taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde mülkiyet ve zilyetliği devam etmekle beraber mülkiyet hakkından doğan yetkileri kullanması engellenmektedir ya da sınırlandırılmaktadır. Eğer tecavüz nedeniyle malik zilyetliği kaybetmişse artık elatmanın önlenmesi değil istihkak davası açar. Dolayısıyla bu dava, malikin zilyede karşı ileri sürebileceği bir dava olmanın yanı sıra eşyanın iadesi talebini içermez, Meisner, Stern and Hodes (n 3) 650; Sirmen (n 1) 367; Oğuzman Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 322; Akcaal (n 1) 32; Kaan Can Yıldırım, *Taşınmaz Mülkiyetine Gerçekleşen Müdahaleler ve Elatmanın Önlenmesi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 30.

leşme dolayısıyla da kanundan doğan şahsi hakları olabilir. Bunlara dayanarak da eşyanın iadesi istenebilir²⁴.

B. İade Talebinin Konusu

Mülkiyet hakkına ve sözleşmeye dayanarak eşyanın iade talepleri, eşyalar için söz konusudur. Bunlar taşınır olabileceği gibi taşınmaz da olabilir²⁵. Malik, aynı hakkının verdiği himayeden yararlanırken; zilyet kanunun sağladığı hukuki himayeden yararlanır. Fakat taşınır ve taşınmazlar için maliklerin ve zilyetlerin başvuracağı hukuki yollar farklıdır.

Mülkiyet hakkı kişiye tam bir hukuki koruma sağlar. Malik aynı hakkının ihlali durumunda; eşyanın kendisine iadesi için dava yoluna giderse istihkak davası açabilir. Bunun dışında haksız elatmanın önlenmesi davası da açabilir²⁶. Bu davalar hem taşınır hem taşınmazlar için açılır. Dava konusu kesin bir şekilde belirtilmelidir. Dava konusu şey bölünebiliyorsa sadece o kısım için dava açılabilir. Önemli olan eşyanın bulunduğu şekliyle geri verilmesidir²⁷.

Zilyetlik ise kuvvet kullanarak, zilyetlik davalarıyla ve taşınmazlar için idari yollarla korunur. Zilyedin kuvvet kullanabilmesi için zilyetliğin gaspa ya da saldırıya uğraması gerekir. Burada zilyetliğin konusu hem taşınır hem taşınmaz olabilir²⁸. Zilyet, kendini kuvvet kullanarak koruma yoluna gitmemişse ya da gitmesine rağmen sonuç alamamışsa zilyetlik davalarına başvurabilir. Böylece zilyet, eşyanın kendisine iadesini sağlayabileceği gibi eşya üzerindeki fiili hakimiyetinin kullanması engelleniyor veya zorlaştırılıyorsa bunların ortadan kalkmasını

²⁴ Antalya (n 16) 501

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı (n 10) 74 vd..

²⁶ Bu davanın açılabilmesi için hukuka aykırı ve halen devam etmekte olan bir tecavüz/saldırının bulunması gerekir. Eşyanın hasara uğraması ya da zarar görmesi şart olmadığı gibi saldırıda bulunan kişinin kusuru dahi aranmaz. Bu dava ile devam etmekte olan tecavüzün durması ve tekrar edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanır. Davacı, ilk olarak mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan maliktir. Davayı açmakta hukuki yararı olan şahsi ya da sınırlı aynı hak sahibi zilyet de elatmanın önlenmesini isteyebilir. Davalı ise eşyanın dolaysız ya da dolaylı zilyedi olabilir. Üçüncü bir kişi de olabilir. Mülkiyetin ihlali meydana geldiğinde ve bu ihlalin devam edeceğine dair endişe varsa malik, sadece aynı türden ihlallerin değil, mülkiyet hakkının amacına aykırı her türlü ihlalin önlenmesini talep edebilir. Dava sonucunda elatmayı sona erdirmek veya önlemek üzere yapmaya veya yapmamaya ilişkin karar verilir, Meisner, Stern and Hodes (n 3) 670; Sirmen (n 1) 367; Eren, Mülkiyet (n 1) 44; Ali Suphi Kurşun, *Elatmanın Önlenmesi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 67; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 1) 75.

²⁷ Schanbacher BGB § 985 (n 17) para 43.

²⁸ Esener ve Güven (n 1) 79.

sağlayabilir²⁹. Zilyetlik davaları zilyetliğin iadesi davası, saldırının durdurulması davası, saldırının önlenmesi davası ve tazminat davasından ibarettir³⁰. Zilyetlik davalarında iade talebinin konusu taşınır ve taşınmazlardır. Zilyetliğin konusu taşınır olduğunda zilyetlik karinesine dayanarak taşınır davası açmak da söz konusu olabilir. Zilyetliğin korunmasına ilişkin bahsi geçen bu imkanlar, şartları varsa malike karşı da kullanılabilir.

Zilyetliğin idari yoldan korunması ise sadece taşınmazlar için söz konusudur. Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Kanun'a göre zilyetliği saldırıya uğrayan kimse bu saldırının sona erdirilmesini ve taşınmazın kendisine iadesi için mahallin en büyük mülki amirinden zilyetliğin korunmasını isteyebilir.

Zilyetliğin konusu, para ve hamiline yazılı senetler de olabilir. TMK m. 990 hükmüne göre zilyedin elinden para ve hamiline yazılı senetler rızası dışında çıksa bile taşınır davası açılamaz. Fakat para ve hamiline yazılı senedi iyiniyeti olmaksızın edinen kişilere karşı taşınır davası açmak mümkündür (TMK m. 991).

Zilyet, eşyayı elden çıkarmışsa talebin konusu zararın giderilmesi olabilir. Ancak bunun olabilmesi için zilyedin kötüniyetli olması gerekir. Zira iyiniyetli zilyet TMK m. 993/f. II hükmüyle koruma altına alınmıştır. Fakat zilyet ile malik arasında bir borç ilişkisi varsa borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulur.

C. İade Talebinin Şartları

Malikin, zilyetten eşyanın iadesini isteyebilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; talep sahibinin malik olması, talep yöneltilen tarafın zilyet olması ve talep yöneltilen tarafın zilyetliğinin bir hakka dayanmamasıdır. Zira zilyet eşyayı elinde bulundurmakta haklıysa eşyayı iade etmek zorunda değildir. Ayrıca eşyaya karşı saldırıların önlenmesini talep edebileceği gibi eşya elinden çıkmışsa bunun iadesini de isteyebilir.

Talep hakkı sahibi, mevcut maliktir³¹. Mülkiyetin devri, önceki malikin söz konusu talep hakkını kaybetmesine neden olur. Talep sahibinin malik olup ol-

²⁹ Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (43. Bası, Turhan Kitapevi 2019) 710; Esener ve Güven (n 1) 80.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener ve Güven (n 1) 86-91.

³¹ Malik eşyanın iadesi talebini iradi ya da yasal temsilci vasıtasıyla da ileri sürebilir. Ancak Alman hukukunda kabul edilen dava takip yetkisinin üçüncü bir kişiye devredilmesi Hukukumuzda kabul görmemiştir. 2016 tarihli Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) kara-

madığı, mülkiyetin kazanılması ve kaybına ilişkin eşya hukuku hükümleri çerçevesinde belirlenir. Malik, eşyanın mülkiyetini bir hukuki işlemle ya da diğer yollarla (TMK m. 706-711/ m. 763-778) kazanabileceği gibi sahipsiz bir malı edinme yoluyla (TMK m. 767) ya da zamanaşımı yoluyla (TMK m. 712-713) yahut birleşme, karışma ve işleme yoluyla (TMK m. 684-686) kazanmış olabilir.

Talep hâlihazır zilyede karşı yapılmalıdır. Zilyetlik devredildiyse artık önceki zilyetten eşyanın iadesi talep edilemez. Burada zilyet haksız olduğu sürece zilyetliğin türü önemli değildir. Zilyet asli ya da ferî olabileceği gibi tek başına ya da birlikte zilyet de olabilir. İade talebi dolaysız ya da dolaylı zilyede yöneltilir. Ancak eşyaya hızlıca kavuşabilmek için dolaysız zilyede talebin yönlendirilmesine daha çok rastlanır. Zira eşya üzerindeki doğrudan hakimiyet ondadır. Ancak dolaysız zilyet, malikin iade talebini reddeder ya da ona ulaşamaz veya iade yükümlülüğünden kaçmak için eşyayı devrederse iade talebi dolaylı zilyede yapılır. Zira zilyetliği kendisinden devralan zilyet, malike karşı hukuken haklı zilyet konumundaysa, bu hak dolaylı zilyet tarafından da savunma olarak ileri sürülebilir³².

Son şart ise talepte bulunulan halihazır zilyedin zilyetliğinin bir hakka dayanmamasıdır³³. Zilyet, malikin iade talebine karşı, eşya üzerinde zilyetliğe ilişkin bir hakkının bulunduğunu ileri sürerek iade yükümlülüğünden kaçınabilir.

rında durum şöyle açıklanmıştır; başkasına ait bir hakkın kendi adına dava yoluyla ileri sürülmesinin kabulü, ancak takip yetkisi olanın menfaati tam olarak bu hakkın gerçekleştirilmesine yönelikse haklılık kazanır. Somut olayda B ve K giysi toplama işini yapan rakip kişilerdir. İkisi de halkın erişimine açık giysi bağış konteynerleri kurar. B, üç taşınmaz üzerine maliklerinden izin almadan konteynerler koymuştur. K ise izinli olarak konteyner kurmaktadır. K, maliklerden aldığı yetkiyle, B'nin bu taşınmazlara konteyner koymamasını iradi dava takip yoluyla talep eder. K malik ya da zilyet olmadığı halde taşınmaz malikinin açacağı elatmanın önlenmesi davasını açmıştır. İstinaf mahkemesi K'nin dava açabileceğini kabul ederken; Federal mahkeme kabul etmemiştir. Zira K'nin menfaatinin; mülkiyetin veya zilyetliğin ihlalinin giderilmesinde değil, ilgili taşınmazlar üzerindeki rekabet baskısının ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu tespit edilmiştir. Karar değerlendirmesi için bkz. Jens Petersen, 'Schutzwürdiges Interesse beim prozessstandschaftlich geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus Eigentum oder Besitz' (2017-3) 39(3) Jura: Juristische Ausbildung 356, 356.

³² Bu durum Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 986 Abs. 1 S. 1 hükmünde açıkça şu şekilde düzenleme altına alınmıştır: "(1) 1Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist". Türk hukukunda böyle bir düzenleme olmamakla beraber aynı prensip kabul edilir.

³³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 316; Eren, Mülkiyet (n 1) 41; Sirmen (n 1) 362; Christian Berger, 'BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Rolf Stürner (ed), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch (19. Auflage, Verlag C.H.Beck 2023) para 1-2.

Zilyedin hakkı bir ayni hakka (intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, rehin hakkı gibi) dayanabileceği gibi şahsi bir hakka (kira hakkı, hapis hakkı gibi) da dayanabilir³⁴. Ancak burada ispat külfeti zilyettedir. Zilyet eşya üzerinde hakka dayanan bir zilyetliği olduğunu ispat etmelidir³⁵. Birden fazla zilyedin bulunması yahut zilyetliğin devredilmiş olması durumunda önemli olan, malike kadar ke-sintisiz bir haklı zilyetlik köprüsünün kurulmuş olmasıdır. Buna devretme yetkisi de dahildir (örneğin, zilyede alt kiraya verme yetkisinin tanınması). Eğer bu köprü herhangi bir noktada kesilirse o zaman son dolaysız zilyedin zilyetlik hakkı da sona erer³⁶. Artık ondan eşyanın iadesi istenebilir. Örneğin, kiracının alt kiraya verme yetkisi olmadığı halde eşyayı alt kiraya vermesi durumunda; alt kiracı zilyedin zilyetliğinin türü haksız zilyetliktir.

D. İadenin Kapsamı

Malikin istihkak talebi, eşyanın iadesine ilişkindir. Eşyanın iadesiyle mülkiyet hakkına yönelik ihlal ortadan kaldırılır. Malik, eşyanın kendi hakimiyet alanına girmesini sağlamak amacındadır. Eşyanın iadesi talebi, mülkiyet ile zilyetli-ği birleştirmeyi amaçlar³⁷.

Malik haklı talebini dolaysız zilyede yönelttiğinde, zilyet malike eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlama imkanı tanınmalıdır. Dolaysız zilyedin malike zilyetlik imkanını vermesi eşya üzerindeki işgali sona erdirmesi gibi pasif bir davranış olabilir. Fakat dolaysız zilyet, aktif bir davranışta bulunarak eşyayı malike teslim de etmelidir. Örneğin kiracı olan dolaysız zilyet, haklı talep karşısında taşınmazı boşaltıp anahtarı malike teslim etmelidir. Malik haklı talebini dolaylı zilyede yöneltirse de zilyedin malike eşyayı teslim etmesi gerekir. Ancak eşyaya doğrudan fiili hakimiyet sağlamadığı için bunu yapamayabilir. Bu sebeple malikin talebini hem dolaysız hem dolaylı zilyede yöneltmesi gerekir³⁸.

³⁴ Akıncı (n 10) 74. Eşlerin ev eşyaları ve aile konutu üzerinde birlikte zilyetliğe sahip olma imkanının şahsi bir hakka dayandığı kabul etmek gerekir. Zilyet durumunda olan karı ya da koca, eşyanın iadesi taleplerini reddedebilirler, Baldus (n 12) para 23.

³⁵ Staake (n 11) 551-552; Berger (n 33) para 6; Schanbacher BGB § 986 (n 17) para 16.

³⁶ Baldus (n 12) para 5; Reiner Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch* (12. Auflage, Nomos 2024) BGB § 986 para 3.

³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 317; Eren, Mülkiyet (n 1) 37; Sirmen (n 1) 363; Akıncı (n 10) 85.

³⁸ Ancak dolaylı zilyet, eşyayı dolaysız zilyetten teslim alabilirse malike hem doğrudan zilyetliği geçirebilir hem de eşyayı fiilen teslim etmiş olur, Staake (n 11) 558.

Malik haklı talebini birlikte zilyetlere karşı ileri sürdüğünde zilyetlik türüne göre ayırım yapmak gerekir. Müşterek zilyetlik söz konusu ise zilyetler eşya üzerinde haklarını diğerinden bağımsız kullanabilirler. Bu nedenle müşterek zilyetlikte, iade talebi karşısında her zilyet kendi kısmını iade eder. Ancak iştirak halinde zilyetlik söz konusu ise zilyetler birlikte hareket etmek zorundadırlar. Bu durumda malik zilyetlerden birlikte talepte bulunur ve zilyetler birlikte hareket ederek eşyayı iade etme yükümlülüğü altına girerler³⁹.

Eşyayı iade etmekle yükümlü olan zilyedin, yükümlülüğünün kapsamı iyiniyetli olup olmamasına göre farklılık gösterir (TMK m. 993-995). İyiniyetli zilyet, eşyayı iade edeceği zaman, elinde bulunduğu şekliyle bütün parçalarıyla birlikte geri verme vermekle yükümlüdür. Kural olarak eşya üzerinde kullanımdan doğan eksilmelerden sorumlu olmaz. Kötüniyetli zilyet, eşyayı elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünleriyle beraber geri vermeli ve hak sahibine bir tazminat ödemelidir⁴⁰.

E. İade Yeri

Eşyanın iade yeri konusunda Türk Medeni Kanunu'nda özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle iade yeri borçlar hukuku genel hükümleri çerçevesinde belirlenir. İade talebinin konusuna göre iade yeri değişir⁴¹. Ancak dava açılmamış ve iyiniyetli olan zilyet, kanun tarafından korunmalıdır ve eşyanın iadesi için ayrıca bir masraf yapmamalıdır. Bu nedenle, zilyedin eşyayı bulunduğu yerde geri vermesi gerektiğini kabul etmek gerekir. Haksız zilyet ise eşyayı hukuka aykırı veya kötüniyetli olarak teslim aldığı yere kadar eşyayı geri getirmek zorundadır⁴².

³⁹ Ünal ve Başpınar (n 3) 128.

⁴⁰ Sirmen (n 1) 133; Ünal ve Başpınar (n 3) 260 vd; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 136.

⁴¹ Schanbacher BGB § 985 (n 17) para 43. Bazı borçlar için ifa yeri kanunda özel olarak belirtilmiştir. Örneğin saklanması için emanet olarak verilen şeyin iadesi şeyin saklanması gereken yerde olur (TBK m. 566). Bu kurallar eşyanın malike iadesinde de uygulanabilir niteliktedir. Tarafların anlaşması veya bir kanun hükmüyle özel bir düzenleme yoksa ifa yeri TBK madde 89'a göre belirlenir. TBK m. 89/f. 1/b. 1' e göre para borçları alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir. TBK m. 89/f. 1/b. 2 hükmüne göre, parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde ifa edilir. Bunlar dışında kalan her borç ise borcun doğumu zamanında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir (TBK m. 89/f. 1/b. 3). Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (Güncellenip Genişletilmiş 22. Bası Vedat Kitapçılık 2017) 345; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 1055 vd.

⁴² Staake (n 11) 559; Schanbacher BGB § 985 (n 17) para 43.

Borcun ifa yeri borçlunun teklifi ile değiştirilebilir fakat bu alacaklının kabülüne bağlıdır. Alacaklı bu teklifi kabul etmek zorunda değildir ancak dürüstlük kuralı ifa yerinden başka bir yerde borcun ifasını kabul etmeyi gerekli kılabilir⁴³.

Eşyanın niteliği gereği geri verilmesi sadece belirli bir yerde yapılabilir. Bu durumda geri verme mutlaka orada mümkün olur. Örneğin bir taşınmazın iadesi mutlaka taşınmazın bulunduğu yerde olur⁴⁴.

Eşyanın iadesi için yapılan harcamalar zilyet tarafından; eşyanın teslim alınması için yapılan harcamalar ise malik tarafından karşılanır⁴⁵.

F. İade Talebinin Dava Yoluyla İleri Sürülmesi

Malik iade talebini dava dışı ileri sürmüş ve zilyet tarafından yerine getirilmişse hukuki bir sorun kalmaz. Ancak zilyet iade yükümlülüğünü yerine getirmezse malikin talebini dava yoluyla ileri sürmesi gerekir⁴⁶.

Mülkiyet hakkına dayanarak eşyanın geri verilmesi talebi için malik, istihkak davası açar. Mülkiyet hakkına yapılan hukuka aykırı ve devam eden bir saldırı varsa elatmanın önlenmesi davası açılabilir⁴⁷. Tapudaki tescil işlemi gerçek hak sahipliğini yansıtmadığı durumlarda ise yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılarak da eşyanın geri verilmesi sağlanabilir (TMK m. 1025). Ayrıca malikin, eşyayı elinde bulunduran zilyede karşı ayni veya şahsi hakkından doğan bağımsız dava açma hakkı da vardır. Malikin, mülkiyet hakkına dayanan ayni talebi ile şahsi nitelikli talebini hakların yarışması olarak nitelendirmek gerekir.

⁴³ Eren, Borçlar Genel (n 41) 1058; Oğuzman ve Öz (n 41) 344.

⁴⁴ Oğuzman ve Öz (n 41) 345; Eren, Borçlar Genel (n 41) 1059.

⁴⁵ Schanbacher BGB § 985 (n 17) § 985 para 43.

⁴⁶ Antalya (n 16) 503; Akıncı, (n 10) 71.

⁴⁷ Eren, Mülkiyet (n 1) 36; Akıncı (n 10) 162. Mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasını engelleyen ve sınırlandıran durumlara; komşu binada bulunana morgdan kötü kokular gelmesi, komşu binada ahlaka aykırı davranışların sürekli olması nedeniyle sürekli gürültüye maruz kalma, yan araziden gelen böceklerin ısırması sonucu enfeksiyon tehlikesi oluşturması örnek verilebilir. Ancak yan arazide atış talimleri yapılması (sapmış mermilerin yarananma tehlikesi endişesiyle), komşu binadaki morgun dehşet ve korku uyandırması, yan evde bir genelev bulunması veya bir açık yüzme havuzunun bulunması (çıplak yüzücülerin görüntüsüyle utanç duygusunu ihlal etmesi gerekçesiyle) mülkiyetin ihlali anlamına gelmez, Meisner, Stern and Hodes (n 3) 660-661. Ancak genelev işletmesi veya komşu taşınmazda açık yüzme havuzunun bulunması ve insanların bahçede soyunup giyinmesi, Türk hukukunda taşınmazın kullanım sınırlarını aşarak komşularına zarar verecek nitelikte taşkın kullanım olarak nitelendirilip mülkiyet hakkının ihlali sayılabilir, Eren, Mülkiyet (n 1) 385.

Malik dilerse zamanaşımına uğramamış olmak kaydıyla şahsi nitelikli iade talebini dilerse aynı hakkına dayanarak istihkak talebini kullanabilir⁴⁸.

Borç ilişkisinden doğan şahsi hakka dayanarak açılacak davada talep hakkının zamanaşımına uğraması ve borç ilişkisinin nispi olması nedeniyle iade talebi sınırlı bir şekilde yapılır. İade talebi belli bir zaman dilimi içinde ileri sürülmezse zamanaşımı defisinin ileri sürülmesi sonucu hak talebinde bulunulamayacağı gibi talep sadece borç ilişkisinin tarafı olan zilyede yöneltilebilir. Ancak mülkiyet hakkına dayanarak dava açılması her zaman mümkündür. Bu durumda iade talebi zamanaşımına uğramayacağı gibi herkese karşı da ileri sürülebilir⁴⁹.

Eşyanın iadesi davası sonuçlanana kadar eşyanın elden çıkarılmasını engellemek ya da hükmün icrasını kolaylaştırmak için malik, davada ihtiyati tedbir talebinde de bulunabilir⁵⁰.

1. İstihkak Davası

İstihkak davası, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanabilmesini sağlamak üzere, dolaysız zilyetliğine yeniden kavuşması amacına hizmet eden bir davadır. Malik, malik olmayan zilyede karşı mülkiyet hakkını ileri sürerek eşyanın iadesini istihkak davası yolu ile talep edebilir. Malikin elinden eşyanın nasıl çıktığı önemli değildir. Malı çalınmış malik hırsıza karşı bu davayı açabilirken evini kiraya vermiş malik de kiracısına karşı istihkak talebinde bulunabilir⁵¹.

İstihkak davasının konusu bir taşınır olabileceği gibi taşınmaz da olabilir. Taşınırın dolaysız zilyet tarafından zilyet olmayan malike iadesinin istihkak davasıyla sağlanması taşınmazlara göre daha çok önem arz eder. Zira tapuya kayıtlı bir taşınmazda malik tapuda hak sahibi olarak gözüktüğü müddetçe dolaysız zilyetliğini sürdürmektedir. Ancak taşınırlarda dolaysız zilyetliğin kaybı çok daha kolay olan ve sık karşılaşılan bir durumdur. Taşınırlar açısından zilyet olan malikin zilyetlik karinelerine dayanma ve taşınır davası açma imkanları da vardır. Bu hakların birbiriyle yarışması söz konusudur⁵².

⁴⁸ Eren, Mülkiyet (n 1) 36.

⁴⁹ Antalya (n 16) 505; Eren, Mülkiyet (n 1) 36; Sirmen (n 1) 32.

⁵⁰ Schanbacher BGB § 985 (n 17) para 44.

⁵¹ Sirmen (n 1) 360; Eren, Mülkiyet (n 1) 37; Antalya (n 16) 505; Nomer ve Ergüne (n 3) 208.

⁵² Eren, Mülkiyet (n 1) 35; Antalya (n 16) 508; Kurşun (n 26) 17; Sirmen (n 1) 362.

İstihkak davasının hukuki niteliği eda davasıdır. Davada mülkiyetin kime ait olduğunun tespiti yapılır ve dava malike eşyanın iadesini içeren bir aynı talep imkanı verir⁵³. Mülkiyet hakkı sahibi birden fazla kişiye; müşterek mülkiyette maliklerin her biri, elbirliği halinde mülkiyette ise maliklerin hepsi birden davayı açmalıdır. Elbirliği mülkiyetinde ortak menfaatleri korumaya yönelik açılan istihkak davalarında kural olarak tüm ortakların katılımı (birlikte hareket etme ilkesi) gerekse de her bir ortak tek başına dava açarak süreci başlatabilir. Bu durumda hukuki eksiklik, diğer ortakların davaya katılımının sağlanması veya ortaklığa temsilci tayin edilmesi yoluyla giderilerek yargılamaya devam edilir⁵⁴. Davacı malik, mülkiyet hakkını ispat etmekle yükümlüdür. Zira taşınırılar açısından mülkiyet karinesi gereği zilyet ispatla yükümlü değildir⁵⁵.

İstihkak davası zilyetliği kaybetmiş malik⁵⁶ tarafından haksız zilyede açılır. Eşyanın malikin elinden nasıl çıktığı da önemli değildir. Dolaysız zilyet durumunda olmayan malik, malik olmayan haksız zilyede karşı davayı açmalıdır. Böylece malik mülkiyet hakkına dayanarak, eşyanın dolaysız zilyetliğine de ka-

⁵³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 316; Eren, Mülkiyet (n 1) 36; Esener ve Güven (n 1) 236; Sirmen (n 1) 363; Akçaal (n 1) 318; Antalya (n 16) 505; Kurşun (n 26) 16.

⁵⁴ “Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet türünde malikler, mülkiyet payları ayrılmadığından paydaş değil, ortaktır. Bu ilke TMK’nın 701. maddesinde “...Kanun ve kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır...” biçiminde yer almıştır. Bu itibarla elbirliği (iştirak) halinde mülkiyette, ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Yasada veya elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyeti oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunludur.

TMK’nın 702/2. maddesi, “Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir” hükmünü taşımaktadır. Ne var ki bu kural, uygulamada yumuşatılarak, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 11.10.1982 tarihli ve 1982/3-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla, bir ortağın tek başına dava açabileceği; ancak, davaya devam edebilmesi için öteki ortakların olurlarının alınması veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığıyla davanın sürdürülmesi gerektiği kabul edilmiştir”. Yargıtay 6 HD, E 2021/3892 K 2022/4649, 10.10.2022. Benzer yargı kararı için bkz. Yargıtay1 HD, 3975/4133, 1.10.2025.

⁵⁵ Esener ve Güven (n 1) 234; Akçaal (n 1) 118; Akıncı (n 10) 162.

⁵⁶ Mülkiyet hakkı sahibi birden fazla kişiye; müşterek mülkiyette de olsa elbirliği halinde mülkiyette de olsa maliklerin her biri tek başına dava açabilir. Açılan davanın olumlu sonucundan bütün paydaş ve ortaklar yararlanır, Yıldırım (n 15) 193; Antalya (n 16) 511; Nomer ve Ergüne (n 3) 211.

vuşur⁵⁷. Ancak zilyetlik aynı ya da şahsi bir hakka dayanıyorsa artık ondan istihkak talebinde bulunulamaz⁵⁸.

Davalı haksız zilyet, dolaysız veya dolaylı zilyet olabilir⁵⁹. Ancak dava her ikisine birden açılırsa mülkiyetin iadesi daha kolay olur. Davacı malik olduğunu ispat etmelidir, bunun için karinelerden de yararlanabilir. Davalı ise davacının malik olmadığını ya da kendisinin haklı zilyet olduğunu ispat etmelidir. Davacı malik olduğunu ispat ederse davalı, eşya üzerinde daha üstün bir hakkı olduğunu ispat yoluna gitmelidir⁶⁰. Davalı haklı zilyedin, zilyetliği sözleşmeden doğan bir şahsi hakka dayansa bile aynı hak sahibi malikin istihkak talebi, şahsi hakkın varlığı boyunca dinlenmez⁶¹.

Davalı iyiniyetli bile olsa eğer zilyetliği bir hakka dayanmıyorsa eşyayı iade etmek durumunda kalır⁶². Ancak bu durumda TMK m. 989 hükmü uygulanır. Buna göre iyiniyetli zilyet eşyayı açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan edinilmiş ise; ödenen bedelin geri verilmesi şartıyla eşyayı geri verir.

Malik, dava açılmasına rağmen eşyayı üçüncü bir kişiye devretmiş olabilir. Aynı şekilde, dava edilen zilyet de hüküm verilmeden zilyetliği başka birine devredebilir. Ancak her iki durumda da bir dava koşulu ortadan kalkar ve istihkak davası devreden davalıya karşı temelsiz hale gelir⁶³. Ancak devreden davalı zilyet açısından zararları giderme sorumluluğu devam eder⁶⁴.

⁵⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 316; Eren, Mülkiyet (n 1) 36; Sirmen (n 1) 360; Sert Sütçü (n 3) 265; Kılıçoğlu (n 1) 222; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 106.

⁵⁸ Antalya (n 16) 504; Sirmen (n 1) 366; Akçaal (n 1) 320; Akıncı (n 10) 156.

⁵⁹ Baldus (n 12) para 54. İstihkak davasında davalı zilyedin kusurlu olup olmaması da önem arz etmez, Antalya (n 16) 504.

⁶⁰ Akçaal (n 1) 322; Antalya (n 16) 511; Sirmen (n 1) 366.

⁶¹ Antalya (n 16) 512; Sirmen (n 1) 366; Eren, Mülkiyet (n 1) 37; Akıncı (n 10) 89.

⁶² Davalının iade yükümlülüğüne TMK m.993-995 hükümleri uyarınca haksız zilyedin sorumlu-luğuna ilişkin hükümler uygulanır

⁶³ Eren, Mülkiyet (n 1) 41. Aynı durum elatmanın önlenmesi davası için de geçerlidir. İstihkak ve elatmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkına bağlı davalardır. Mülkiyet hakkı herhangi bir nedenle sona ererse eski malik dava açma imkanını kaybeder. Aynı şekilde haksız zilyedin zilyetliği sona ermişse ona karşı artık sadece tazminat talebi ileri sürülebilir, Akçaal (n 1) 321; Antalya (n 16) 504.

⁶⁴ Eren, Mülkiyet (n 1) 41.

2. Şahsi Hakka Dayanarak Açılan Dava

Malikin eşyanın iadesi talebi kira, ödünç, saklama gibi bir borç ilişkisinden doğan ya da sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil gibi şahsi hakkına da dayanabilir. Borç ilişkisinden doğan talep hakkının nispi niteliği neticesinde sadece borç ilişkisinin tarafı olan kişiye karşı ileri sürülmesi söz konusu olur⁶⁵. Eşyayı elinde bulunduran zilyet, borç ilişkisinin tarafı değilse yahut herhangi bir nedenle borç ilişkisinden doğan hakkını kullanamıyorsa⁶⁶ şahsi nitelikteki iade talebi ileri sürülemez ancak mülkiyet hakkına dayanan istihkak talebi ya da el atmanın önlenmesi istenebilir⁶⁷.

Bir borç ilişkisine dayanan iade talebinin zamanaşımına tabi olduğu da unutulmamalıdır. Şahsi hak ileri sürülürken zaman aşımı süresi içerisinde yapılmalıdır. Bu da genel zaman aşımı süresi olan on yıllık süredir (TMK m. 146). Sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiile dayanarak açılan davalar da zamanaşımına tabidir. TBK 82. maddesine göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Haksız fiilde ise haksız fiilden zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl içinde dava açması gerekir (TBK m. 72).

II. Zilyedin Malikin İade Talebine Karşı Savunma İmkanları

Malikin eşyayı iade talebine karşı zilyedin birçok imkânı vardır. Bunlar; kuvvet kullanma, zilyetlik davaları ve taşınmazlar için idari yolla korunmadır.

Zilyedin eşyayı elinde tutma imkanı, zilyede esasen geçici bir koruma sağlar. Eşyayı kalıcı ve süresiz olarak elinde tutma, kullanma, yararlanma ve tasarruf imkanı sadece maliktedir. Zilyet sadece eşyayı iade etmekten kaçınma imkânına sahiptir. Böylece hakka dayanan zilyetlik güvence altına alınır⁶⁸. Ancak

⁶⁵ Oğuzman ve Öz (n 41) 22; Sirmen (n 1) 34; Eren, Borçlar Genel (n 41) 53.

⁶⁶ Alman Federal Mahkemesi'nin 24.01.1961 tarihli, VIII ZR 98/59 sayılı kararında mülkiyeti muhafaza kaydıyla malın devredildiği ancak asıl alacağın zamanaşımına uğraması neticesinde alacaklının malın iadesini mülkiyet hakkına dayanarak isteyebileceğine hükmetmiştir (NJW 1961, 1011).

⁶⁷ Sirmen (n 1) 360; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 315.

⁶⁸ Siedel (n 19) 181; Baldus (n 12) para 8.

her hakkın kullanımında olduğu gibi zilyet, iade talebini reddetme imkanını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılmalıdır⁶⁹.

Malikin eşyayı iade talebi karşısında haklı zilyedin ileri süreceği savunma imkanlarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Zilyedin savunma imkanlarının itiraz mı yoksa def'i mi olduğu konusunda tartışmalar vardır⁷⁰. Alman hukukunda konunun düzenlendiği BGB § 986 hükmünde “*zilyet iade talebini reddedebilir*” şeklindeki ifadeden yola çıkarak genel olarak kabul gören görüş, bu savunmaların itiraz olduğu şeklindedir. Bir görüşe göre, hakka dayanan zilyetlik malikin mülkiyete dayalı iade talebinin doğmasını engeller. Bu nedenle hakim, zilyedin bir hakkı olduğunu dosyadan anlıyorsa, zilyet bunu açıkça ileri sürmese dahi bu durumu kendiliğinden dikkate almalıdır⁷¹. Diğer bir görüş ise BGB § 986 fıkra 1'in lafzına dayanarak, zilyetlik hakkının ancak zilyet tarafından açıkça ileri sürüldüğünde hüküm ifade eden bir def'i olduğunu savunur. Bu görüşe göre, zilyet bu hakkı ileri sürmezse hakim bunu kendiliğinden gözetemez⁷². Alman Federal Mahkemesinin içtihatları⁷³ da zilyedin iadeyi reddetme imkanını bir itiraz olarak değerlendirmek-

⁶⁹ Alman Federal Mahkemesi'nin 24.01.1961 tarihli, VIII ZR 98/59 sayılı kararında mülkiyeti muhafaza amacıyla devredildiği durumlarda, teminat veren kişinin (borçlunun), asıl alacağın zamanlaşımına uğramasını gerekçe göstererek malı elinde tutma hakkı dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur. Zira malın bedelini ödememiş olan alıcının, mülkiyeti muhafaza kaydıyla korunması amaçlanan satıcıya ait güvence hakkını, iadeyi reddederek etkisiz hale getirmek istemesi dürüstlük kuralına açıkça aykırıdır (NJW 1961, 1011).

⁷⁰ Maddi hukuk açısından savunma imkânları itiraz ve def'i olmak üzere ikiye ayrılır. İtiraz, bir hakkın varlığını ya da devamını engelleyen, hakkı sona erdiren veya tehlikeye düşüren olayların savunma aracı olarak ileri sürülmesidir. İtirazın, hakkın doğmadığı, sınırlandığı ve sona erdiği şeklinde türleri vardır. İtirazların hakim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir. İtirazdan yararlanacak kişi bunu ileri sürmemişse bile hakim dosyadaki belgelerden veya tarafların beyanlarından itirazın varlığını anlarsa bunu dikkate alır. Def'i ise borçlunun, alacaklı tarafından yöneltilen talep hakkını ortadan kaldıran veya bu hakkın gerçekleşmesini geçici ya da sürekli olarak engelleyen bir savunma hakkıdır. Borçlu bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir; dilerse bu hakkından vazgeçebilir. Hakim, dosyada def'i yoluna başvurulabileceğine dair emareler görse dahi bunu kendiliğinden dikkate alamaz. Borçlunun bu hakkı açıkça ileri sürmesi şarttır. Defide borçlu borcun varlığını kabul eder ancak özel bir nedene dayanarak borcu ifa etmekten kaçınır, Eren, Borçlar Genel (n 41) 77-78; Ferhat Canbolat, 'Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları' (2008) 3 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 260-263.

⁷¹ Baldus (n 12) para 58; Ivan Rapatz, 'BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg and Claudia Schubert (eds), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (10. Auflage, Verlag C.H.Beck 2026) para 93; Schanbacher BGB § 986 (n 17) para 15.

⁷² Akıncı (n 10) dn 245'te yer alan yazarlar.

⁷³ İlgili karar için bkz. BGH, 25.09.1985 - VIII ZR 270/84 (NJW-RR 1986, 282-283),

tedir. Mahkeme, haklı zilyedin eşyayı iade etmemesini mülkiyete dayalı iade talebinin oluşumunu engelleyen olumsuz bir maddi hukuk şartı olarak görür. Kanaatimizce de zilyedin savunma imkanlarının itiraz olarak kabulü yerinde olur⁷⁴. Zilyedin zilyetliğinin bir hakka dayandığının belli olması yeterlidir. Aksi iddiada bulunan malik, zilyedin hakkının geçersizliğini kanıtlamalıdır. Dava aşamasında ise hakim de bunu kendiliğinden tespit edip iade talebini kabul etmemelidir. Zira zilyedin savunma imkanlarının defi olarak kabul edilmesi halinde zilyedin hakkının geçerliliğini ispat yükü zilyette olur ve zilyet ispatlayamaz yahut hakkını ileri sürme imkanından yararlanmazsa mülkiyet hakkı karşısında savunmasız kalır. Oysaki mülkiyet hakkı hukuk düzeninin belirlediği sınırlar çerçevesinde korunmalıdır. Zilyetlik hakkının devam ettiği geçici süre boyunca, malik mutlak hakkından doğan yetkilerini sınırlı kullanır.

A. Zilyetliğin Türüne Göre Sahip Olunan İmkanlar

1. Zilyetliğin Hakka Dayanmasına Göre Yapılan Ayırım

Zilyetliğin hukuka uygun olarak kurulup kurulmadığına göre yapılan ayırımda iki tür zilyet vardır. Bunlar; haklı zilyet ve haksız zilyettir.

a. Haklı Zilyet

Hukukumuzda zilyetliğin bir hakka dayandığı ve bu sebeple haklara da karene oluşturduğu kabul edilir. Zira hayatın normal akışına uygun olan bir kimse- nin; mülkiyet, intifa, rehin gibi bir ayni hakka ya da kira, ödünç, eser, hizmet, vekalet gibi sözleşmelerden doğan bir şahsi hakka dayanarak bir eşyaya zilyet olmasıdır. İstisnai olarak ayni veya şahsi bir hakka dayanmayan zilyetlik halleri de vardır⁷⁵.

Haklı zilyet, eşya üzerindeki zilyetliğini geçerli ayni veya şahsi bir hakka dayandıran kişidir. Fiili hakimiyet bir hakka dayanıyorsa zilyet haklı zilyettir⁷⁶. Örneğin devam eden bir kira sözleşmesindeki kiracının, geçerli bir rehin sözleşmesine dayanan rehin hakkı sahibinin zilyetliği haklı zilyetliktir.

⁷⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 318. Aksi yönde görüş için bkz. Akıncı (n 10) 91.

⁷⁵ Buna malikin elinden rızası dışında çıkan eşyayı elinden bulunduran hırsızın zilyetliği ya da ısmarlanmamış bir şeyin tüketiciye gönderilmesi durumunda tüketicinin zilyetliği örnek gösterilebilir, Sirmen (n 1) 63; Ünal ve Başpınar (n 3) 138

⁷⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 57; Erman (n 1) 11; Sirmen (n 1) 63; Ünal ve Başpınar (n 3) 138; Akçaal (n 1) 59; Altay (n 5) 16; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 16.

Zilyedin hakkı çoğu zaman bir süre ile sınırlıdır. Ancak dürüstlük kuralına uygun olmak şartıyla süresiz bir zilyetliğin öngörülmesinde de hukuken bir engel yoktur. Süresiz bir zilyetlik söz konusuysa malik mülkiyetten doğan sınırsız haklarını dilediği gibi kullanamaz. Bu durumda dahi haklı zilyedin korunmasına üstünlük tanınır⁷⁷.

Malikin eşyaya karşı bir saldırı ya da gaspta bulunması durumunda haklı zilyedin kuvvet kullanma hakkı ve zilyetlik davalarını açarak bozulan fiili durumu düzeltme imkanı vardır. Zilyet, zilyetliğini TMK m. 985-992 arasında düzenlenen hükümler çerçevesinde koruma imkanına da sahiptir.

Haklı zilyet, malik tarafından mülkiyet hakkına dayanarak açılan eşyanın iadesi davalarında zilyetliğinin bir hakka dayandığını ispat ederek eşyayı elinde tutabilir. Malik mülkiyet hakkını devrettiğinde, yeni hak sahibi (malik) eşyanın iadesini isterse zilyet ona karşı da zilyetlikten doğan savunma imkanlarını kullanmaya devam eder⁷⁸. Örneğin: Malik M bisikletini bir yıllığına arkadaşı A'ya kiralamış ancak kısa bir süre sonra bisikletini B'ye devretmişse B'nin geri verme talebine karşı A, zilyetlikten doğan korunma imkanlarını ileri sürebilir. Örnekten anlaşıldığı üzere haklı zilyedin zilyetliği şahsi bir hakka dayanmasına rağmen korunma imkanlarını mülkiyet hakkını devralana karşı ileri sürebilmektedir⁷⁹.

Eşyayı elinde tutma hakkına sahip olan zilyet, eşyayı kullanma hakkının kendisine ait olmasından dolayı eşyayı kullanır ve ona masraflar yapabilir. Ancak malikin istihkak ya da taşınır davasını kazanmasında olduğu gibi zilyet eşyayı iade etmek zorunda kalırsa malikten tazminat isteyebilir. Bu tazminatın kapsamı, somut olayın özelliğine göre değişiklik gösterir⁸⁰.

⁷⁷ Rapatz (n 71) para 8.

⁷⁸ Bu durum BGB § 986/II' de açıkça ifade edilmiştir. Hüküm şu şekildedir: *“Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen”*. Hükme göre, § 931 uyarınca mülkiyetin devri yoluyla el değiştirmiş bir eşyanın zilyedi, devredilen hakla ilgili olarak kendisine tanınan talepleri yeni malike karşı ileri sürebilir. Ancak bu hüküm sadece taşınır için uygulama alanı bulur, Rapatz (n 71) para 69; Berger (n 33) para 9; Yasin Alperen Karaşahin, ‘Zilyetliğin Havalesinde Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu ve Kiralananın Devrinde Kiracının Hukukî Durumu ile Karşılaştırılması’ (2021) 79 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 929, 956.

⁷⁹ Baldus (n 12) para 4; Karaşahin (n 78) 956.

⁸⁰ Ünal ve Başpınar (n 3) 249.

b. Haksız Zilyet

Haksız zilyet, eşya üzerinde bir hakka (mülkiyet, kira, rehin vb.) dayanmaksızın fiili hakimiyet kuran kişidir. Haksız zilyetlikte zilyetliğin geçmesine sebep olan hukuki işlemin geçerli olmamasından dolayı hakka dayanmayan bir zilyetlik olabileceği gibi hukuki bir işlem olmadan zilyetliğin hukuka aykırı elde edilmesi de söz konusu olabilir⁸¹.

Haksız zilyet, zilyetliğin haksızlığını bilip bilmemesine veya gerekli dikkat ve özeni göstermesi durumunda bilebilecek durumda olmasına göre iyiniyetli veya kötüniyetli haksız zilyet olmak üzere ikiye ayrılır. Haksız zilyet açısından yapılan bu ayrım zilyedin eşyayı iade sorumluluğunda ve zamanaşımıyla eşyanın kazanılmasında önem arz eder. Haksız zilyet eşyanın kullanılması dolayısıyla tazminat öder. Bunun yanı sıra zilyedin kusurlu davranışıyla sebep olduğu zararlar da tazminatın kapsamındadır⁸².

Zilyet haksız da olsa zilyede ait bazı korunma imkanlarından yararlanabilir⁸³. Haksız zilyedin eşyanın malikinin eşyaya karşı bir saldırı ya da gaspta bulunması durumunda kuvvet kullanma hakkı ve zilyetlik davalarını açarak bozulan fiili durumu düzeltme imkanı vardır⁸⁴. Zira zilyetlik bir görünüş yaratır ve bu görünüşe duyulan güven hukuken de korunur. Haksız zilyedin malikin haklı talebine karşı dahi korunmasının nedeni, toplumda sosyal huzur ve düzenin fiili davranışlarla bozulmasına engel olma düşüncesidir⁸⁵. Haksız zilyet malikten

⁸¹ Akçaal (n 1) 59; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 57; Erman (n 1) 11; Sirmen (n 1) 63; Altay (n 5) 17; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 16.

⁸² Siedel (n 19) 182; Akçaal (n 1) 146.

⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu hususu şu şekilde açıklamıştır: “...TMK 981, 982 ve 983. maddeleri mal üzerinde zilyetlikten başka hiçbir hakkı bulunmayan kişilerin zilyetliğinin korunması için konulmuş hükümleri ihtiva etmektedir. TMK’nin 973. maddesinde zilyetlik “bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir” biçiminde tanımlanmıştır. TMK’nin 982 ve 983. maddelerinde zilyetlik herhangi bir hakka bağlı olmaksızın dava yoluyla korunmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki, zilyetliğin korunması davasıyla zilyet, zilyetliğin hakka dayandığını ispat külfetine katlanmadan sadece zilyetliğini öne sürerek Sulh Hukuk Mahkemelerinde uygulanan basit yargılama usulünün sağladığı kolaylıklardan yararlanır. Zilyet, zilyetliğin arkasında bulunan aynı (nesnel) veya şahsi (kişisel) bir hakka dayandığı takdirde dava bir hak davası niteliğini kazanır.” Yargıtay HGK 518/573, 25.11.2009.

⁸⁴ Ancak mülkiyet hakkında dayanan istihkak talepleri haksız zilyede karşı yapılır ve burada haksız zilyet iyiniyetli olsa bile korunmaz, Baldus (n 12) para 54

⁸⁵ Bu husus Yargıtay tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “...Ne var ki; bu korumanın hırsızın yararını (menfaatini) korumak için değil, sosyal huzur ve sükunun korunması ve sağlanması için kabul edilmiş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Zira hukuk düzeninin yanında birde ba-

yaptığı zorunlu masrafları da isteyebilir. Fakat eşyayı kullanma hakkının kendisinde olmadığını bilen haksız zilyet yaptığı zorunlu masrafları ancak vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir⁸⁶. Bu imkanlar dışında haksız zilyet, malik karşısında korunmaz.

2. Eşya Üzerindeki Hakimiyetin Nasıl Gerçekleştiğine Göre Yapılan Ayrım

TMK m. 975 hükmünde “*dolaylı ve dolaysız zilyetlik*” kenar başlığıyla dolaysız ve dolaylı zilyetlik ayrımına yer verilmiştir. Hükümde; “*bir şeyde fiili hakimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir*” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Dolayısıyla zilyetlik, eşya üzerindeki fiili hakimiyetin kullanılış şekline göre iki türdür. Zilyetliğin türü; zilyetliğin korunmasında, mülkiyet ve ferî zilyetlik karinelerinde ve eşyanın iadesi zilyede yapılacaksa önem arz eder. Ayrıca zilyedin kuvvet kullanma hakkından öncelikli olarak yararlanmada da önemlidir.

a. Dolaysız Zilyet

Zilyet, fiili hakimiyetini doğrudan doğruya araya herhangi bir kimse girmeksizin kullanabiliyorsa dolaysız zilyettir⁸⁷. Malik tarafından eşyanın iadesi talebi dolaysız zilyede ya da dolaylı zilyede yöneltilebilir. Ancak eşya üzerindeki doğrudan hakimiyet dolaysız zilyette olduğu için malik eşyaya hızlıca kavuşabilmek için talebini ona yönlendirmelidir.

Malik mülkiyet hakkına dayanarak eşyayı zilyedin elinden almaya çalışırsa dolaysız zilyet, TMK m. 981 hükmüne göre kuvvete başvurarak malikin saldırısını defedebilir. Dolaysız zilyet, zilyedin kuvvet kullanma hakkında önceliklidir.

rış düzeni vardır. Hukuk hareketi; barış ise sükunu ifade eder. İşte zilyetlik, bu barış düzeninin vücut verdiği bir müessesedir. (Selahattin Sulhi Tekinay-Eşya Hukuku 3.Bası Cilt: 1 Sayfa: 38,39) Zilyetliğin hukuki fonksiyonlarından birisi de, fiili durumun başkaları tarafından keyfi olarak bozulmasını önlemektir. Hukuk düzeni böylece toplumun esenliğini korumak istemiştir. Kendilerini haklı görenler bile başkasının fiili hakimiyetine belli bir çerçevede içinde saygı göstermeye mecburdurlar.

Zilyetlik davalarının en belirgin özelliği yukarıya alınan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı gibi davada hakkın tartışma konusu olmaması ve davayı kazanma veya kaybetmenin mevcut olabilecek hak üzerinde herhangi bir etkisinin olmayışındır. Bunun içinde bu tür davalarda mahkemenin zilyetliğin korunmasına ilişkin vereceği karar, sadece eski zilyetlik durumunun yeniden kurulmasını sağlamaktır...”. Yargıtay HGK, 28/74, 11.2.2009.

⁸⁶ Siedel (n 19) 182.

⁸⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 63; Sert Sütçü (n 3) 263; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 16; Sirmen (n 1) 65; Kılıçoğlu (n 1) 23.

Zira kuvvet kullanma, gasp veya saldırı gerçekleştiğinde orda olmayı gerektirir. Ancak dolaylı zilyet de bu fiiller gerçekleşirken oradaysa kuvvet kullanma imkânına sahiptir.

Zilyetliği iradesi dışı kaybeden zilyet, kuvvet kullanmayıp dava yoluyla eşyanın iadesi isteyebilir. Zilyetliğin iadesi davasında davacı çoğu zaman dolaysız zilyettir. Ancak dolaylı zilyet de davayı açabilir. Fakat bu durumda dolaylı zilyet, eşyanın iadesinin dolaysız zilyede yapılmasını istemelidir⁸⁸.

Mülkiyet karinesinden hem dolaysız hem de dolaylı zilyetler yararlanabilirler. Ancak dolaysız zilyet bu karineyi dolaylı zilyede karşı kullanamaz. Feri zilyetlik karinesine göreyse ferî zilyet olan dolaysız zilyet, dolaylı asli zilyedin lehine olan mülkiyet karinesinden yararlanabilir. Asli zilyet lehine olan mülkiyet karinesinden faydalanır. Şartları varsa dolaylı ferî zilyet de bu karineden faydalana bilir⁸⁹.

b. Dolaylı Zilyet

Zilyet, zilyetliğini bir başkası aracılığı ile sürdürüyorsa dolaylı zilyettir. Dolaylı zilyet; zilyetliğinde bulunan eşyayı bir şahsi veya sınırlı aynî hak kurmak üzere bir başkasına devredendir. Bu sebeple çoğu zaman malik sıfatına da sahiptir ancak bu şart değildir⁹⁰.

Dolaylı zilyet, dolaysız zilyet aracılığı ile zilyetliğini korur ve devam ettirir. Dolayısıyla malik eşyanın iadesini dolaylı zilyetten istediğinde tıpkı dolaysız zilyet gibi zilyetliğini savunma imkanları vardır⁹¹.

B. Türk Hukukundaki Düzenlenişine Göre Sahip Olunan İmkanlar

Zilyedin eşya üzerindeki fiili hakimiyetini koruyabilmesi için kanun koyucu çeşitli imkanlar sunmuştur. Zilyetlik hakka dayanmasa dahi zilyetliğin korunması TMK m. 981-984 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Hakka dayanan zilyetliğin korunması ise TMK m. 985-992 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Zilyet kendisine eşyanın iadesi talebi geldiğinde, somut olayın özelliğine göre karinelere dayanabilir, taşınır davası açabilir ya da üstün hak defini ileri sürebilir.

⁸⁸ Ünal ve Başpınar (n 3) 206; Sirmen (n 1) 94.

⁸⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 109; Ünal ve Başpınar (n 3) 232; Sirmen (n 1) 108; Ünal ve Başpınar (n 3) 217; Kılıçoğlu (n 1) 57.

⁹⁰ Sirmen (n 1) 76; Sert Sütçü (n 3) 264; Ünal ve Başpınar (n 3) 122.

⁹¹ Nomer ve Ergüne (n 3) 33; Sirmen (n 1) 66; Sert Sütçü (n 3) 266.

Zilyedin elinden eşya çıkmış ya da eşyanın iadesi talep ediliyorsa zilyet zilyetliğinin doğumuna sebep olan hakka dayanarak eşyayı geri alabileceği gibi sadece zilyetlik fiili durumuna dayanarak eşyanın iadesi taleplerini reddedebilir. Burada önemli olan zilyedin, hukuki uyumsuzluğun karşı tarafına göre tercih edilebilir bir hakkı olmasıdır⁹².

1. Zilyetliğin Korunması

a. Zilyedin Kuvvet Kullanma Hakkı

Zilyedin fiili hakimiyeti bulunan eşyaya karşı bir saldırı ya da gasp olduğunda ilk imkanı, TMK m. 981’de düzenlenen kuvvet kullanma imkanıdır. Bu hükümden yararlanmak için zilyetliğin bir hakka dayanması bile gerekmez. Zilyetliğin korunması, zilyetliğin gasp ya da saldırıya uğraması sonucu bozulan fiili durumun eski haline gelmesini sağlar. Bu sebeple zilyetliği ihlal edenin kusurlu veya haklı olup olmaması dahi önemli değildir⁹³.

“Savunma hakkı” kenar başlıklı TMK m. 981 hükmü şu şekildedir: “Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. (2) Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır”. Hükme göre, zilyetliği ihlal eden bir fiil karşısında zilyet kendini kuvvet kullanarak koruma imkanına sahiptir. Bu hakkın niteliği, TBK m. 63’te düzenlenen hukuka aykırılığı kaldıran hallerden biri olan haklı savunmadır⁹⁴. Ancak TMK m. 981/f. II hükmünün zilyede haklı savunmanın yanı sıra karşı saldırıda bulunma hakkı da verdiği gözden kaçmamalıdır. Böylece zilyet fiili hakimiyetinde bulunan eşyayı geri alma imkanına sahip olur. Ancak zilyet kuvvet kullanırken savunma ve karşı saldırı davranışlarında sınırı aşmamalıdır. TMK m. 981/f. II/c. II’e göre zilyet, durumun haklı gösterdiği derecede kuvvet kullanabilir.

Zilyedin kuvvet kullanma hakkı hem taşınırlar hem de taşınmazlar için söz konusudur. TMK m. 981/f. II’e göre kuvvet kullanmanın kapsamı eşyanın türüne göre farklılık gösterir. Zilyedin fiili hakimiyetindeki eşya taşınmaz ise kuvvet kul-

⁹² Esener ve Güven (n 1) 100; Staake (n 11) 548; Özlük (n 1) 157.

⁹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 89-90; Ünal ve Başpınar (n 3) 175; Erman (n 1) 19; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 24.

⁹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 89; Ünal ve Başpınar (n 3) 174; Sirmen (n 1) 90; Erman (n 1) 18.

lanma, taşınmaza el koyanı kovma şeklinde olur. Taşınırlarda ise gasp ya da saldırı fiili devam ederken şeyi failin elinden alma şeklinde gerçekleşir. Fiil henüz sona ermiş ve fail kaçıyor ise kaçarken yakalama şeklinde de kuvvet kullanılabilir⁹⁵. Örneğin evini kiraya veren malik kiracı yokken eve girer ve evde oturmaya başlarsa zilyet olan kiracı, maliki evden kovabilir. Saatini kiraya veren malik, kiracıdan saati almış ve gidiyorsa zilyet olan kiracı hemen maliki yakalayıp saati geri alabilir.

Zilyedin kuvvet kullanma hakkının doğması için zilyede karşı bir gasp ya da saldırı fiili olmalıdır. Fiil başlamış devam ediyor yahut henüz sona ermiş olmalıdır⁹⁶. Zilyetliği sona erdirmeye yönelik her haksız fiil⁹⁷, kuvvet kullanmayı haklı kılar. Ancak gasp ve saldırı fiillerinin kusurla işlenmesi şart değildir. Örneğin bir kişinin restoranda askıda duran montu kendi montu sanarak alması, gasp fiilini oluşturur. Burada kişinin kusuru yoktur ama gasp gerçekleştiği için montun sahibi kuvvet kullanarak montunu geri alabilir.

Gasp, zilyedin rızası olmaksızın zilyetliğinin elinden alınması fiilidir. Eşya zilyedin hakimiyet alanından çıkarılmış ve böylece zilyedin eşyadan yararlanma imkanı tamamen ortadan kaldırmış olur. Saldırı ise zilyedin rızası olmaksızın eşya üzerindeki fiili hakimiyetini kullanmasını engelleyen fiillerdir. Saldırıda eşya zilyedin hakimiyet alanından çıkmaz fakat zilyet hakimiyeti dilediği şekilde kullanamaz. Örneğin bir eşyanın çalınması gasp, eşyanın değerini düşüren davranışlar ise saldırdır⁹⁸. Gasp ve saldırı fiillerinin ortak özelliği, zilyedin rızası olmadan yapılmış olmalıdır. Zilyedin rızası varsa söz konusu eşyaya müdahaleler zilyetlik ihlali oluşturmaz.

Zilyedin kuvvet kullanma hakkının doğması için zilyetliğinin türü önemli değildir. Kuvvet kullanma hakkına dolaysız-dolaylı, asli-feri, tek-birlikte, hakli-haksız zilyetler sahiptir. Ancak zilyede karşı bir fiil gerçekleştiği için kuvvet kullanacak olan ilk zilyet dolaysız zilyettir. Zira kuvvet kullanma, gasp veya saldırı gerçekleştiğinde orda olmayı gerektirir⁹⁹. Ancak dolaylı zilyet de bu fiiller gerçekleşirken oradaysa kuvvet kullanabilir. O halde dolaylı zilyet durumunda olan malik de kuvvet kullanma hakkına sahiptir.

⁹⁵ Meisner, Stern and Hodes (n 3) 735; Sirmen (n 1) 90; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 91.

⁹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 89; Akçaal (n 1) 95; Şahin Şengül (n 3) 182.

⁹⁷ Hukuka uygunluk sebepleri varsa gasp ve saldırı fiillerinden söz edilemez, Akçaal (n 1) 96.

⁹⁸ Ünal ve Başpınar (n 3) 177; Sirmen (n 1) 90; Akçaal (n 1) 95; Şahin Şengül (n 3) 177-178.

⁹⁹ Ünal ve Başpınar (n 3) 178; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 89.

Zilyedin malike karşı kuvvet kullanarak eşyayı elinde tutması söz konusu olabilir. Malik mülkiyet hakkına dayanarak eşyasını zilyedin elinden almaya çalışırsa, dolaysız zilyet TMK m. 981 hükmüne göre kuvvete başvurarak malikin saldırısını defedebilir. Örneğin kiracı, kiralananı elinden zorla almaya çalışan malike karşı kuvvet kullanma hakkına sahiptir.

Zilyet haksızsa ve eşyayı malikin elinden gasp ya da saldırı yoluyla almaya çalışıyorsa ve henüz bu fiiller bitmediyse haksız zilyet kuvvet kullanma hakkını malike karşı kullanamaz. Zira burada kuvvet kullanma hakkı hâlâ maliktedir. Gasp ve saldırı fiili bitmişse artık malikin kuvvet kullanma hakkı da sona ermiştir. Hatta artık malik eşyayı haksız zilyetten kuvvet kullanarak alamaz, dava yollarına başvurmak zorundadır. Malik eşyanın iadesi için istihkak davası ve gasp ve saldırı fiili neticesinde oluşan zarar için tazminat davası açabilir¹⁰⁰.

b. Zilyetlik Davaları

TMK m. 982-983 hükümleri arasında zilyetlik davaları düzenlenmiştir. Bu davalar ile korunma istenen hak sahipliği değil zilyetlik fiili durumudur. Hakka dayanmayan bir zilyet dahi zilyetliğine karşı bir gasp ya da saldırı olması durumunda bu davaları açmaya yetkilidir. Tıpkı kuvvet kullanmada olduğu gibi bu davalarla da amaçlanan bozulan fiili durumu düzeltmektir¹⁰¹. Dolayısıyla hırsız gibi haksız zilyetler de bu davaları eşya üzerindeki aynı hak sahibi malike karşı açabilir. Haksız zilyedin malike karşı açtığı zilyetlik davalarında, eşyaya zilyet olduğunu ve rızası dışında eşyanın elinden çıktığını ya da kullanımının engellediğini ispatlaması yeterlidir. Bu durumda hâkim eşyanın haksız zilyede iadesine karar verir. Böylece zilyetlikte bozulan fiili durum eski haline getirilir. Böylece bu davalar ile amaçlanan da gerçekleşmiş olur¹⁰².

Zilyetlik davaları hak sahipliğinin tespitine yönelik değildir¹⁰³. Bu nedenle hak sahibi olan malik eşyasına kavuşamayabilir. Fakat malik varlığını iddia ettiği üstün hakkı için zilyede karşı her zaman karşı dava açabilir.

¹⁰⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 317; Eren, Mülkiyet (n 1) 32; Kılıçoğlu (n 1) 46; Nomer ve Ergüne (n 3) 59.

¹⁰¹ Meisner, Stern and Hodes (n 3) 736; Nomer ve Ergüne (n 3) 62; Ünal ve Başpınar (n 3) 216; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 91-92; Şahin Şengül (n 3) 186.

¹⁰² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 92; Şahin Şengül (n 3) 186; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 26.

¹⁰³ Bu sebeple verilen kararlar hak sahipliği açısından kesin hüküm oluşturmaz, Akçaal (n 1) 108.

Zilyetliği koruyan davalar iki tanedir. İlki zilyetliğin gasbında açılan zilyetliğin iadesi/geri verme davası (TMK m. 982) ikincisi ise zilyetliğe saldırı durumunda açılan saldırının önlenmesi ve durdurulması davasıdır (TMK m. 982). Her iki davada ortak bazı yönler vardır. Davalar hem taşınır hem taşınmazlar için söz konusu olabilir. Her iki davada da davacı, zilyetliğin ihlalinin ortadan kaldırılmasının yanı sıra zararın da giderilmesini isteyebilir. Davaların açılması için kanun koyucu belirli süreler öngörmüştür. Zilyetliği ihlal edilen zilyedin fiili ve failini öğrenmesinden itibaren iki ay ve her halde fiilin meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde dava açması gerekir. TMK m. 984'te öngörülen bu süreler hak düşürücüdür. Zilyetlik davalarının konusu tazminat olduğunda ise haksız fiil zamanaşımı sürelerine göre dava açılması gerekir¹⁰⁴.

i. Zilyetliğin İadesi/Geri Verme Davası

TMK m. 982'de zilyetliğin iadesi davası şu şekilde düzenlenmiştir: *“Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür. (2) Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. (3) Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur”*.

Zilyetliği iradesi dışı kaybeden zilyet, dava yoluyla eşyanın iadesi isteyebilir. Zilyetliğin iadesi davası açılabilmesi için zilyetliğin tamamen sona erdirilmiş olması gerekir. Zilyetlik tamamen ortadan kalkmamış fakat bir saldırı meydana gelmişse saldırının önlenmesi veya durdurulması davası açılmalıdır¹⁰⁵.

Davacı zilyet, tek başına ya da birlikte zilyet olabileceği gibi haklı ya da haksız zilyet de olabilir. Davacı çoğu zaman dolaysız zilyettir. Ancak dolaylı zilyet de davayı açabilir. Fakat bu durumda dolaylı zilyet, eşyanın iadesinin dolaysız zilyede yapılmasını istemelidir. Zira öncelik dolaysız zilyettedir¹⁰⁶. Malik dolaylı zilyet konumundaysa geri verme davası açabilir ancak eşyanın dolaysız zilyede teslimini istemelidir. Dolaysız zilyet eşyayı teslim almazsa malik eşyayı geri alma hakkına sahip olur.

¹⁰⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 94; Şahin Şengül (n 3) 197.

¹⁰⁵ Meisner, Stern and Hodes (n 3) 736.

¹⁰⁶ Dolaylı zilyedin talep hakkı BGB § 869 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bu hüküm Türk hukuku açısından da uygulanabilir. Hükme göre zilyetliğin gasp edilmesi durumunda dolaysız zilyedin sahip olduğu haklara dolaylı zilyet de sahiptir. Ancak bu durumda dolaylı zilyet şeyin öncelikle dolaysız zilyede teslimini ister. Dolaysız zilyet şeyi teslim almazsa zilyetliğin kendisine tanınmasını isteyebilir, Rapatz (n 71) para 86.

Dava zilyetliği gasbeden kişiye açılır¹⁰⁷. Zilyetliği gasbeden kişinin hak sahibi olup olmaması önemli olmadığı gibi kusuru da aranmaz. Bu durumda dava haksız zilyet olan hırsıza açılabilceği gibi aynı hak sahibi malike¹⁰⁸ karşı da açılabilir. Ancak TMK m. 982/f. II de buna bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre; davalı üstün bir hakka sahip olduğunu derhal kanıtlarsa eşyayı geri vermekten kurtulur. Ancak burada önemli olan üstün hakkın derhal ispat edilmesidir. Eğer ispat vasıtaları yeterli değilse veya davalının süreye ihtiyacı varsa üstün hak iddiası dinlenmez ve eşya zilyede iade edilir. Bu durumda dolaylı zilyet konumunda olan malik, eşyayı haklı ya da haksız zilyedin iradesi dışı almışsa, zilyet geri alma davasını malike karşı da açabilir. Malik dava sırasında mülkiyet hakkını hemen ispatlarsa eşyayı iade etmez¹⁰⁹ ancak ispatlayamazsa zilyetlik haksız bile olsa zilyet eşyayı ona iade etmek zorunda kalır¹¹⁰. Bu durumda malik ya aynı hakkına dayanarak istihkak davası açar ya da hak karinesine dayanarak taşınır davası açar¹¹¹.

Zilyetliğin iadesi davası yalnızca, zilyetliğin ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir talep içermez. Müdahale sonucu oluşan bozulmuş zilyetlik durumunun sona erdirilmesinin yanı sıra zilyetliğin ihlali olmasaydı mevcut olacak durumun tekrar tesis edilmesi talep edilebilir. Bir başka deyişle zararın tazmini talebi de aynı davada ileri sürülebilir (TMK m. 982/f. III).

ii. Saldırının Önlenmesi ve Durdurulması Davası

TMK m. 983'te saldırının önlenmesi davası şu şekilde düzenlenmiştir: *“Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliği saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir. (2) Dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur”*.

¹⁰⁷ Zilyetliği gasp eden kişi, zilyetliği üçüncü kişiye devretmişse artık üçüncü kişiye iade davası açamaz, Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 94; Akçaal (n 1) 100.

¹⁰⁸ Yargıtay'ın 25.10.2010 tarihli bir kararında elbirliğiyle mülkiyetin (miras ortaklığı) söz konusu olduğu bir taşınmazın maliklerinden biri diğerine karşı zilyetliğin iadesi davası açmıştır. Davalı zilyet tek başına zilyet olduğu savunmasında bulunmuştur. Yargıtay bu savunma karşısında davacının taşınmazdan yararlanmasının engellendiği sonucu çıkarak zilyetliğin iadesi davasının kabul edilmesi gerektiği kararını vermiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 8 HD, 1872/5082, 25.10.2010.

¹⁰⁹ Yargıtay'a göre, bu durumda davaya konu şeylerin zilyetliği malikte kalır, zilyedin varsa diğer haklarına (şahsi, aynı haklara) dayalı istemlerini, malike karşı yönelteceği başka davalarla talep etmesi gerekir. Yargıtay 11 HD, E 2020/6485 K 2021/4825, 7.6.2021

¹¹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 92; Ünal ve Başpınar (n 3) 204; Erman (n 1) 20; Şahin Şengül (n 3) 190.

¹¹¹ Ünal ve Başpınar (n 3) 204; Şahin Şengül (n 3) 190.

Zilyedin eşya üzerindeki fiili hakimiyetini kullanması engelleniyor veya zorlaştırılıyorsa zilyet, saldırının önlenmesi ve/veya saldırının durdurulması davası açar. Eğer ki saldırının gerçekleşmesi veya tekrarlama olasılığı varsa muhtemel zilyetlik ihlallerinin önüne geçmek için saldırının önlenmesi davası açılır. Ancak saldırı başlamış ve halen devam ediyorsa saldırının durdurulması davası açılmalıdır¹¹².

Davaları zilyet, saldırıda bulunan ya da bulunması muhtemel olan kişiye açar. Davacının da davalının da haklı olup olmaması, kusurlarının olup olmaması ya da zilyetlik sıfatları önemli değildir. Bu davayı malik zilyede karşı açabileceği gibi zilyet de malike karşı açabilir. Saldırı gerçekleşir ya da gerçekleşme ihtimali olursa zilyet, malike karşı dava açtığında artık üstün hak iddiası dinlenmez. Zira saldırı durumunda kanunda üstün hak iddiasının ileri sürülmesi öngörülmemiştir. Dolayısıyla malik, üstün hakkı olsa veya zilyet haksız olsa dahi saldırıda bulunmamak ya da saldırıyı durdurup zilyetlik ihlalini sona erdirmek zorundadır¹¹³. Örneğin evini kiraya veren malikin, kira sözleşmesinin süresi bittikten sonra haksız zilyedi (kiracıyı) rahatsız etmek için aşırı gürültü çıkarması veya kiralanan konuta yan araziden çok fazla duman gelmesine sebep olması gibi durumlarda, haksız zilyet kiracı saldırının durdurulması ve önlenmesi davası açabilir.

Saldırının önlenmesi ve durdurulması davası, saldırının önlenmesi ya da sona erdirilmesi talebinin yanı sıra zararın tazmini talebini de içerebilir (TMK m. 983/f. II). Bu durumda zilyetliğe saldırı olmasaydı mevcut olacak durumun tekrar tesis edilmesi talep edilir. Örneğin, dolaysız zilyet durumundaki kiracı ya da intifa hakkı sahibi saldırı sonucu zarara uğradığını ve malikin kusurunu ispatlarsa malikten tazminat talebinde bulunabilir¹¹⁴.

2. Hakka Dayanan Zilyetliğin Korunması

TMK m. 985-992 arasında düzenlenen hükümler hakka dayanan zilyetliğin korunmasına yöneliktir. Kanun koyucu kural olarak zilyedi, taşınırlarda iddia ettiği hakka karine olarak sahip olduğunu varsaymıştır. Böylece ispat külfetini tersine çevirerek bir hakkın bulunmadığının ispatını, zilyedin hakkına itiraz

¹¹² Yüksel Reyhani, Canarşlan ve Yünlü (n 3) 27; Akçaal (n 1) 101-102.

¹¹³ Meisner, Stern and Hodes (n 3) 741; Sirmen (n 1) 97; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 96.

¹¹⁴ Bkz. Yargıtay 6 HD, 6757/10824, 8.12.2015.

edene yüklemiştir. Kanunun taşınırılar açısından karineler öngörmesinin nedeni zilyetliğin bir işlevi olan aleniliği sağlamak ve böylece hukuki güvenliği sağlamaktır. Taşınırılar açısından hali hazır zilyedin yanı sıra belirli şartlarda önceki zilyet için de karineler öngörülmüştür.¹¹⁵

Taşınmazlar açısından ise hakka dayanan zilyetliğin korunması ayrıca düzenlenmiştir. TMK m. 992 hükmüne göre: hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkı, tapu kütüğünde adına tescil yapılmış kişidir. Kütükte adı yer alan kişi gerçek hak sahibi olmasa bile sicildeki kayıt düzeltilene kadar karinelere dayanan korunma imkanlarından ve zilyetlik davalarından yararlanır.

a. Taşınır Davası

TMK m. 989 hükmü; taşınır bir şeyin zilyetten çalınması, kaybolması ya da iradesi dışında herhangi bir şekilde elinden çıkması durumlarında zilyedin açacağı davayı taşınır davası olarak belirtmiştir. Taşınır davası, konusu olan eşyanın geri verilmesi sonucunu doğurmak için açılır. Taşınır davası açılabilmesi için davacı olan önceki zilyedin, şu anki zilyetten daha üstün ve korunmaya değer bir hakkı olmalıdır¹¹⁶. Zira bu davada zilyetlik, karine oluşturan bir hak dolayısıyla korunmaktadır. Bunun yanı sıra taşınır önceki zilyedin elinden rızası dışında çıkmış olmalıdır¹¹⁷.

Taşınır davasının açılması hak düşürücü süreye bağlanmıştır. TMK m. 989 hükmü gereği zilyet, o şeyi elinde bulunduranlara karşı beş yıl içinde taşınır davası açmalıdır. Ancak bu süre iyiniyetli zilyede karşı dava açılması durumunda uygulanır. Taşınır davası kötüniyetli zilyede karşı her zaman açılabilir (TMK m. 991).

Taşınırı elinden rızası dışı çıkmış iyiniyetli zilyet, eşyayı elinde bulundurana dava açabilir. Dava açılma sırasında eşyayı elinde bulunduran kişi, eşyanın maliki olabilir. Bu durumda da zilyet taşınırın kendisine iadesi için davayı malike yönlendirir. Ancak bunun için taşınır davasının şartlarının oluşması gerekir. Zira davalı malik açısından bu şartlar; malikin zilyede oranla daha üstün tutulacak hakkının olmaması ve eşyayı zilyedin rızası olmadan elinden almış olmasıdır.

¹¹⁵ Nomer ve Ergüne (n 3) 69-70.

¹¹⁶ Şu anki zilyet lehine olan hak karinesinin çürütülmesi gerekir. Zira şu anki zilyet eşyayı elinde bulundurduğu için hak karinesi lehine sonuç doğurur ve davacı önceki zilyedin hak karinelerini çürütme külfeti vardır.

¹¹⁷ Esener ve Güven (n 1) 100; Ünal ve Başpınar (n 3) 223-227; Erman (n 1) 25; Akçaal (n 1) 128-133.

Zilyet eşyanın önceki zilyedi olduğunu, taşınırın iradesi dışında elinden çıktığını ve malikin taşınırı elinde tutmak için korunmaya değer bir menfaatinin olmadığını ispatlamalıdır. Böylece önceki zilyet taşınır davası açarak, taşınır üzerinde tekrar hakimiyet kurma imkanına sahip olur. Zira taşınır davası zilyetlikte haklılığı tespitiye yöneliktir¹¹⁸.

Zilyetlik karineleri taşınır davalarında önemli rol oynar. Mülkiyet ve ferî zilyetlik karinelerine dayanarak zilyet, taşınır davası açarak eşyanın kendisine iadesini sağlar. Böylece karineler, zilyetliğin korunmasına hizmet ederler. Üstün hakka sahip olan bir zilyede karşı eşyanın iadesi için dava açıldığında ise zilyet üstün hak defini ileri sürerek eşyayı iade etmekten kurtulur¹¹⁹.

i. Mülkiyet Karinesi

TMK m. 985 hükmü, zilyetliğin taşınırlarda mülkiyet hakkına karine saymıştır. Hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: *“Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır. (2) Önceki zilyetler de zilyetlikleri süresince o taşınırın maliki sayılırlar”*. O halde bir taşınırı elinde bulunduran kişi, mülkiyet iddiasında bulunmasa bile o şeyin maliki sayılır¹²⁰. Bu karine eski zilyetler için de geçerlidir. Bir zilyet, zilyetliğin devam ettiği sürece o şeyin maliki sayılır. Bu hükmün düzenlenme nedeni üçüncü kişilere karşı yaratılan görünüş sebebiyle, iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanımlarının korunması isteğidir¹²¹.

Mülkiyet karinesine dayanan zilyet, eşyayı iade etmekten kurtulur. Zira karineye dayandığı için malik olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Bu durumda malik eşyanın iadesi davasını açtığında zilyetliğin mülkiyet hakkına dayanmadığı iddiasını ispat etme külfeti altında olur. İddiasını ispat ederse zilyedin mülkiyet karinesi çürür ve kendisinin de haklı malik olduğunu ispatlarsa zilyedin eşyayı iade etme zorunluluğu doğar. Ancak bunun için zilyedin daha üstün bir hakka dayanmaması da gerekir¹²².

Mülkiyet karinesinden hem dolaysız hem de dolaylı zilyetler yararlanabilirler. Ancak dolaysız zilyet bu karineyi dolaylı zilyede karşı kullanamaz¹²³. Bunun

¹¹⁸ Esener ve Güven (n 1) 100.

¹¹⁹ Esener ve Güven (n 1) 100; Ünal ve Başpınar (n 3) 221.

¹²⁰ Aksi görüş için bkz. Ünal ve Başpınar (n 3) 216.

¹²¹ Esener ve Güven (n 1) 96.

¹²² Esener ve Güven (n 1) 96; Akçaal (n 1) 118.

¹²³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 109; Sirmen (n 1) 104; Sert Sütçü (n 3) 265.

yanı sıra dolaysız zilyet sadece mülkiyet karinesine değil “*Feri zilyetlikte karine*” kenar başlığı ile TMK m. 986’da düzenlenen karineye de dayanabilirler. Böylece dolaysız zilyet, asli ve dolaylı zilyedin mülkiyet karinesinden yararlanır. Aslında TMK m. 986’da mülkiyet karinesinden farklı bir karine düzenlenmemektedir. Bu karineye dayanacak kişilerin sayısı arttırılmaktadır. Başkası için zilyetler ve ferî zilyetlerin mülkiyet karinesine dayanması “*Feri zilyetlikte karine*” kenar başlığı ile TMK m. 986’da düzenlenmiştir¹²⁴.

ii. Ferî Zilyetlikte Karine

TMK m. 986 hükmü şu şekildedir: “*Bir taşınırı malik olma iradesi bulunmaksızın zilyet olan kimse, taşınırı kendisinden iyiniyetle aldığı kişinin mülkiyet karinesine dayanabilir. (2) Taşınırı bir sınırlı aynî hak veya kişisel hak iddiasıyla zilyet bulunan kimsenin iddia ettiği hakkın varlığı karine olarak kabul edilir. Ancak, zilyet bu karineyi şeyi kendisine vermiş olan kişiye karşı ileri süremez*”. Bu hükümde ferî zilyet olan dolaysız zilyedin, dolaylı asli zilyedin lehine olan mülkiyet karinesinden yararlanabileceği düzenlenmiştir¹²⁵. Örneğin, bir taşınırı malikinden kiralayan kiracı o şeyin dolaylı ferî zilyedir. Kiracı zilyedin mülkiyet iddiası yoktur. Ancak üçüncü bir kişi taşınırın iadesini istediğinde ferî zilyet, taşınır malikin mülkiyet karinesine dayanarak eşyayı iade etmekten kurtulur. Zilyedin taşınırı malikten değil de sınırlı aynî hak sahibi ya da şahsi hak sahibi bir kişiden teslim alması durumunda da ferî zilyet, asli zilyedin karinelerine dayanabilir. Örneğin kiracı, eşyayı intifa hakkı sahibinden teslim aldıysa, üçüncü kişilere karşı hem malikin hem de intifa hakkı sahibinin lehine olan karinelerden faydalanabilir¹²⁶.

Asli zilyet lehine olan mülkiyet karinesinden öncelikle dolaysız ferî zilyet faydalanır. Şartları varsa dolaylı ferî zilyet de bu karineden faydalanabilir. Ancak yukarıdaki örnekteki gibi malik, intifa hakkı sahibi ve kiracının bulunduğu somut bir olayda; kiracı (dolaysız ferî zilyet) malik ve intifa hakkı sahibinin karinesine dayanabilirken; intifa hakkı sahibi (dolaylı ferî zilyet) de malikin mülkiyet karinesine dayanabilir¹²⁷.

¹²⁴ Ünal ve Başpınar (n 3) 217; Sert Sütçü (n 3) 265.

¹²⁵ Dolaysız zilyet bu durumu dolaylı zilyede karşı ileri süremez. Zira bu, hükmün konuluş amacı ile bağdaşmaz.

¹²⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 109; Ünal ve Başpınar (n 3) 222.

¹²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 109; Ünal ve Başpınar (n 3) 222.

Başkasının karinesine dayanabilmek için önemli bir husus vardır ki o da karineye dayanan ferî zilyedin iyiniyetli olmasıdır. Ferî zilyedin iyiniyetli olmasından eşyayı teslim aldığı kişinin malik olmadığını bilmiyor ve gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi bilemeyecek durumda olması anlaşılır¹²⁸.

TMK m. 986 hükmünün düzenlenmiş olması üçüncü kişilerin eşyanın iadesini talep ettiklerinde, zilyede bir defî ileri sürerek eşyayı iade etmeme imkanı verir. Ancak TMK m. 986/f. 2/c. 2'de açıkça belirtildiği üzere, zilyet bu karineyi asli zilyede karşı ileri süremez. Dolayısıyla malik zilyetten eşyanın iadesini istediğinde, zilyet bu hükme dayanarak bir savunma yapamaz. Ancak bu demek değildir ki zilyet eşyayı iade etmek zorundadır. Zilyet malik ile aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak ya da kanunun başka hükümlerine dayanarak (örneğin TMK m. 987) eşyayı iade etmekten kurtulabilir.

iii. Daha Üstün Hak Defî (Davaya Karşı Savunma)

Türk hukukunda zilyedin hukuki durumunu kuvvetlendiren düzenlemelerden biri de TMK m. 987 hükmüdür. Hüküm şu şekildedir: *“Bir taşınırın zilyedi, kendisine karşı açılan her davada üstün hakka sahip olduğu karinesine dayanabilir. (2) Gasp veya saldırıya ilişkin hükümler saklıdır”*. Hükümden anlaşıldığı üzere zilyetten dava yoluyla elindeki taşınırın iadesi istendiğinde, zilyet zilyetliğinin daha üstün bir hakka dayandığını ileri sürerek eşyayı iade etmekten kurtulabilir. Zilyedin hakkının niteliği aynı olabileceği gibi şahsi bir hak da olabilir. Ancak zilyet eşyayı gasp yoluyla ele geçirmişse bu hükme dayanamayacağı gibi kötüniyetle herhangi bir şekilde eşyayı edinmişse bu hükümden yararlanamaz. Aynı şey önceki zilyedin elinden eşya rızası dışında çıkmışsa da söz konudur¹²⁹.

Eşyanın geri verilmesi kendisinden istenen zilyet, daha üstün bir hakka sahip olduğu karinesine dayanarak eşyayı geri vermez. Eşyanın iadesi için zilyedin üstün hak karinesinin çürütülmesi gerekir. Bu iki şekilde olur. Bunlardan ilki şu anki zilyedin, zilyetliği kötüniyetle kazanmış olması durumudur. TMK m. 991/f. 1'de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle edinmemiş olan kimseye karşı önceki zilyet, her zaman taşınır davası açabilir”*. Şu anki zilyedin, zilyetliği devreden kişinin tasarrufa yetkili olmadığını biliyor ya da bilmesi gerekiyor olması durumunda, zilyetliğin kötüniyetle kazanıldığından bahsedilir. İkincisi ise taşınır eşyanın, zilyedin elinden rızası dışında çıkmasıdır.

¹²⁸ Nomer ve Ergüne (n 3) 71; Ünal ve Başpınar (n 3) 222; Sert Sütçü (n 3) 265.

¹²⁹ Esener ve Güven (n 1) 103; Ünal ve Başpınar (n 3) 222.

Ancak para ve hamiline senetler açısından istisnai bir düzenleme vardır. Zira zilyedinin elinden rızası dışında çıksa bile para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kişilere taşınır davası açılamaz (TMK m. 990).

b. Taşınmazlarda Karine

Bir taşınmaz eşyanın zilyedi hakka dayanarak dava açıp eşyanın iadesini istediğinde hakkını ispat etmek zorundadır. Ancak hakkını ispat etme külfeti olmaksızın bir karineye dayanarak da taşınmaz eşyanın iadesi talep edilebilir. Bu husus TMK m. 992’de düzenlenmiştir. Maddeye göre tapuya kayıtlı bir taşınmaz için hak karinesine dayanarak zilyetliğin korunması tapu kütüğü vasıtasıyla olur. Buna göre tapuya kayıtlı taşınmazlarda hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından sadece tapu kütüğünde adı tescil edilmiş kişi yararlanır¹³⁰. Tapuda adına tescil işlemi yapılmış kişinin o taşınmaz üzerinde hak sahibi olduğu konusunda bir karine vardır. Kütükteki kayıtlar her zaman gerçek durumu yansıtmayabilir. Bu durumda gerçekte hak sahibi olmayan bir kişi de karineden yararlanabilir. Gerçek hak sahibi ise tapu kütüğündeki kaydın düzeltilmesini talep edebilir.

Tapu kütüğünde ilgili taşınmazın sayfasında aynı hak sahibi olarak kayıtlı kişi, eşyanın geri verilmesi için dava açabilir. Tescilde adı geçen kişi zilyet olabilir ve davayı esas malike karşı açabilir. Bu durumda davacı zilyedin karineye dayanmasından dolayı bir ispat külfeti yoktur. Ancak malikin eşyayı geri vermekten kurtulmak için gerçek malik olduğunu ve geri vermemek için bir üstün hakkı olduğunu ispat etmesi gerekir¹³¹.

Tapusuz taşınmazlara ilişkin bir düzenleme yoktur. Tapusuz taşınmazlarda hak karinelerinden kimin yararlanacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu taşınmazlar hiç kimse hak karinelerinden yararlanamaz. Bu taşınmazlarda ancak hakkın kendisine dayanarak talepte bulunulabilir¹³². Yargıtay¹³³ ve diğer görüşte olan yazarlara¹³⁴ göre, tapusuz taşınmazların satış ve devrine taşınırlara

¹³⁰ Tapusuz taşınmazlar açısından ise hak karinesinden kimin yararlanacağı tartışmalıdır. Ancak Yargıtay’a göre tapusuz taşınmazlara taşınırlara ilişkin hükümler uygulanmalıdır, Yargıtay İBK, 1/2, 01.04.1974.

¹³¹ Sirmen (n 1) 127; Ünal ve Başpınar (n 3) 246.

¹³² Sirmen (n 1) 128; Erman (n 1) 31; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 127; Yüksel Reyhani, Canarlan ve Yünlü (n 3) 40.

¹³³ Yargıtay 8 HD, E 2006/7967 K 2007/692, 13.2.2007; Yargıtay 8 HD, E 2010/7125 K 2011/7657, 26.12.2011; Yargıtay HGK, E 2013/1782 K 2015/1090, 25.3.2015.

¹³⁴ Ünal ve Başpınar (n 3) 196.

ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Dolayısıyla tapusuz taşınmalarda taşınırlara ilişkin olan hak karineleri uygulanmalıdır.

c. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması

Zilyetliğin idari yoldan korunması sadece taşınmazlar için kabul edilmiş zilyetliğin korunması türüdür. Zilyetliğe karşı yapılan saldırılarda kuvvet kullanma hakkının yeterli olmaması ve zilyetlik davaların uzun sürmesi gibi nedenlerden dolayı bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin idari yoldan korunması tercih edilebilir.

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Kanun madde 3'e göre zilyetliği saldırıya uğrayan kimse bu saldırının sona erdirilmesini ve taşınmazın kendisine iadesi için mahallenin en büyük mülki amirinden zilyetliğin korunmasını isteyebilir.

3091 sayılı Kanunun uygulanması için bir yönetmelik de çıkarılmıştır. Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik m. 7 taşınmaz kavramını tanımlamış ve kapsamını oldukça geniş tutmuştur¹³⁵. Aynı yönetmeliğin 11. maddesi bir taşınmazın idari yolla korunması için taşınmaza yapılan saldırı ve müdahaleleri de tanımlamış, 12. maddesi ise saldırı ve müdahale sayılan halleri sıralamıştır. İki hüküm birlikte incelendiğinde saldırı ve müdahale kavramı TMK'na göre çok geniş tutulmuş ve kapsamına gasp ve işgal de dahil edilmiştir¹³⁶.

¹³⁵ Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik'in 7. maddesi şu şekildedir: *"Taşınmaz mal; arz üzerinde sabit olan tarla, bağ, bahçe, arsa, orman, ağıl, apartman, dükkan, fabrika, otel gibi bütün arazi, bina ve madenlerdir. (2) Taşınmaz mala sahip olan o eşyanın altına ve üstüne de sahiptir. (3) Taşınmaz mallar 3 gruba ayrılır: a) Arazi, arazinin tamamlayıcı parçası sayılan bina ve ağaçlar, arz üzerinde kaynaklar, akarsular, b) Tapu siciline müstakil ve daimi olmak üzere kayıtlı ayni haklar (üst hakkı, kaynak hakkı, irtifak hakkı gibi). c) Yer altındaki madenler"*.

¹³⁶ Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik'in 12. maddesi şu şekildedir: *"Aşağıdaki olay ve durumlar 3091 sayılı Kanunun uygulanmasında taşınmaz mala yapılmış tecavüz veya müdahale sayılır. a) Bahçe, tarla ve arsa gibi arazi üzerinden devamlı olarak gelip geçmek suretiyle zilyedin taşınmazdan istifade etmesine engel olmak. b) Ekim ve dikimde bulunmak. c) Bir hak iddia ederek tarla veya bahçelerdeki mahsulü biçmek, toplamak. d) Başkasının taşınmaz eşyanına taş, toprak, ağaç, gübre ve benzeri şeyleri bırakmak suretiyle zilyedin taşınmazdan istifade etmesine engel olmak."*

Bir taşınmaz mala karşı kanunun saldırı ve müdahale saydığı bir fiil işlendiğinde taşınmazın malikinin yazılı bir başvurusu sonucunda yetkili idari makamın¹³⁷ 15 gün içinde soruşturma başlatıp sonuçlandırması gerekir. Başvuru dilekçesini alan vali, yetkili vali yardımcısı veya kaymakam saldırı veya müdahalenin olup olmadığını yerinde doğrudan soruşturabileceği gibi, bu amaçla devlet memurlarından bir veya işin mahiyetine göre birkaçını soruşturma yapmak üzere görevlendirebilir (Yönetmelik m. 22). Soruşturma sonucunda ya başvuru reddedilir ya da saldırının veya müdahalenin önlenmesine karar verilir. Karar verinceye kadar taraflar aralarında anlaşılırsa başvurudan vazgeçmek de mümkündür¹³⁸.

Verilen karar idari bir karar olduğu için idari yargı yoluna gitmek mümkündür. Ancak bu kararda üstün hakka ilişkin bir değerlendirme yapılmaz. Üstün hak iddiasında olan kişi adli yargı yoluna gidebilir¹³⁹. Verilen karar yetkili makamca görevlendirilen memurlarca 5 gün içinde yerine getirilir (Kanun m. 9)

Bir taşınmaz üzerindeki zilyetlik, taşınmazın maliki tarafından saldırıya ya da müdahaleye uğrayabilir. Bu durumda da zilyet haksız zilyet bile olsa yine de idari koruma talep edebilir. Zira kanun talepte bulunmak için zilyet olmayı yeterli bulmuştur. Yönetmeliğin 13 maddesinde bu hakkın müşterek ve iştirak halinde maliklere karşı da ileri sürülebileceği açıkça yer almıştır¹⁴⁰. Zilyet lehine

e) Sulama veya içme sularından, su kuyularından, sarnıçlarından, su yollarından, su borularından ve arklarından yararlanmayı engellemek.

f) Başkasının arazisi üzerine su geçirmek üzere ark açmak.

g) Temel açmak, hendek kazmak, bina yapmak.

h) Yukarıda sayılanlara benzer diğer davranışlarda bulunmak".

¹³⁷ Taşınmaz eşyanın merkez ilçesi sınırları içinde bulunması halinde vali veya görevlendireceği vali yardımcısı, ilçelerde bulunması halinde ise kaymakamlar tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar vermeye yetkilidirler, Yönetmelik m. 16

¹³⁸ Ayhan Uçar, 'Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü' (2008) 12 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 281, 306.

¹³⁹ Ünal ve Başpınar (n 3) 196; Altay (n 5) 91; Uçar (n 138) 285.

¹⁴⁰ Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik'in 13. maddesi şu şekildedir: "Bir taşınmaz mal üzerinde birden fazla kişilerin bir arada zilyet oldukları müşterek veya iştirak halinde mülkiyet hallerinde, yani anlaşmazlığa düşenlerin taşınmazda hissedar olmaları halinde, o taşınmazı fiilen tasarruf edenin zilyetliğinin hem diğer hissedarlara, hem de üçüncü şahıslara karşı korunması esastır. Bu gibi durumlarda "müşterek hissedarlıktan" söz edilerek 3091 sayılı Kanunun olaya uygulanmaması yoluna gidilemez. (2) Taşınmazın miras yoluyla birden çok mirasçıya kalması halinde de bu Kanuna göre tecavüz veya müdahalenin önlenmesi ile ilgili başvurular kabul edilir ve eylemli olarak zilyetliklerini sürdürenleri zilyetlikleri hem diğer mirasçılara hem de üçüncü şahıslara karşı korunur".

verilen bu idari karar esasen geçici niteliktedir. Malik adli yargı yoluna başvurarak üstün hakkını ispatlarsa idari karar artık hükmünü kaybeder¹⁴¹.

C. İyiniyetli Zilyedin Hukuki Durumu

Bir şey üzerinde fiili hakimiyet sahibi kişinin iyiniyetli zilyet olması için, zilyetliği devreden kişinin o şeyin (haklı) zilyedi olması gerekir. İyiniyet, zilyetliği devreden kişinin tasarruf yetkisindeki eksikliği giderir niteliktedir¹⁴². İyiniyetli zilyet, kendisine zilyetliği devreden önceki zilyedin tasarruf yetkisi olmadığını bilmiyor ve gerekli araştırmayı yapsa da bilemeyecek durumda olmasını ifade eder¹⁴³.

İyiniyet, zilyedin kendisinde aranacağı gibi temsilci kullanarak işlem yapıyorsa temsilcisinde de aranır. Temsilcinin kötünियeti, temsil olunanı da kötüniyetli yapar. Tüzel kişiler açısından da iyiniyet, temsil organını oluşturan gerçek kişilerde aranır¹⁴⁴.

Hukukumuzda iyiniyetli kişilerin hak kazanımları bazı durumlarda korunmuştur. Bu durumlarda taşınır davası, iyiniyetli zilyet lehine sınırlandırılmıştır. Taşınır mallar açısından eşyanın zilyedin elinden rızası ile çıkıp çıkmaması, eşyanın nereden elde edildiği ve zilyedin eşyayı ne kadar süre elinde tuttuğu gibi durumlar önem arz eder ve farklı sonuçlara sebebiyet verir¹⁴⁵.

1. İyiniyetin Tam Koruma Sağladığı Durumlar

Türk Medenî Kanunu, iyiniyetli zilyedin aynı hakkı kazandığı iki durumu kabul etmiştir. Söz konusu hallerde zilyetliğe bağlanan hak karinelerinin aksi ispat edilemez. Bu iki durumda zilyedin hak kazanımı tam olarak korunmuş ve zilyedin karine oluşturan hakkı geçerli bir şekilde kazandığı kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, zilyedin (emin sıfatıyla) iradesi ile elinden çıkan taşınır eşyanın iyiniyetle kazanılmasıdır (TMK m. 988). İkincisi ise zilyedin elinden iradesiyle ya da iradesi dışında çıkmış olsa da para ve hamiline yazılı senetlerin iyiniyetle kazanılmasıdır (TMK m. 990).

¹⁴¹ Akçaal (n 1) 112.

¹⁴² Esener ve Güven (n 1) 114.

¹⁴³ Nomer ve Ergüne (n 3) 84; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 57. Farklı görüşler için bkz. Akıncı (n 10) 242.

¹⁴⁴ Ünal ve Başpınar (n 3) 241.

¹⁴⁵ Nomer ve Ergüne (n 3) 85 dn. 183; Sirmen (n 1) 120; Ünal ve Başpınar (n 3) 234 vd..

a. Emin Sıfatıyla Zilyetten Eşyanın Edinilmesi

Emin sıfatıyla zilyet, malikin veya önceki haklı zilyedin elinden eşyanın rızası ile çıkması durumunda zilyede verilen isimdir. Emin sıfatıyla zilyedin zilyetliği, önceki zilyedin rızasına dayanır¹⁴⁶. Önceki zilyedin eşyayı ödünç olarak veya saklanması için zilyede vermesi durumu örnek gösterilebilir.

Bir taşınırın emin sıfatı ile zilyedinden iyiniyetle bir aynı hak edinen üçüncü kişinin korunması TMK m. 988'de düzenlenmiştir. Buna göre emin sıfatıyla zilyet, şeyi üçüncü kişiye devretmeye yetkisi olmasa dahi, taşınırı edinen zilyet bunu bilmiyor ve bilmesi de mümkün değilse taşınır üzerindeki mülkiyeti ya da sınırlı aynı hakkı kazanır. Bu düzenlemenin yapılmasının nedeni, üçüncü kişinin zilyetlikle sağlanmış olan görünüşe güvenmiş olmasıdır. Malikin elinden rızası ile çıkan eşyalar söz konusu olduğunda devralan kişinin menfaatine ve işlem güvenliğine üstünlük tanınmıştır¹⁴⁷.

Hukukumuzda üçüncü kişinin, zilyetliği devreden tasarruf yetkisinin varlığına ilişkin iyiniyeti korunmaktadır. Üçüncü kişinin iyiniyeti, taşınır üzerinde aynı hakkı kazanırken aranır. Daha sonradan zilyedin tasarruf yetkisinin olmadığını öğrenmesi hakkın kazanımını etkilemez¹⁴⁸.

Emin sıfatıyla zilyet, taşınırın mülkiyetini ya da sınırlı aynı hakkı devrettiği için çoğu zaman dolaysız zilyettir. Ancak bu zorunlu değildir. Emin sıfatıyla zilyet, dolaylı zilyet de olabilir¹⁴⁹.

Malik veya önceki haklı zilyet, taşınırı kendi iradeleri ile zilyede vermelidirler. Rıza dışı elden çıkan taşınırlar üzerinde kural olarak aynı hak kazanımı korunmaz. Rıza ile elden çıkan taşınır üzerinde aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişinin bu kazanımı tam olarak korunur. Artık üçüncü kişi, o aynı hakkı kazanmıştır ve bunun aksi ileri sürülemez. Devredilen aynı hak mülkiyetse üçüncü kişi malik olur. Taşınırı rızası ile elinden çıkaran eski malik, yeni malikten (üçüncü kişiden) herhangi bir talepte bulunamaz. Ancak emin sıfatıyla zilyetten eşyanın geri verilmesini talep edebilir. Ancak eşyanın mülkiyeti başkasına geçtiği için bu

¹⁴⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 122-123; Ünal ve Başpınar (n 3) 237; Akçaal (n 1) 120.

¹⁴⁷ Mine Kaçmaz Adak, *Medeni Hukukta Yaratılan Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 224.

¹⁴⁸ Yüksel Reyhani, Canarşlan ve Yünlü (n 3) 30; Ünal ve Başpınar (n 3) 240; Sirmen (n 1) 124.

¹⁴⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 123.

mümkün olmayacağından en azından zararın tazminini söz konusu olur. Bu da aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak nispi bir talebe dayanılır¹⁵⁰.

Devredilen aynı hak, intifa rehin gibi sınırlı bir aynı hak da olabilir. Bu durumda eşyayı elinden rızası ile emin sıfatında zilyede bırakan kişi hala maliktir. Ancak sınırlı aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı sınırlı bir talep imkanı vardır. İyiniyetli üçüncü kişi haklı zilyet olduğu sürece taşınırın iadesini isteyemez. Ancak burada da tıpkı mülkiyet hakkının devredilmesinde olduğu gibi malik, emin sıfatıyla zilyetten zararının tazminini isteyebilir. Sınırlı aynı hakkı edinen üçüncü kişi ise, aynı hakkın sona ermesi üzerine taşınırı malikine geri vermekle yükümlü olur¹⁵¹.

b. Para ve Hamiline Yazılı Senetlerin Kazanılması

Rıza dışı elden çıkan taşınırlar üzerinde kural olarak aynı hak kazanımı korunmaz. Ancak taşınırlardan para ve hamiline yazılı senetler, diğer taşınır mallardan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. TMK m. 990'a göre para ve hamiline yazılı senetleri iyiniyetle kazanan kişinin kazanımı tam olarak korunmuştur. Para ve hamiline yazılı senetler, zilyedin rızası dışında elinden çıkmış olsa bile iyiniyetle para ve hamiline yazılı senedi edinen kişiye karşı artık taşınır davası açılmaz. Bu hükmün konuluş sebebi işlem tedavülünü sağlamak ve piyasaya olan güveni korumaktır¹⁵².

Para ve hamiline yazılı senet malikin elinde rızası dışında çıktığında örneğin çalınma kaybedilme durumlarında eşyayı çalan ya da bulan kişi, eşyanın mülkiyetini kazanamaz. Zira o paranın ya da senedin başkasına ait olduğunu bildiği için iyiniyetli değildir ve hukuk düzenimiz sadece iyiniyetli kişiyi korur. Kötüniyetli zilyede karşı istihkak ve taşınır davası açılarak para ve hamiline yazılı senedin geri verilmesi istenir. Üçüncü bir kişi ise ancak hâlihazır zilyetten para ve hamiline yazılı senedi iyiniyetle edinirse, bunların maliki olur. Artık kendisine karşı geri vermeye ilişkin davalar açılmaz¹⁵³.

2. İyiniyetin Kısmı Koruma Sağladığı Durumlar

Türk Medenî Kanunu'nun, iyiniyetli zilyedin aynı hak kazanımını korumadığı, malikin hakkına üstünlük tanıdığı durumlar vardır. Ancak zilyedi belirli şartlar

¹⁵⁰ Yüksel Reyhani, Canarşlan ve Yünlü (n 3) 33; Akçaal (n 1) 125-126; Kaçmaz Adak (n 147) 292.

¹⁵¹ Yüksel Reyhani, Canarşlan ve Yünlü (n 3) 33.

¹⁵² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 124.

¹⁵³ Yüksel Reyhani, Canarşlan ve Yünlü (n 3) 34.

altında kısmen de olsa koruma altına almıştır. Bu durumda zilyet mülkiyeti kazanamaz ancak taşınırı edinmek için ödediği bedelin iadesini isteyebilir. İyiniyetli zilyedin kısmen korunma nedeni taşınırı, taşınır eşyaların satıldığı bir yerden alması ve dolayısıyla yaratılan görünüşe güvenmesinin korunması gerekmesidir¹⁵⁴.

TMK m. 989/f.2 düzenlemesine göre irade dışı elden çıkmış taşınırılar, açık arttırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir. Bu durumlarda taşınır davasında eşyanın iadesi ancak eşyayı almak için ödenen bedelin iadesi şartıyla istenebilir. Ancak bu bir dava şartı değildir. Hakim kendiliğinden dikkate almaz. Mutlaka eşyayı iade edecek zilyet tarafından talep edilmelidir¹⁵⁵. Zilyet eşyayı almak için ödediği bedel kendisine iade edilene kadar eşyayı malikine iade etmeme hakkına sahiptir.

İyiniyetin kısmi koruma sağladığı ikinci durum ise zamanaşımı ile hakkın kazanıldığı durumlardır. Kanun koyucu, bir kimsenin iyiniyetli olmasının belli bir süre devamı hâlinde, zamanaşımı yolu ile bir hakkın kazanılabileceğini öngörmüştür. Söz konusu bu kazanımın hangi koşullarda gerçekleşeceği ise, kazanıma konu olan şeyin taşınır ya da taşınmaz olmasına göre değişmektedir.

Para ve hamile yazılı senetler dışındaki taşınırılar, çalınması, kaybolması, ya da malikin iradesi dışında herhangi bir şekilde elden çıkması hallerinde, bu taşınır eşyayı iyiniyetle devralan kişi (zilyet) mülkiyet hakkını hemen kazanamaz. Zilyedin anlık iyiniyeti hukuk düzenince korunmamıştır. Dolayısıyla malik zilyetten beş yıl süre ile taşınır davası açarak eşyanın iadesini talep edebilir¹⁵⁶. Fakat malik bu süre içinde taşınır davası açmaz ve eşyayı devralan kişi de taşınır, beş yıl iyiniyetle davasız, aralıksız, malik sıfatıyla elinde bulundurmaya devam ederse zamanaşımı ile mülkiyeti kazanır (TMK m. 777/I).

Taşınmazlar bakımından zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması ise, TMK m. 712'de düzenlenmiştir. Buna göre bir kimse (zilyet) bir taşınmazı iyiniyetle fakat devre yetkili olmayan bir kimseden satın almışsa, bu taşınmazın mülkiyetini kazanamaz. Ancak iyiniyetli olan zilyet, on sene süre ile davasız ve aralıksız bu eşyayı malik sıfatıyla zilyetliğinde bulundurmuş ise on yılın sonunda taşın-

¹⁵⁴ Nomer ve Ergüne (n 3) 97; Ünal ve Başpınar (n 3) 243.

¹⁵⁵ Ünal ve Başpınar (n 3) 244.

¹⁵⁶ Sirmen (n 1) 114; Erman (n 1) 134.

mazın mülkiyetini zamanaşımı yolu ile kazanır. Malik, iyiniyetli zilyetten on yıl süreyle taşınmazının iadesini isteyebilir. Zilyedin iyiniyeti bu süre zarfında onu kuramaz¹⁵⁷.

D. İade ile Yükümlü Zilyedin Sorumluluğu

Eşyayı iade ile yükümlü olan haksız zilyede uygulanacak hükümler “*Sorumluluk*” kenar başlığı altında TMK m. 993-995 arasında düzenlenmiştir. Eşyayı iade etmekle yükümlü olan zilyedin fiili hakimiyeti bir hakka dayanmamaktadır. Bu sebeple haksız zilyet, aleyhine açılan taşınır ya da istihkak davası sonucunda eşyayı iade etmek zorunda kalır. Kanun koyucu haksız zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre ayırım yaparak eşyanın geri verilmesinin kapsamına ve masraflara ilişkin ayrı hüküm koymuştur¹⁵⁸.

1. İyiniyetli Zilyedin Sorumluluğu

İyiniyetli zilyet, zilyedi olduğu şey üzerinde bir hakkı olmadığını bilmeyen ve gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen bilemeyecek durumda olan kişidir. Zilyedin iyiniyetliliği, zilyetliğin kazanılmasından başlayıp zilyetliğin devamı süresince aranır¹⁵⁹. İyiniyetli zilyet eşyayı iade edeceği zaman şeyi, elinde bulunduğu şekliyle bütün parçalarıyla birlikte geri verme vermekle yükümlüdür. Kural olarak eşya üzerinde kullanımdan doğan eksilmelerden sorumlu olmaz (TMK m 993). Eşya taşınır olabileceği gibi taşınmaz da olabilir.

TMK m. 993’e göre iyiniyetli zilyedin sorumluluğu eşyayı hangi sıfatla kullandığına göre belirlenmiştir. Zilyet eşya üzerinde malik sıfatıyla zilyetse o şeyden her türlü yararlanma hakkı vardır¹⁶⁰. Eşyayı iade etmesi gerektiğinde de bundan dolayı bir tazminat ödemez. Zilyet sadece eşyayı kullanmasından dolayı değil eşyada meydana gelen hasarlardan da sorumlu olmaz. Haksız zilyet, sınırlı bir ayni hakkı ya da şahsi hakkı olduğunu sanıyorsa şeyden ancak o hak kapsamında yararlanabilir. Hakkın sınırını aştığı oranda eşyayı iade etmekle yükümlü

¹⁵⁷ Sirmen (n 1) 521; Erman (n 1) 97; Akçaal (n 1) 429.

¹⁵⁸ Bahsi geçen bu hükümler, malikin hukuki bir ilişkiden doğan ayni ya da şahsi hakkını kullanarak eşyayı geri alması durumunda uygulanamaz. Eşyanın iadesi malik ile zilyet arasındaki hukuki ilişkinin hükümlerine göre olur, Nomer ve Ergüne (n 3) 102.

¹⁵⁹ Sirmen (n 1) 130; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 131; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 42.

¹⁶⁰ Fakat örneğin rehin hakkı sahibi zilyette olduğu gibi, zilyedin eşyayı kullanma yetkisi olmadığı durumlarda zilyet elde ettiği yararları iade etmekle yükümlüdür, Esener ve Güven (n 1) 118.

olduğu kişiye karşı sorumluluğu olur. Burada iyiniyetli zilyedin tazminat sorumluluğu olur¹⁶¹.

İyiniyetli zilyet eşyayı bulunduğu durumda geri verir. Eşyayı kısmen elinden çıkarmışsa kalanını geri verir. Eşyayı tamamen elinden çıkarmışsa ya da eşya kaybolmuş yahut yok olmuşsa iade borcu olmaz¹⁶² (TMK m 993/f. II). Fakat eşyayı elinden çıkarmasının karşılığında başka bir şey almışsa sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı unutulmamalıdır¹⁶³.

İyiniyetli zilyedin masraflardan sorumluluğu ise TMK m. 994'te düzenlenmiştir. Buna göre iyiniyetli zilyet, kendisinden eşyanın iadesi istendiğinde yapmış olduğu yararlı ve zorunlu masrafların tazminini isteyebilir. Bu masraflar ödenene kadar eşyayı elinde tutma hakkına¹⁶⁴ dahi sahiptir¹⁶⁵. Zilyet, yaptığı lüks masrafları ise kural olarak isteyemez ancak bunları şeyden zararsızca ayırma olanağı varsa ayırıp kendi alabilir (TMK m 994/f. II). Ancak eşyanın iadesini isteyen kişi, bu masrafların karşılığını ödemeyi önermişse artık zilyedin söküp alma hakkından da söz edilemez¹⁶⁶.

TMK m 994/f. III, zilyedin şeyden elde ettiği ürünlere ilişkin bir mahsup kuralını düzenlemiştir. İyiniyetli haksız zilyedin şeyden elde ettiği ürünlerin karşılığını ödemek gibi bir tazminat yükümlülüğü yoktur. Fakat kanun koyucu bundan dolayı haksız zilyedin avantajlı durumda olmasını istememiş ve bahsi geçen düzenlemeyi öngörmüştür. Buna göre, zilyedin şeyden elde ettiği ürünler, mas-

¹⁶¹ Ünal ve Başpınar (n 3) 255.

¹⁶² Zilyet ile malik arasında bir borç ilişkisi varsa malik, borca aykırılık hükümlerine dayanarak borçlu zilyetten tazminat isteyebilir. Ancak bu durum iyiniyetli zilyedi koruma amacı güden TMK m. 993/f. II hükmü ile bağdaşmayacağı için eleştirilmektedir, Schanbacher BGB § 985 (n 17) para 47.

¹⁶³ Esener ve Güven (n 1) 114; Nomer ve Ergüne (n 3) 106; Sirmen (n 1) 132. Aksi yöndeki görüş için bkz. Ünal ve Başpınar (n 3) 256.

¹⁶⁴ Esasen zilyedin eşyayı elinde tutma hakkı da malikin iade talebine karşı bir geçici bir savunmadır. Masraflar ödenene karar zilyet, eşyayı iade etmekten imtina edebilir.

¹⁶⁵ Eşyayı elinde tutma hakkı, sadece eşyayı iadedden kaçınma hakkı verir. Bu hakkın hukuki niteliği bir defidir, hapis hakkı niteliğinde değildir. Zira bu hak hem taşınır hem taşınmaz mallara yapılan masraflar için kullanılabilir ve zilyedin eşyayı satıp masrafları elde etme imkanı da yoktur. Bu nedenle eşyayı elinde tutma hakkı, hapis hakkından bu noktalarda ayrışır, Rapatz (n 71) para 52; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 44; Ünal ve Başpınar (n 3) 264; Sirmen (n 1) 140.

¹⁶⁶ Fakat zilyedin elinden eşya çıkmışsa zilyet artık hiçbir masrafı da isteyemez, Ünal ve Başpınar (n 3) 263; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 137.

raflardan doğan alacak hakkından indirilir. Mahsup işlemi sayesinde taraflar arasındaki menfaat dengesi sağlanmış olur¹⁶⁷.

İyiniyetli zilyet, hukuka uygun geri verme talebinden sonra eşyadan elde ettiği yararları ise malike iade etmekle yükümlüdür. Zilyet, elde edebileceği hâlde elde etmediği yararlar bakımından, kendisine kusur isnat edilebildiği ölçüde, malike karşı tazminatla yükümlüdür (BGB § 987/II).

2. Kötüniyetli Zilyedin Sorumluluğu

Kötüniyetli zilyet, zilyet olduğu şey üzerinde bir hakkı olmadığını bilen ya da gerekli dikkat ve özeni gösterse bilebilecek olan kişidir¹⁶⁸. Kanun koyucu kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğunu ağırlaştırmıştır. Zira eşyayı elinde bulundurmaya hakkı olmadığını bilen ya da bilmesi gereken bir kişi, eşyayı geri verirken, bütün ürünleriyle beraber geri vermeli ve hak sahibine bir tazminat ödemelidir.

TMK m. 995'e göre kötüniyetli zilyet eşyayı hak sahibine elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünleriyle beraber iade etmenin yanı sıra elinde tuttuğu süre boyunca eşyayı alıkoymadan dolayı meydana gelen zararları da tazmin etmekle yükümlüdür. Kötüniyetli zilyet eşyayı kullanmakta hakkı olmadığını bilmesine rağmen kiraya verilebilecek bir eşyayı kullandığı için hak sahibine bir tazminat ödemeye mecburdur. Bu tazminatın türü haksız kullanma tazminatı yani ecrimisildir¹⁶⁹. Ayrıca zilyet eşyayı elden çıkarmışsa ya da eşya kaybolmuş yahut yok olmuşsa bundan dolayı da sorumlu olur ve zararları tazmin eder¹⁷⁰. Ancak TMK m. 995/f. III'e göre kötüniyetli zilyet, eşyayı iade edeceği kişiyi bilmediği sürece ancak kendi kusurundan dolayı sorumlu olur.

¹⁶⁷ Nomer ve Ergüne (n 3) 109-110; Ünal ve Başpınar (n 3) 258.

¹⁶⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 136; Nomer ve Ergüne (n 3) 110; Esener ve Güven (n 1) 118; Sirmen (n 1) 132.

¹⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 140 vd.; Esener ve Güven (n 1) 121; Sirmen (n 1) 134 vd.; Akçaal (n 1) 158-163. Yargıtay kararlarında ecrimisil şu şekilde tanımlanmıştır: "...ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira bedeli, en fazlası mahrum kalınan gelir kaybı karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler", Yargıtay HGK, E 2020/720 K 2021/802, 22.6.2021. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 8 HD, 721/1868, 3.3.2021; Yargıtay 7 HD, E 2023/5129 K 2024/256, 17.1.2024; Yargıtay 7 HD, E 2022/7393 K 2024/1244, 29.2.2024.

¹⁷⁰ Esener ve Güven (n 1) 119; Yüksel Reyhani, Canarslan ve Yünlü (n 3) 45.

Kötüniyetli zihniyet yaptığı zorunlu masrafları isteyebilir ancak faydalı masrafları istemez. Lüks masrafları isteyemeyeceği gibi şeyden sökülüp alınması mümkün olsa bile alamaz¹⁷¹.

Sonuç

Bir eşyanın maliki, eşya üzerinde başkalarını her türlü müdahaleden menetme hakkına sahiptir. Malikin, zilyetliği sona eren eşyası üzerindeki geri verme talepleri; istihkak davası, zilyetlik davaları, taşınır davası veya borçlar hukuku kaynaklı (sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) dayanaklar ile ileri sürülebilir. Mülkiyet hakkının ispat külfetini ortadan kaldıran ve yargılama aşamasında kolaylık sağlayan taşınır davası, iade sürecindeki bu işlevselliği nedeniyle istihkak davasına kıyasla malik tarafından tercih edilebilir. Ancak bu davanın mülkiyet hakkı tartışması içermemesi sebebiyle mülkiyet hakkının tespiti ayrıca talep edilebilir.

Malikin, zilyetten eşyanın iadesini isteyebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle talep sahibi sadece malik olmalıdır. İade talep edilen taraf ise zilyet olmalı ve talep edilen tarafın zilyetliği bir hakka dayanmamalıdır. Kural bu olmakla beraber Türk Medeni Kanunu'nun zilyetliğin korunmasına ilişkin düzenlemelere bakıldığında haksız zilyedin dahi zilyetliğin oluşturduğu görünüşe itimadı sağlamak için eşyayı iade etmeme imkanı vardır. İşte bu durumlarda malik, üstün hakkı olsa veya zilyet haksız olsa dahi saldırıda bulunmamak ya da saldırıyı durdurup zilyetlik ihlalini sona erdirmek zorundadır.

Alman Medeni Kanunu (BGB) § 986 hükmü zilyedin hakka dayanan bir zilyetliği varsa malikin eşyanın iadesi talebini reddedebileceğini açıkça düzenlemektedir. Türk/İsviçre hukukunda açıkça böyle bir düzenleme olmasa da aynı prensip kabul edilir. Alman Medeni Kanunu sistematığında, mülkiyete dayalı iade talebi (BGB § 985), mülkiyetin mutlak korunması ilkesine dayanır. Ancak bu talep, BGB § 986 fıkra 1 uyarınca zilyedin zilyetlik hakkına sahip olmasıyla engellenir. Türk hukukunda da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi bir düzenleme yapılması faydalı olur. Mülkiyet hakkının içeriği ve korunmasının düzenlendiği TMK m. 683 hükmünün devamında zilyedin iade yükümlülüğü düzenlenerek konu bütünlüğü sağlanabilir.

Zilyedin zilyetliği iradesi dışında sona ermişse veya kendisinden eşyanın iadesi isteniyorsa zilyet, bu zilyetliğin tesisine dayanak oluşturan hakka istinaden eşyanın geri

¹⁷¹ Ünal ve Başpınar (n 3) 259; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 146.

verilmesini talep edebileceği gibi, yalnızca mevcut fiili zilyetlik durumunu ileri sürerek iade taleplerine karşı koyabilir. Bu noktada belirleyici olan husus, zilyedin hukuki ihtilafın diğer tarafına nazaran üstün ve tercih edilebilir bir hakka sahip olmasıdır.

Malik iade talebini dava dışı ileri sürmüş ve zilyet tarafından yerine getirilmişse hukuki bir sorun kalmaz. Ancak zilyet iade yükümlülüğünü yerine getirmezse malikin talebini dava yoluyla ileri sürmesi gerekir. Mülkiyet hakkına dayanarak eşyanın geri verilmesi talebi için malik, istihkak davası açar. Ayrıca malik, eşyayı elinde bulunduran zilyede karşı aynı veya şahsi hakkından doğan bağımsız dava açma hakkı da vardır. Malik dilerse zamanaşımına uğramamış olmak kaydıyla şahsi nitelikli iade talebini dilerse aynı hakkına dayanarak istihkak talebini kullanabilir. Davalı zilyedin zilyetliği haklı bir sebebe dayanıyorsa istihkak talebi dinlenmez. Zira zilyetlik aynı ya da şahsi bir hakka dayandığından hukuk düzeni tarafından korunmaktadır.

Malikin eşyayı iade talebi, zilyet tarafından reddedebilir. Ancak bunun için zilyedin kural olarak haklı zilyet olması gerekir. Haklı zilyedin, malikin iade (teslim) talebine karşı ileri sürülebilen savunma imkanları vardır. Bunlar zilyede iade talebini ya tamamen bertaraf ederek ya da savunma imkanı sona erinceye kadar iadeyi geciktirerek korunma sağlar. Malik taşınır eşyanın mülkiyet hakkını devrettiğinde dahi zilyet yeni malike karşı da zilyetlikten doğan savunma imkanlarını kullanmaya devam edebilir. Bu savunma imkanlarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Zilyedin iade taleplerine karşı savunma imkanlarının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olsa da Alman Federal Mahkemesi ve Alman doktrininde hâkim olan görüş zilyedin savunmalarını, mülkiyete dayalı iade talebinin doğmasını engelleyen bir itiraz olarak kabul etmektedir. Bu yaklaşım uyarınca zilyetliğin bir hakka dayandığı olgusu, davalı tarafından açıkça ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Savunmanın bir defi değil de itiraz olarak nitelendirilmesi, ispat yükünü malike yükleyerek zilyedin mülkiyet karşısında savunmasız kalmasını engellemekte ve mülkiyet hakkının kullanımını, zilyetliğe dayanak teşkil eden hukuki sınırlar çerçevesinde dengelemektedir.

Zilyede eşyayı iade etmeme imkanı veren hakkı aynı bir hak olabileceği gibi şahsi bir hak da olabilir. Bu haklar bizzat zilyedin kendi bünyesinde doğabileceği gibi, zilyetliği devretmeye yetkili önceki zilyedin de bünyesinde doğmuş olabilir. Bu durumda da dolaysız zilyet, zilyetlik hakkını devraldığı dolaylı zilyedin, malike karşı olan haklı zilyetlik defini kullanarak, eşyayı teslim etmekten imtina edebilir. Ancak bunun için zilyetliği devreden dolaylı zilyedin zilyetliği bir hakka dayanmalı ve zilyetliği devretme yetkisi de olmalıdır.

Özellikle şahsi hakka dayanan zilyetliğin, aynı bir hak olan mülkiyete karşı korunabilmesi için temel koşul, zilyetliğin bir hukuki sebebe (sözleşmeden veya kanundan doğması) dayanması ve bu hakkın malike karşı ileri sürülebilir olmasıdır. Şahsi hakka dayanan zilyetlik, kural olarak yalnızca nispi bir nitelik taşısa da mülkiyet hakkının mutlak gücü karşısında belirli hukuki koşullar altında korunur. Bu korumanın temel şartı, zilyet ile malik arasında eşyanın fiili hakimiyetine imkan tanıyan geçerli bir hukuki ilişkinin mevcudiyetidir. Bu şahsi hak, dayandığı sözleşmesel ilişki veya kanuni dayanak yürürlükte kaldığı süre boyunca, mülkiyet hakkından doğan iade taleplerini engelleyici bir işlev görür. Hukuki niteliği itibarıyla bir itiraz olarak kabul edilen bu haklı zilyetlik durumu, mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkileri geçici süreyle sınırlandırır. Dolayısıyla, zilyede tanınan alıkoyma veya kullanma yetkisi sona ermedikçe malikin mülkiyete dayalı istihkak iddiası hukuki sonuç doğurmaz. Ancak şahsi hakkın bu koruyucu etkisi, nispi ilkesi gereği kural olarak sözleşmenin tarafı olan malike karşı ileri sürülebilir. Mülkiyetin üçüncü bir kişiye devri halinde ise bu hakkın korunabilmesi, taşınmazlarda şerh veya kanundan doğan özel koruma mekanizmalarının varlığına bağlıdır. Bu mekanizmalar kanunlardaki özel düzenlemeler (TBK m. 310 vb.) olabileceği gibi zilyetliğin korunmasına ilişkin kuvvet kullanma, zilyetlik davaları olabilir.

Zilyetlik hakkının süresi, zilyedin savunma imkanları açısından önemsizdir. Önemli olan eşyanın iadesine karar verileceği an zilyetliğin bir hakka dayanıp dayanmadığıdır. Örneğin bir yıllık bir kira sözleşmesine dayanan kiracının zilyetliği sürelidir. Ancak bir yıl dolmadan malikin eşyanın iadesini istemesi durumunda, haklı zilyetlik korunur ve zilyet eşyayı iade etmekten imtina edebilir.

Bir eşyayı birlikte zilyet olarak haklı bir biçimde elinde bulunduranların hepsi haklı zilyet olarak niteleneceği gibi, bir eşyayı aynı anda asli-fer'i, dolaysız-dolaylı zilyet olarak haksız bir biçimde elde bulunduran kişiler de topluca haksız zilyet olurlar. Haksız zilyetler de kanunun izin verdiği ölçüde malikin eşyayı iade etme talebine karşı savunma imkanlarını kullanabilirler. Haksız zilyedin eşyanın malikin eşyaya karşı bir saldırı ya da gaspta bulunması durumunda kuvvet kullanma hakkı ve zilyetlik davalarını açarak bozulan fiili durumu düzeltme imkanı vardır. Zira zilyetlik bir görünüş yaratır ve bu görünüşe duyulan güven hukuken de korunur.

Zilyetlik; kuvvet kullanarak, zilyetlik davalarıyla ve taşınmazlar için idari yollarla korunur. Zilyedin kuvvet kullanabilmesi için zilyetliğin gaspı ya da saldırıya uğraması gerekir. Zilyet, kendini kuvvet kullanarak koruma yoluna gitme-

mişse ya da gitmesine rağmen sonuç alamamışsa zilyetlik davalarına başvurabilir. Zilyetliğin idari yoldan korunması ise sadece taşınmazlar için söz konusudur. Bir taşınmaz üzerindeki zilyetlik, taşınmazın maliki tarafından saldırıya ya da müdahaleye uğrayabilir. Bu durumda da zilyet haksız zilyet bile olsa yine de idari koruma talep edebilir. Zira kanun talepte bulunmak için zilyet olmayı yeterli bulmuştur.

Zilyedin kuvvet kullanma hakkı açısından kanunda taşınır ve taşınmaz ayrımı yoktur. Ancak kanunda hakka dayanarak zilyetliğin korunmasında karineler ve zilyetlik davalarının açılabilmesi açısından taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmıştır.

Zilyetlik davaları iki tanedir. İlki zilyetliğin gasbında açılan zilyetliğin iadesi davası ikincisi ise zilyetliğe saldırı durumunda açılan saldırının önlenmesi ve durdurulması davasıdır. Zilyetliğin iadesi davasında zilyetliği iradesi dışı kaybeden zilyet, dava yoluyla eşyanın iadesi isteyebilir. Saldırının önlenmesi veya durdurulması davasında zilyetlik tamamen ortadan kalkmamış fakat bir saldırı meydana gelmişse açılır. Zilyetliğin iadesi davasında davacı zilyettir. Malik dolaylı zilyet konumundayse davayı açabilir ancak eşyanın dolaysız zilyede teslimini istemelidir. Dolaysız zilyet eşyayı teslim almazsa malik eşyayı geri alma hakkına sahip olur. Dava zilyetliği gasbeden kişiye açılır. Gasbeden malikse dava ona karşı açılır. Ancak malik üstün bir hakka sahip olduğunu derhal kanıtlarsa eşyayı geri vermekten kurtulur.

Hakka dayanan zilyetliğin korunmasında ise taşınırlar ve taşınmazlar için ayrı karineler öngörülerek zilyede ispat kolaylıkları sağlanmıştır. Tapusuz taşınmalarda taşınırlara ilişkin olan hak karineleri uygulanmalıdır. Hakka dayanan zilyetliğin korunmasında taşınırlar için taşınır davası açılabilir. Taşınır davası zilyetliği rızası dışında kaybetmiş olan haklı zilyedin taşınır üzerinde zilyetliğini yeniden tesis etmek için açılır. Zilyet, davayı malike karşı açmışsa zilyedin taşınırı kavuşması için malikin zilyede oranla daha üstün tutulacak hakkının olması ve eşyayı zilyedin rızası olmadan elinden almış olması gerekir.

Bir taşınmaz eşyanın zilyedi hakka dayanarak dava açıp eşyanın iadesini istediğinde TMK m. 992’de düzenlenen karineye dayanarak zilyetliğini ispattan kurtulur. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından sadece tapu kütüğünde adı tescil edilmiş kişi yararlanır. Tescilde adı geçen kişi zilyet olabilir ve davayı malike karşı açabilir. Malikin eşyayı geri vermekten kurtulmak için gerçek malik olduğunu ve geri vermemek için bir üstün hakkı olduğunu ispat etmesi gerekir.

Türk hukukunda zilyedin hukuki durumunu kuvvetlendiren düzenlemelerden biri de davaya karşı savunma olan, daha üstün hak defidir. Zilyetten dava yoluyla elindeki taşınırın iadesi istendiğinde, zilyet zilyetliğinin daha üstün bir hakka dayandığını ileri sürerek eşyayı iade etmekten kurtulabilir. Malik eşyanın iadesini istiyorsa zilyedin üstün hak karinesini çürütmelidir.

Malikin zilyetten eşyanın iadesi talebi, zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre de farklı sonuçlar doğurur. Türk Medeni Kanunu, iyiniyetli zilyedin aynı hakkı kazandığı iki durumu kabul etmiştir. Bunlardan ilki, emin sıfatıyla zilyedin iradesi ile elinden çıkan taşınır eşyanın iyiniyetle kazanılmasıdır. İkincisi ise zilyedin elinden iradesiyle ya da iradesi dışında çıkmış olsa da para ve hamiline yazılı senetlerin iyiniyetle kazanılmasıdır. Bu iki durumda malik iyiniyetle aynı hakkı kazanan zilyetten artık eşyanın iadesini isteyemez. TMK'nın, iyiniyetli zilyedi belirli şartlar gerçekleşince kısmen koruma altına aldığı durumlar da vardır. Burada malikin hakkına üstünlük tanınır ve zilyet eşyayı iade etmek zorunda kalabilir. Ancak kanunda öngörülen şartlar gerçekleşirse zilyet ya eşyayı teslim eder ancak eşyayı edinmek için ödediği parayı geri alır ya da belirli zaman geçtikten sonra eşyanın mülkiyetini kazanır ve eşyayı iade etmekten kurtulur. İstihkak talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılacak kadar uzunca bir süre sonra yapılmış olması da istihkak davasının reddine sebebiyet verebilir.

İrade dışı elden çıkmış taşınırın iadesi malik tarafından istendiğinde, zilyedin eşyayı nereden edindiği önem arz eder. Zilyet eşyayı açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; zilyet eşyayı almak için ödediği bedel kendisine iade edilene kadar eşyayı malike iade etmeme hakkına sahiptir. Malik dava açarak eşyanın iadesini isteme hakkına sahiptir ancak zilyet de TMK m. 986/f. II hükmüne dayanarak eşyayı bedel ödene kadar elinde tutma imkanına sahiptir. Burada eşyanın zilyet tarafından alıkonulması imkanı, kanun tarafından zilyede ödeme yapılması gerekliliğine dayandırılmıştır.

Eşyayı iade etmekle yükümlü olan zilyedin, yükümlülüğünün kapsamı iyiniyetli olup olmamasına göre farklılık gösterir. İyiniyetli zilyet, eşyayı iade edeceği zaman onu, elinde bulunduğu şekliyle bütün parçalarıyla birlikte geri verme vermekle yükümlüdür. Kural olarak eşya üzerinde kullanımdan doğan eksilmelerden sorumlu olmaz. Kötüniyetli zilyet, eşyayı elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünleriyle beraber geri vermeli ve hak sahibine bir tazminat ödemelidir.

Kaynakça

- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2023)
- Akinci HB, *Eşya Hukukunda İstihkak Davası* (TMK M. 683/II) (Yetkin Yayınları 2025)
- Altay M, 'Zilyetliğin Korunması Yolları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2023)
- Antalya OG, 'İstihkak Davası' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 499-514
- Baldus C, 'BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg and Claudia Schubert (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (9. Auflage, Verlag C.H.Beck 2023)
- Berger C, 'BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Rolf Stürner (ed), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch* (19. Auflage, Verlag C.H.Beck 2023)
- Canbolat F, 'Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları' (2008) 3 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255-270.
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Legem Yayınevi 2024)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri* (9. Baskı, Der Yayınları 2023)
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (Genişletilmiş ve İsviçre Medeni Kanunu Son Değişiklikler Eklenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları 2024)
- Gürsoy KT, 'Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)' (1974) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-184
- Hatemi H, Serozan Rona ve Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 1991)
- Kaçmaz Adak M, *Medeni Hukukta Yaratılan Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2023)
- Karacabey ÖF, 'Hakların Yarışması' (1980) 6 Ankara Barosu Dergisi 666- 685
- Karşahin YA, 'Zilyetliğin Havalesinde Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu ve Kiralananın Devrinde Kiracının Hukukî Durumu ile Karşılaştırılması' (2021) 79 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 929-961
- Kılıçoğlu AM, *Eşya Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitapevi 2024)
- Kurşun AS, *Elatmanın Önlenmesi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Meisner C, Stern H and Hodes F, *Nachbarrecht Im Bundesgebiet (Ohne Bayern) und in Westberlin* (4. Verbesserte und Erweiterte Auflage von Dr. Fritz Hodes, 1964, J. Schweitzer Verlag)
- Nomer H ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2025)

- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 25. Basıdan Tıpkı 26. Bası, Filiz Kitabevi 2024)
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (Güncellenip Genişletilmiş 22. Bası, Vedat Kitapçılık 2024)
- Özlük B, 'Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler' (2019) 27(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139-166
- Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (43. Bası, Turhan Kitapevi 2019)
- Peters F, 'Das Pfandrecht als Recht zum Besitz' (1995) 50 (8) Juristen Zeitung 390-392
- Petersen J, 'Schutzwürdiges Interesse beim prozessstandschaftlich geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus Eigentum oder Besitz' (2017-3) 39 (3) Jura: Juristische Ausbildung 356-356
- Rapatz I, 'BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg and Claudia Schubert (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (10. Auflage, Verlag C.H.Beck 2026)
- Schanbacher D, 'BGB § 985 Herausgabeanspruch- BGB § 986 Einwendungen des Besitzers' in Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel and Gerhard Ring (eds), *Nomos Kommentar BGB Sachenrecht* (5. Auflage, Nomos 2022)
- Schulze R, *Bürgerliches Gesetzbuch* (12. Auflage, Nomos 2024)
- Sert Sütçü S, 'Dolaylı- Dolaysız Zilyetlik Kavramının Ayırt Edilmesi' (2019) 9(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-284
- Siedel HJ, 'Das Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB?' (1993) 48 (4) Juristen Zeitung 180- 185
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Legem Yayınevi 2025)
- Staake M, *Gesetzliche Schuldverhältnisse* (2. Auflage, Springer 2022)
- Şahin Şengül E, 'Türk Medeni Kanunu Kapsamında Taşınırlarda Zilyetliğin Korunması' (2022) 26(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-206
- Uçar A, 'Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü' (2008) 12 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 281-312
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı'da tıpkı 14. Baskı, Savaş Yayınevi 2025)
- von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı* (çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları 1983)
- Yıldırım KC, *Taşınmaz Mülkiyetine Gerçekleşen Müdahaleler ve Elatmanın Önlenmesi Davası*, (On İki Levha Yayıncılık 2024)
- Yüksel Reyhani S ve Canarslan G ve Yünlü S, *Teorik Eşya Hukuku Cilt I*, (On İki Levha Yayıncılık 2025)

Arabuluculuk Sürecinde Sözleşmenin Yorumu^(*)

Arş. Gör. Dr. Funda İbiş^(**)

Öz

Hukukumuzda sözleşmenin yorumunun sözleşmenin taraflarının talebi üzerine sadece hakimler tarafından yapılacağı ifade edilmektedir. Ancak günümüzdeki gelişmeler sözleşmenin yorumu faaliyetinin hakimlerle sınırlı kalmaması gerektiğini göstermektedir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuğa daha fazla önem verilmekte ve gelişmesi amacıyla çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Hatta bazı uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuğa başvurulması zorunlu hale getirilmiştir. Bu durum da arabulucuları daha aktif çalışmaya ve kendilerini geliştirmeye zorlamaktadır. Arabulucuların özellikle taraflarla iletişim konusunda kendilerini geliştirmesi gerekmektedir. Arabulucu taraflarla kuracağı iletişim aracılığıyla, tarafların sorunlarını kendisi tespit ettiği gibi onlara soracağı sorularla tarafların da aynı tespitleri yapmalarını sağlamaktadır. Böylece sorunların farkında olan tarafların kendi çözümlerini üretmeleri de daha kolay olacaktır. Arabulucu taraflar arasındaki kimi uyuşmazlıklara ilişkin tespitlerde bulunurken, aslında sözleşmenin yorumu faaliyetini de gerçekleştirmiş olabilmektedir. Bu kapsamda, çalışmamızda öncelikle arabuluculuk sürecine ilişkin kavramlar ve daha sonra sözleşmenin yorumuna ilişkin hususlardan söz edilmektedir. Ayrıca en son olarak arabulucunun, sözleşmenin yorumunu yapmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Arabuluculuk, Sözleşmenin Yorumu, Yorum Araçları, Yorum İlkeleri.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 17.05.2026.

Atıf Şekli: Funda İbiş, 'Arabuluculuk Sürecinde Sözleşmenin Yorumu' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537,572.

DOI: 10.52273/sduhfd..1918576.

(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Afyonkarahisar-Türkiye.

E-posta: ibissfunda@gmail.com.

Orcid: 0000-0003-0315-0349.

Interpretation of the Contract in the Mediation Process

Abstract

Our legal system stipulates that the interpretation of a contract may only be carried out by judges at the request of the contracting parties. However, current developments indicate that the activity of contract interpretation should not be limited to judges. Today, greater importance is being placed on mediation, one of the alternative dispute resolution methods, and various initiatives are being undertaken to promote its development. Indeed, in certain types of disputes, recourse to mediation has even been made mandatory. This situation compels mediators to work more actively and to develop their skills. Mediators must, in particular, improve their communication skills with the parties. Through the communication established with the parties, the mediator not only identifies the issues himself but also ensures that the parties reach the same conclusions by asking them questions. Thus, it will be easier for the parties, who are aware of the issues, to devise their own solutions. Whilst the mediator makes observations regarding certain disputes between the parties, he may in fact be carrying out the activity of interpreting the contract. In this context, our study first addresses concepts related to the mediation process and subsequently discusses matters pertaining to the interpretation of the contract. Finally, it assesses whether it is possible for a mediator to interpret the contract.

Keywords

Alternative Dispute Resolution, Mediation, Interpretation of the Contract, Interpretation Tools, Interpretation Principles.

Extended Summary

Disputes arise between people for various reasons. The first recourse that comes to mind for individuals seeking to resolve these disputes is the judicial process. However, the importance and scope of alternative dispute resolution methods are growing in today's world. Individuals are opting for alternative dispute resolution methods over the judicial route because they are cheaper and simpler, take less time, and help maintain the relationship between the parties. In particular, the importance of mediation among these methods is growing steadily. Indeed, in certain disputes, it has become mandatory for the parties to seek the assistance of a mediator. This situation is prompting people to research and learn about mediation. Within this context of gaining knowledge, as it becomes clear that mediation is easier than the judicial process, people's requests are increasing not only for mandatory mediation but also for discretionary mediation.

As a neutral third party, the mediator assists the disputing parties in resolving their issues and, where the parties are unable to reach a solution, presents a proposed solution devised by the mediator to the parties. However, as mediation is a dispute resolution method based on the principle of voluntariness and involves non-binding recommendations, the parties are not obliged to accept this proposal. The parties retain the right to pursue legal action.

In our study, it is stated that where parties in dispute option for mediation, if the source of the dispute between them is due to the ambiguity of the contract or a provision thereof, or the fact that it may be interpreted in multiple ways, the mediator may undertake the activity of interpreting the contract in such circumstances. Although there is no specific regulation on this matter, it is likely that this is currently being practised in mediation.

The most important tool enabling the mediator to interpret the contract is the mediator's ability to ask the disputing parties questions appropriate to the matter. Through the questions posed to the parties, the mediator can identify not only their common and actual intentions but also their hypothetical intentions. However, as the mediator cannot issue a definitive ruling like a judge, the crucial point is to ensure that the parties themselves arrive at the same conclusions as the mediator. In this way, the parties will realise what is required through the identification of their actual or hypothetical intentions. This will influence the solutions they ultimately find. They will seek to produce a solution based on more realistic considerations and strive to find a path to agreement. Once a solution is found that is in the interests of both parties to the dispute, the dispute will be resolved; otherwise, the parties retain the option of resorting to the courts.

Giriş

İnsanlar, aralarında bulunan uyuşmazlıkların çözüme kavuşmasını istemektedirler. Uyuşmazlık çözüm yolları günümüzde genelde iki şekilde yapılmaktadır. İlki yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözülmesidir. İkincisi ise aksine yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözülmesidir. Yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözümü, mahkemeler aracılığıyla yapılan devlet yargısı ve hakem tarafından yapılan tahkim yargılaması ile gerçekleşmektedir. Söz konusu iki durumda da yargılama yapılmakta ve yargılama başlayınca tarafların rolünün ve etkinliğinin azalması ile birlikte uyuşmazlığın çözümünde söz hakkı yargılama makamı olan mahkemeye ve hakeme geçmektedir. Uyuşmazlığın, genel olarak yargılama yapılarak çözümünün mümkün olduğu düşünülmektedir. Ancak çeşitli sebeplerle yargılama sonucu üretilen çözümün yetersiz kalması ya da istenilen sonucun sağlanamaması nedeniyle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak ifade edilen yargılama dışındaki uyuşmazlık çözüm yolları geliştirilmiştir¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı ile ifade edilmek istenen, tarafsız ve objektif durumda bulunan üçüncü bir kişinin, uyuşmazlık taraflarını ortak bir çözüme ulaşmaları amacıyla bir araya getirip iletişim kurmalarını ve devamında sorunlarını çözmeyi sağlamayı veya taraflara uyuşmazlık konusu olayın şartlarına ve özelliklerine uyumlu olan ve üzerinde anlaşma sağlayabilecekleri en uygun çözüm önerileri teklif etmek suretiyle uyuşmazlığın sona erdirilmesine destek olmayı öngören ve mahkemelerde gerçekleşen yargılama bakımından seçimsel bir yol olarak yer alan ve gönüllülük esasına dayanan uyuşmazlık çözüm yollarının tümüdür². Bu tanım çerçevesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, gönüllü olarak katılım, bağlayıcı olmayan nitelikte tavsiyelerde bulunma ve taraflardan herhangi birinin tatmin olmaması durumunda yargı yoluna başvurma hakkının bulunması şeklinde üç temel unsura dayandığını görmekteyiz³.

¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (13. Bası, On İki Levha 2025) 637; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2025) 813; Elif Kismet Kekeç, *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (Adalet Yayınevi 2011) 12-13; L. Şanal Gökün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku* (14. Baskı, Yetkin Yayınları 2025) 830; Mustafa Avcı, Mehmet Aykanat ve İbrahim Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 201.

² Meral Sungurtekin Özkan, 'Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi' (2005) 1 (2) Legal Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 353, 355; Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk' (2006) (64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151, 151; Kekeç (n 1) 13-14.

³ Sungurtekin Özkan (n 2) 355; Tanrıver (n 2) 151-152; Kekeç (n 1) 14.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili olarak şu husus da gözden kaçırılmamalıdır ki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargı sisteminin bir alternatifi olmadığı gibi onun yerini almaya çalışan veya onunla rekabet ilişkisi içinde bulunan bir süreç değildir. Bu yolların geliştirilmesindeki asıl amaç, daha küçük boyuttaki ve kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıkların, yargı aşamasına gelmeden çözümünün bulunmasıdır⁴. Başka bir ifade ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devletin sahip olduğu yargı yetkisinin mutlak egemenliğine herhangi bir zarar vermeden ve engellemeden, yargısal yollara ek yol olarak yanında bulunan, tarafların istemeleri durumunda geçerlilik kazanan, esasen aralarındaki ilişkilerin kopmadan devam etmesini ve adil bir karar yerine, her iki tarafın da menfaatini esas alan bir çözüme ulaşılmasını amaçlayan yöntemler bütünü olarak ifade edilebilir⁵.

Tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini belirlemeleri durumunda dahi yargının yetkisi bertaraf olmadığından dolayı taraflardan biri yargı yoluna başvurabilir ve diğer tarafın itirazda bulunma hakkı yoktur. Zira konumuz açısından önemli olan ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında bulunan arabuluculuk bakımından da eğer anlaşamama ile sonuçlanırsa, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımaları büyük bir ihtimaldir⁶.

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk

A. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en çok başvurulan ve uygulanan biçimlerinden biridir⁷.

⁴ Tanrıver (n 2) 152; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (11. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları 2025) 850; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 813; Kekeç (n 1) 58-59; Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha 2011) 304; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 1) 830; Ahmet Şensöz, *Medenî Usûl Hukukunda Hakem-Bilirkişilik* (On İki Levha 2025) 144.

⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 4) 850; Tanrıver (n 2) 152; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 813-814; Kekeç (n 1) 56-57; Özmumcu (n 4) 304; Şensöz (n 4) 144; Oğuzhan Esen, 'Zorunlu Arabuluculuk ile Yeniden Müzakere Arasındaki İşlevsel İlişki: Kira Sözleşmelerinin Uyarlanması Bağlamında Normatif Bir İnceleme' (2025) 15 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2029, 2055.

⁶ Tanrıver (n 2) 153-154; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 1) 835; Kekeç (n 1) 72, 74; Özmumcu (n 4) 307.

⁷ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 815; Tanrıver (n 2) 165; Kekeç (n 1) 3; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2012) 21; Şensöz (n 4) 147, 166.

Arabuluculuk çok eski zamanlardan beri uygulanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemini oluşturmaktadır. Ancak ayrı bir kurum olarak düzenlenmesi ve ayrı bir usule sahip olması yenidir. 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanıp yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁸ ile birlikte bu kanuna ilişkin yönetmelikle⁹ bu konuda bir hukuki düzenleme yapılmıştır¹⁰.

Arabuluculuk kavramını kısaca açıklarsak, ihtilaflı tarafların, bir ya da daha fazla arabulucunun desteği ile anlaşmaya varmak amacıyla aralarındaki sorunlar üzerinde görüşmede bulundukları bir uyuşmazlık çözüm süreci ifade edilmektedir¹¹. Bu açıklamanın daha ayrıntılı ifadesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin b bendinde yer almaktadır. Bu bentte, arabuluculuk kavramı ile sistematik teknikler uygulanarak, görüşülmesi ve müzakerelerde bulunulması amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade ettiği belirtilmiştir.

Arabuluculuk kavramının tanımlarından arabulucu kavramının tanımına da ulaşmak mümkündür. Buna göre taraflara herhangi bir çözüm dayatmadan, sadece onlara çözüme ulaşmaları adına yardımcı olan ve uygun ortamı hazırlayan üçüncü kişiye arabulucu adı verilmektedir¹².

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, yalnızca tarafların üzerinde serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri iş veyahut işlem-

⁸ RG., 22.06.2012, S. 28331.

⁹ RG., 02.06.2018, S. 30439.

¹⁰ Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 1) 642; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 1) 832; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (2. Baskı, Seçkin 2019) 26; Avcı, Aykanat ve Ülker (n 1) 203; Şensöz (n 4) 147-148; Dursun Çelik, *Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht*, Band 23 (Verlag Dr. Kovač 2020) 12, 139.

¹¹ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 1) 831; Avcı, Aykanat ve Ülker (n 1) 203; Kekeç (n 1) 23; Öz-mumcu (n 4) 273; Çelik (n 10) 14.

¹² Baki Kuru, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal Yayınevi 2016) 565-566; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 1) 639; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 4) 853; Kekeç (n 1) 149; Esen (n 5) 2054.

lerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için arabulucuya başvurulabileceği belirtilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilk halinde arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunamayacağı ifade edilirken, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan değişiklikle arabulucunun aktif rol üstlenip taraflara çözüm önerisinde bulunabileceği belirtilmiştir¹³. Ancak arabulucu çözüm önerilerinde bulunurken bazı hususlara dikkat edilmelidir. Arabulucu bulunduğu çözüm önerisini üzerinde düşünmeleri ve tartışmaları hususunda taraflara beyan ederken, bu önerisini onlara empoze edemeyeceği gibi bu çözüm önerisi üzerinde tarafları anlaşmaya zorlayamaz. Ayrıca arabulucu hukuki tavsiyelerde de bulunamamaktadır¹⁴.

Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların karşılıklı olarak iletişim kurmaları sağlanarak, ortak yönlerini ve birbirlerinin menfaatlerini daha iyi bir şekilde anlamaları, hukuki olarak güçlü ve zayıf olan noktalarını görmeleri, bir çözüm üzerinde anlaşamamaları durumunda doğabilecek sonuçların farkında olmaları ve somut olay bakımından uygulanabilecek değişik önerilerinin genel olarak değerlendirilmesi sağlanmaktadır¹⁵.

Arabuluculuk hakkında yapılan bu genel açıklamalar dışında konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına arabuluculuğun türlerinden de söz edilmesi faydalı olacaktır.

B. Arabuluculuğun Türleri

Arabuluculuk temelde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma neden olan arabuluculuk görüşmesi sırasında yapılan sözleşmeye uygulanacak hükümlerle ilgilidir. İlk türü adi arabuluculuk olarak ifade edilir. Adi arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na tabi değildir. Taraflarca seçilen bir kimse arabulucu olabilir. Görüşmeler sırasında taraflar arasında sulh sözleşmesi yapılmakla birlikte, bu sözleşmeye uyulmaması halinde icra, genel hükümler çerçevesinde yapılmaktadır¹⁶. İkinci türü ise nitelikli arabuluculuk olarak ifade

¹³ Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 420; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 4) 849-850; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 1) 843-844; Çelik (n 10) 142.

¹⁴ Tanrıver (n 2) 166.

¹⁵ Sungurtekin Özkan (n 2) 359; Tanrıver (n 2) 166.

¹⁶ Ali Yeşilirmak, *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı* (Üçüncü Basım, 2021) 36.

edilmektedir ve faaliyetler Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu durumun sonucu olarak bu kanuna göre tutulan sicile kayıtlı bulunan arabulucular, arabuluculuk sürecini yürütmektedir. Arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirirken de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bulunan emredici kurallara uymak zorundadırlar. Nitekim arabuluculuk kendi içinde ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı (zorunlu) arabuluculuk olarak ikiye ayrılmaktadır. Dava şartı arabuluculukta, bu kanunda belirtilen bazı uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur¹⁷. İhtiyari arabuluculukta ise tarafların arabuluculuk süreci içine girmeleri tamamen kendi istekleri ve iradeleri doğrultusunda olmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesi gereğince, arabuluculuk sürecinde taraflar bir anlaşmaya varmakla birlikte, eğer anlaşmaya uyulmazsa, tarafın mahkemeye başvurarak alacağı icra edilebilirlik şerhi neticesinde, kanun gereği belge ilam niteliğinde kabul edilmektedir. Bunun neticesinde icra, ilamlı icraya ilişkin hükümler çerçevesinde yapılmaktadır. Ayrıca kanunda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu tutulduğu haller dışında, arabuluculuk sürecine taraflar, vekilleri ile katılmış ve anlaşma belgesinin altına taraflar, vekilleri ve arabulucu imza atmış ise mahkemeye başvurmaya gerek olmaksızın, belge ilam niteliğinde kabul edilmekte ve ilamlı icraya ilişkin hükümler çerçevesinde icra gerçekleştirilmektedir.

II. Sözleşmenin Yorumu

A. Genel Olarak

Konumuz çerçevesinde arabuluculuk faaliyetinden sonra açıklamamız gereken bir başka husus ise sözleşmelerin yorumudur. Sözleşmelerin yorumuna ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁸ 19. maddesinde, "Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler" başlığı altında bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükmün 1. fıkrasında, bir sözleşmenin türünün veya içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla ya da gerçek amaçlarını gizlemek maksadıyla kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı belirtilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde sözleşmenin yorumundan söz edebilmemiz için ilk olarak kısaca sözleşme kavramından söz etmemiz gerekmektedir. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklama-

¹⁷ Yeşilirmak (n 16) 36; Kekeç (n 1) 202-204; Avcı, Aykanat ve Ülker (n 1) 204; Esen (n 5) 2055.

¹⁸ RG., 4.2.2011, S. 27836.

larında bulunmaları koşuluyla kurulmaktadır. Ancak sözleşme her ne kadar tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulsun da açıklanan iradelerinin gerçek anlamı konusunda bazı uyuşmazlıklar yaşanabilir¹⁹. Yaşanılan bu uyuşmazlık, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra sonuçlarını doğurabileceği gibi sözleşmenin sona erme aşamasında veya sona erdikten sonra da ortaya çıkabilir²⁰. Taraflar bu uyuşmazlığı kendi aralarında anlaşılarak çözmeleri durumunda hakimin müdahalesini gerektiren bir durum kalmamaktadır. Ancak çözüm her zaman bu kadar kolay olmamaktadır. Karşılaşılan bu uyuşmazlığın çözümü, hakim tarafından gerçekleştirilen sözleşmenin yorumu faaliyeti ile de sağlanabilir.

Sözleşmenin yorumu ile ifade edilmek istenen sözleşmenin bütününe veya bir hükmünün anlamlandırılmasıdır, başka bir ifadeyle sözleşmenin temelindeki hukuken korunan iradenin ortaya çıkarılması faaliyetidir²¹. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, yorumun konusunu sözleşme değil, sözleşmeyi meydana getiren irade beyanları oluşturmaktadır. Sözleşmenin yorumu kavramı en genel tanımla, geçerli olarak kurulmakla birlikte uyuşmazlık bulunan sözleşmenin içeriğinin, hakim tarafından, tarafların birbirine uygun gerçek veya farazi iradelerine göre belirlenmesidir²². Daha açık bir şekilde ifade edersek, sözleşmenin yorumunda ilk olarak sözleşmenin kurulup kurulmadığı, başka bir anlatımla tarafların irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olup olmadığı tespit edilir. Bunun için de her iki tarafın da irade beyanları ayrı ayrı yorumlanıp, bunlara hukuken verilebilecek anlam belirlenir. Bu belirleme neticesinde irade beyanlarının birbirine uygun olup olmadığı ve sözleşmenin kurulup kurulmadığı ortaya çıkarılmaktadır. Sözleşme kurulmamışsa yorum söz konusu olmayacaktır; ancak sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılırsa,

¹⁹ İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2013) 29; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Legem Yayınevi 2024) 535-536; Özgür Güvenç, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu* (Adalet Yayınevi 2021) 183-184; Yargıtay 13 HD, 15789/16309, 26.5.2014.

²⁰ Ceren Damar, 'Sözleşmenin Yorumu' (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 90.

²¹ Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 148; Kaplan (n 19) 29; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1 (22. Bası, Vedat Kitapçılık 2024) 202; Murat Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu* (Filiz Kitabevi 2019) 6-7, 9; Güvenç, (n 19) 183; Yargıtay HGK, 174/752, 26.11.2025.

²² Andreas von Thur, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Cilt: 1-2 (15) (Avukat Cevat Edege, Yargıtay Yayınları 1983) 267, 271; Eren (n 19) 535; Kaplan (n 19) 29; Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat Kitapçılık 2010) 2.

dolayısıyla irade beyanlarının birbirine uygun olması halinde sözleşmenin içeriği de meydana çıkmış olacaktır²³.

Sözleşmenin yorumlanması her zaman bir yorum uyuşmazlığını gerektirmektedir. Yorum uyuşmazlığı ile ifade edilen tarafların birbirlerinin iradelerinin gerçek anlamı konusunda şüphe ve tereddüte düşmeleridir. Başka bir ifade ile bir tarafın, irade açıklamasına bağlı olarak sözleşmenin içeriğini karşı taraftan farklı anlamasıdır. Sözleşmenin yorumunun konusunu, sözleşme metninin tamamı oluşturabileceği gibi, bazı hükümleri de oluşturabilir²⁴.

Sözleşme yorumunun şartı, yorum uyuşmazlığının bulunmasıdır. Ancak sözleşmenin yorumu, hakim tarafından resen yapılabilecek bir usul işlemi değildir. Sözleşmenin taraflarından en az birisinin yorum uyuşmazlığı iddiasında bulunarak, hakimden sözleşmenin yorumlanmasını talep etmesi gerekmektedir. Bu talep üzerine hakim, sözleşmenin içeriğinin ve kapsamının tespitinin sağlanabilmesi amacıyla ilk olarak yorum faaliyetiyle tarafların iradelerinin gerçek veya farazi anlamlarını belirlemektedir²⁵.

B. İrade Beyanlarına İlişkin Yorum Teorileri

Hakimin bir sözleşmeyi yorumlayabilmesi için ilk olarak başvuracağı yorum teorisi ile tarafların irade beyanlarını anlamlandırmalıdır ve sonra ulaştığı sonuç çerçevesinde sözleşmeyi yorumlamalıdır. Bunun için irade teorisi, beyan teorisi ve bizim için asıl önemli olan güven teorisinden söz etmeliyiz.

²³ Sarıkaya (n 21) 152-153; Eren (n 19) 535; Güvenç (n 19) 237; “...İncelenen dosya içeriğine göre, davacı ile davalı arasında geçerli bir menajerlik ücret sözleşmesi mevcut olup, sözleşme kapsamında taahhüt edilen hizmetin verilerek, dava dışı futbolcunun transferine dair 26.08.2009 başlangıç 31.05.2012 bitiş tarihli profesyonel futbolcu sözleşmesinin imzalandığı hususunda uyuşmazlık bulunmayıp, esasen bu hususlar mahkemenin de kabulündedir. Uyuşmazlık, menajerlik ücretinin dava dışı futbolcunun davalı kulüpte oynayacağı futbol sezonlarına göre sezon başı ücret olarak mı belirlendiği yoksa ücretin tek kalem olarak belirlenmiş olup, vadelendirme yapıp yapılmadığı noktasında toplanmaktadır...” Yargıtay 13 HD, 15789/16309, 26.5.2014.

²⁴ Ernst E. Hirsch, Akitlerin Tefsiri (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti 1943) 160-161; Kaplan (n 19) 32-33; Eren (n 19) 535-536; “...Yazılı ve geçerli bir ücret sözleşmesinde haksız azil hâline ilişkin olarak taraflarca yapılmış bir kararlaştırma olmasına rağmen bazı durumlarda taraflar bu anlaşmanın mahiyeti/kapsamı konusunda anlaşmazlık yaşayabilir; taraflardan biri, sözleşmenin içeriğini diğerinden farklı anlayabilir. Özellikle şüphe ve tereddütlere yol açan veya birden fazla anlama gelen sözleşme metni yahut bir hüküm taraflardan birini avantajlı duruma getiriyorsa, taraf buna dayanarak talepte bulunabilmektedir. Bu takdirde taraflar arasında yorum uyuşmazlığı söz konusu olmaktadır ve mahkemece sözleşme yorumuna ihtiyaç duyulmaktadır...” Yargıtay HGK, 174/752, 26.11.2025.

²⁵ Kaplan (n 19) 33; Eren (n 19) 536; Damar (n 20) 96.

İlk olarak irade teorisini ifade edersek, bu teoride beyan sahibinin iradesi esas alınmaktadır. Beyan yorumlanırken kişinin iradesinin gerçek anlamının bulunması gerekmektedir. Zira irade beyanının temelini, kişinin gerçek iradesi oluşturmaktadır. Beyan ise iradenin karşı tarafa iletilmesinde bir araçtır. Bunun sonucunda gerçek iradeye uygun olmayan beyan geçerli ve bağlayıcı olmayacağı gibi irade beyanı olarak da adlandırılmamaktadır. Bu teoriye göre irade beyanının anlamı, beyanda bulunanın kendi beyanına verdiği anlam dikkate alınarak, kişinin gerçek iradesine göre belirlenmektedir²⁶.

İrade teorisi kişinin iç dünyasındaki iradesini esas aldığından dolayı sübjektif bir teoridir. Bu teorinin eleştirildiği husus da sadece beyanda bulunan kişinin menfaatinin esas alınıp karşı tarafın menfaatinin göz önünde bulundurulmamasıdır²⁷.

İkinci olarak beyan teorisinden söz edersek, beyan teorisinde ise beyanda bulunan kişinin gerçek iradesi değil, beyanı esas alınmaktadır. Beyanın esas alınmasından kaynaklı olarak beyanı meydana getiren söz ve ifadeler dikkate alınmaktadır. Beyan teorisi de sübjektif beyan teorisi (anlam verme teorisi) ve objektif beyan teorisi şeklinde ikiye ayrılmaktadır²⁸. Sübjektif beyan teorisinde muhatabın kendi anlayışına ve anlamlandırmasına göre, beyana verdiği fiili anlam esas alınmaktadır²⁹. Beyanda bulunan kişinin irade beyanı ile muhatabın kendisine yapılan beyana verdiği anlam uygun ise beyan sahibinin gerçek iradesine uygun olmasa dahi beyan geçerli kabul edilmektedir³⁰. Objektif beyan teorisi ise muhatabın yerini üçüncü kişi almakta ve üçüncü kişinin objektif kriterlere göre beyana verdiği anlam esas alınmaktadır. Bu teoride üçüncü kişinin irade beyanına vereceği anlam, muhatabın bu beyana vereceği anlam olarak kabul edilmektedir. Bu teorinin eleştirildiği nokta ise muhatabı ve beyan sahibini dikkate almaksızın, üçüncü bir kişinin objektif anlayışı ile yorum tarzını benimsemesidir³¹.

²⁶ Eren, (n 19) 152; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/1, 1 (2. Baskı, Seçkin 2019) 291; Turhan Esener ve Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I*, (Vedat Kitapçılık 2017) 24; Barış Demirsatan, 'İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa' (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1220, 1224.

²⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt (4. Bası, Filiz Kitabevi 2008) 133; Antalya (n 26) 291; Eren, (n 19) s. 152-153; Esener ve Gündoğdu (n 26) 24-25.

²⁸ Demirsatan, (n 26) 1225; Eren, (n 19) 153-154.

²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, (n 27) 133; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 72; Eren, (n 19) 153; Antalya (n 26) 291.

³⁰ Antalya (n 26) 291; Eren, (n 19) 153.

³¹ Eren, (n 19) 154; Antalya (n 26) 292.

Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi, irade teorisini de beyan teorisini de kabul etmemektedir³².

İrade beyanının dolayısıyla sözleşmenin yorumu bakımından önemli olan teori güven teorisidir. Güven teorisinde diğer teorilerin eleştirilen noktaları da dik-kate alınarak hem beyan sahibinin hem de muhatapın menfaatleri korunarak, bunlar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Güven teorisinin ilk hali klasik güven teorisi olarak ifade edilmektedir. Klasik güven teorisinde somut olaydaki muhatap yerine, benzer iş hayatı ve çevrede yer alan böyle bir beyanla karşılaşabilecek makul ve dürüst üçüncü kişi esas alınmaktadır. Bu teoride irade beyanı, söz ettiğimiz objektif ve farazi muhatapın kendisince bilinen veya bilin-mesi gereken bütün koşullar göz önünde tutularak dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisine yapılan beyana verdiği veya vermesi gereken anlama göre yorumlan-maktadır³³. Klasik güven teorisinin eleştirilmesine neden olan hususlardan ilki somut olaydaki muhatap yerine makul ve dürüst üçüncü bir kişinin konularak sübjektiflikten uzaklaşıp tamamen objektif bir hal almasıdır. İkincisi ise irade beyanının muhatap bakımından ele alınıp beyanda bulunan kişinin menfaatleri-nin ihmal edilmesidir³⁴. Tarafların menfaatleri arasında daha adil bir denge ku-rulması maksadıyla yeni güven teorisi geliştirilmiştir. Yeni güven teorisinde makul ve dürüst üçüncü kişi yerine makul ve dürüst muhatap yer almaktadır. Ayrıca yine yeni güven teorisi kapsamında beyan sahibi gerçek iradesine uymayan yanlış bir beyanda bulunmakla birlikte, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini doğru anlamış ise sözleşmede yoruma gerek olmaksızın sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun gerçek iradeler üzerinden kurulmuş olmaktadır³⁵.

Türk-İsviçre doktrininde ve uygulamasında hakim teori, yeni güven teori-sidir³⁶. Bu teori çerçevesinde öncelikle bir davranışın irade beyanı olarak ka-

³² Eren, (n 19) 153, 155; Demirsatan, (n 26) 1224.

³³ Hirsch, (n 24) 160; Eren, (n 19) 156; Antalya (n 26) 293.

³⁴ Eren, (n 19) 156-157; Antalya (n 26) 293.

³⁵ Hirsch (n 24) 161; von Thur (n 22) 269; Kocayusufoğlu, (n 27) 332; Eren, (n 19) 157; Atilla Altop, 'Sözleşmenin -Hükümlerinin Yorumlanmasında Başvurulan Yorum Araçları ve İlkeleri' (2019) 11 (111) *Fasikül Hukuk Dergisi* 629, 630; Akyol (n 22) 45-46, 76; Oğuzman ve Öz (n 21) 203; Nurcihan Dalcı Özdoğan, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti' (2017) 8 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 33, 36-37; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021) 294-295; Sanem Aksoy Dursun, 'Borçlar Hukukunda "Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)" Kuralının Uygulanması' (2018) 76 (1) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 133, 134; Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008) 25.

³⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 21) 73; Eren, (n 19) 158; Antalya (n 26) 293.

bul edilip edilmeyeceğine bakılmaktadır. Eğer davranış irade beyanı olarak kabul edilmiş ise muhatabın kim olduğu ve irade beyanının anlamı belirlenmektedir³⁷.

Yeni güven teorisini dikkate alarak faaliyette bulunan hakim ilk olarak somut olaydaki bir beyanın veya davranışın gerçek ve sübjektif anlamını bulmaya çalışmalıdır. Eğer bu mümkün değilse objektif anlamını bulma yönünde faaliyet göstermelidir. Bunu gerçekleştirirken de hakim kendisini muhatabın yerine koyup makul ve dürüst bir muhatap gibi irade beyanında bulunulan yer ve zamana göre, bildiği ve iş hayatındaki ilişkiler çerçevesinde bilmesi gereken bütün koşulları göz önüne alarak yapılan beyanın dürüstlük kuralına göre ne şekilde anlaşılması gerektiğine karar vermektedir³⁸. Burada muhatabın bildiği veya bilmesi gereken bütün koşullar ile anlatılmak istenen sadece kendisi ile ilgili olan şart ve durumlar değildir. Aynı zamanda beyan sahibi ile ilgili şart ve durumları da araştırarak dikkate almak zorundadır³⁹.

C. Yorum Uyuşmazlığının Tarafları

Yorum uyuşmazlığı, sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlık kural olarak sözleşmenin tarafları ya da onların külli halefleri arasında meydana gelmektedir. Zira sözleşme, nisbi bir borç ilişkisi yaratmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeden kaynaklanan haklar ve borçlar da kural olarak sadece taraflar yönünden etki doğurur. Taraflardan birinin ölmesi halinde haklar ve borçlar mirasçılara geçeceği için uyuşmazlığın tarafı mirasçıları olmaktadır. Ancak uyuşmazlık bakımından istisna da bulunmaktadır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde yorum uyuşmazlığının bir tarafını üçüncü kişi oluşturmaktadır⁴⁰. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerin, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeler şeklinde ikiye ayrıldığından söz etmeliyiz. Her iki sözleşme türünde de alacaklı ile borçlu yer almakta ve alacaklı sözleşmenin ifasının üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir. Yorum uyuşmazlığı çerçevesinde önem arz eden tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde ise üçüncü kişi, borçludan ifanın talep edilmesi noktasında doğrudan bir hakka sahiptir. Bu nedenle uyuşmazlığın taraflarını borçlu ve

³⁷ Eren, (n 19) 158; Antalya (n 26) 294.

³⁸ Antalya (n 26) 293-294; Eren, (n 19) 158-159; Kocayusufpaşaoğlu, (n 27) 133-134; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 21) 150.

³⁹ Eren, (n 19) 159; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 21) 150.

⁴⁰ Eren (n 19) 536; Kaplan (n 19) 33; Güvenç (n 19) 234-235.

üçüncü kişinin oluşturduğu durumlarda, üçüncü kişi hakimden sözleşmenin yorumlanmasını talep edebilir⁴¹.

Sözleşmenin yorumu talebine neden olan uyuşmazlık, genellikle taraflardan birinin sözleşmenin içeriğinin belirli bir anlama sahip olduğunu ileri sürmesi, karşı tarafın da bunun kısmen veya tamamen aksini iddia etmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda sözleşmenin içeriğinin belirli bir anlama sahip olduğundan söz eden taraf kendi lehine bir hakkın bulunduğunu iddia ederken, karşı taraf da bunun aksini iddia ederek reddeder. Örnek vermek gerekirse, sözleşmenin taraflarından birinin faiz şartı içeren bir karz sözleşmesi çerçevesinde talebini, belirli bir faiz oranının kararlaştırılmış olduğu anlaşmaya dayandırmasına karşılık, diğer tarafın bu anlaşmanın, karz sözleşmesi ile ilgili olmadığını veya faiz oranının daha az olduğunu iddia etmesidir. Yorum uyuşmazlığı halinde sözleşmenin yorumu hakim tarafından yapılmaktadır. Hakim sözleşmenin yorumunu yaparken ilk olarak sözleşmenin kurulmuş olup olmadığını incelemelidir⁴². Bu çerçevede aşağıda sözleşmenin yorumlanmasının koşullarının da incelenmesi gerekmektedir.

Son olarak hakimin tarafların talebi olmadan sözleşmenin yorumunu resen yapacağı bir durumdan da söz etmek gerekmektedir. Eğer hakimin bir davayı karara bağlayabilmesi için sözleşmeyi yorumlaması gerekiyorsa bunu resen yapabilir. Tarafların ayrıca bu yönde bir talebi ve yorum uyuşmazlığının farkında olmaları gerekmemektedir⁴³.

D. Sözleşmenin Yorumlanmasının Koşulları

Sözleşmenin hakim tarafından yorumlanması için gerçekleşmesi gereken bazı şartlar bulunmaktadır. Bu şartların sırası ile incelenmesi konunun daha iyi anlaşılması yönünden yararlı olacaktır.

1. Kurulmuş Bir Sözleşmenin Olması

Hakim tarafından sözleşmenin yorumlanmasının ön şartı, sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Yorum uyuşmazlığı kavramından söz edebilmemiz için geçerli bir biçimde kurulmuş sözleşme olmalıdır. Bu noktada yorum uyuşmazlığı kav-

⁴¹ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, 'Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1759, 1761; Gümüş, (n 35) 965-966; Kaplan (n 19) 33.

⁴² Eren (n 19) 536; Kaplan (n 19) 34; Güvenç (n 19) 235-236.

⁴³ Sarıkaya (n 21) 46.

ramı ile uygunluk uyuşmazlığı kavramının karıştırılmaması adına dikkat edilmesi gerekmektedir. Uygunluk uyuşmazlığı, sözleşmenin kurulup kurulmadığı ile ilgiliyken, Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesindeki yorum uyuşmazlığı, kurulmuş sözleşmenin içeriği ile ilgilidir⁴⁴. Taraflar, sözleşmenin karşılıklı ve birbirine uygun olan irade beyanlarıyla meydana geldiğini kabul etmekte, sadece sözleşmenin içeriği ile ilgili bir uyuşmazlık bulunduğunu düşünmektedirler. Ancak hakim araştırma yaparken esaslı noktalara ilişkin olarak irade beyanlarının uyuşmadığını tespit ederse, sözleşmenin kurulmadığına karar vermektedir. Kurulmamış olan bir sözleşmenin içeriğinden de söz edilemeyeceği için hakim yoruma ilişkin talebi reddetmektedir⁴⁵.

Taraflarca açılan davalarda uygunluk uyuşmazlığı ve yorum uyuşmazlığı talepleri bir arada bulunabilir. Böyle bir durumda hakim ilk olarak uygunluk uyuşmazlığını karara bağlamaktadır. Bu karar neticesinden sözleşmenin kurulduğu anlaşılıyorsa yorum uyuşmazlığını inceleme aşamasına geçmektedir⁴⁶.

2. Tarafların Sözleşmenin İçeriğini Farklı Anlamlandırmaları

Hakimden bir sözleşmenin yorumlanmasının talep edilebilmesi için taraflar arasında bir yorum uyuşmazlığı bulunmalıdır. Yorum uyuşmazlığının konusu, sözleşmenin bir hükmünden oluşabileceği gibi sözleşme metninin tamamından da oluşabilir⁴⁷. Başka bir ifade ile yorum uyuşmazlığının, tarafların sözleşmenin içeriğini farklı anlamlandırmaları nedeniyle çıkmış olması gerekmektedir. Sözleşmenin içeriğinden anlaşılması gereken, sözleşme ilişkisi kapsamında geçerli olacak olan kuralların bütünüdür. Daha açık bir biçimde ifade edersek, kişilerin hakları ve borçları ile üstlendikleri külfetleri sözleşmenin içeriğini oluşturur. Külfetler ile birlikte haklar ve borçlar sözleşmenin şekli içeriği olarak da adlandırılmaktadır⁴⁸. Bunun yanında sözleşmenin maddi içeriği de bulunmaktadır. Sözleşmenin yapılması ile ulaşılmak istenen amaç sözleşmenin maddi içeriğini oluşturmaktadır⁴⁹.

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (n 27) 331; Gümüş (n 35) 295; Eren (n 19) 536; Kaplan (n 19) 35-36; Güvenç (n 19) 232-234; Dalcı Özdoğan, (n 35) 35-36; Damar (n 20) 95.

⁴⁵ Oğuzman ve Öz (n 21) 202; Eren (n 19) 536-537; Kaplan (n 19) 35-36; Güvenç (n 19) 242.

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 331; Eren (n 19) 537; Kaplan (n 19) 36; Güvenç (n 19) 237.

⁴⁷ Kaplan (n 19) 32-33; Damar (n 20) 101; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 331.

⁴⁸ Eren (n 19) 537-538; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 331; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 10, 11; Damar (n 20) 101.

⁴⁹ Eren (n 19) 538.

Sözleşmenin içeriğini oluşturan kurallar ikiye ayrılmaktadır. İlki tarafların kendi koydukları kurallardır. Bunlar, taraflarca sözleşme kurulurken ya da kurulduktan sonra sözleşmede değişiklik yapılması suretiyle konulan kurallardır. Bu kurallar taraflarca konulduğu için sözleşme iradesini oluşturup, sözleşmenin özünü ortaya koymaktadırlar. Ancak sözleşmenin yorumu ile belirlenebilirler. İkinci kural türü de yabancı kurallardır. Yabancı kurallar da kanun kurallarından, örf ve adet kurallarından ve sözleşmenin kurulmasından sonra talep üzerine hakim tarafından konulan kurallardan oluşmaktadır. Yabancı kurallar çeşitli amaçlarla sözleşmeye eklenmektedir. Bu amaçlardan bazıları sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesi amacıyla emredici kurallar konulabilir ya da sözleşmedeki boşlukların doldurulması için tamamlayıcı kurallar konulabileceği gibi sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için uyarlayıcı kurallar da konulabilir⁵⁰.

Tarafların sözleşmenin bazı hükümlerine ya da sözleşme metninin tümüne ilişkin aralarındaki yorum uyuşmazlığı ile ilgili yaptıkları başvuru sonucunda, hakimin sözleşmenin kurulup kurulmadığını başka bir ifade ile uygunluk uyuşmazlığının bulunup bulunmadığını da incelemesi gerekebilir. Hakim bu inceleme aşamasında güven teorisi çerçevesinde tarafların iradelerinin, sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmasını inceleyecektir. Zira tarafların gerçek iradeleri tespit edilememiştir ki güven teorisine göre inceleme yapılmaktadır. Bu araştırma neticesinde tarafların iradelerinin uyuşmaması halinde sözleşmenin esaslı noktalarını farklı anladıkları sonuca varılmaktadır. Bu durumda da iradelerinin ve irade beyanlarının birbirine uygun olmaması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılacaktır. Ancak bu noktada dikkat edilecek husus, tarafların subjektif esaslı noktaları tekrar subjektif yan nokta haline getirmemiş olmalarıdır. Eğer subjektif yan nokta haline gelirse bu durum sözleşmenin kurulmasına engel olmamaktadır. Bununla birlikte yapılan araştırma sonucunda tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olduğu tespit edilirse, sözleşme kurulmuş olacaktır. Yorum yoluyla sözleşmenin içeriği tarafların iradelerine göre belirlenecektir. Ancak güven teorisi çerçevesinde ulaşılan farazi irade sahibi kişi iradesinin sakatlanması sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilir. Bu durumda bir sözleşme mevcut olmayacağı için yorum da mümkün olmayacaktır⁵¹.

⁵⁰ Eren (n 19) 538.

⁵¹ Hirsch (n 24) 162; Eren (n 19) 538; Güvenç (n 19) 242-244; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 26-28.

Sözleşmeden kaynaklanan yorum uyuşmazlıkları ayrı bir yorum davası ile değil, tespit davası, eda davası veya inşai bir dava ile çözüme kavuşturulmaktadır. Hukukumuzda ayrı bir yorum davası bulunmamakla birlikte, yorum uyuşmazlığına ilişkin olarak bir tespit davasının açılabilceği ifade edilmektedir⁵².

3. Hakimin Tarafların İradelerini Tespit Etmesi

Hakim, yorum uyuşmazlığına dayalı olarak açılan bir davada sözleşmenin taraflarının birbirine uygun gerçek veya farazi iradelerini tespit edecek, bu sonuca göre de sözleşmenin içeriğini belirleyecektir. Zira yorumun amacı da tarafların iradelerinin tespiti yoluyla sözleşmenin içeriğini belirlemektir⁵³. Hakim yorum faaliyetini gerçekleştirirken ilk olarak tarafların birbirine uygun gerçek iradelerini tespit edip sözleşmenin içeriğini buna göre belirlemelidir. Zira bu sonuca Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrasından ulaşıyoruz. Bu hükme göre, bir sözleşmenin türünün veya içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, sözleşmenin taraflarının yanlışlıkla veyahut gerçek amaçlarını gizlemek için kullanmış oldukları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınmaktadır. Bununla birlikte bu hükmün, gerçek anlamda yorumla ilgili bir hüküm olmadığı ifade edilmektedir⁵⁴. Ayrıca bu hükümden anlaşılacağı üzere tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alındığı iki durum söz konusudur. İlki sözleşmenin taraflarının gerçek amaçlarını gizleyebilme amacıyla gerçek iradeleri ile bağdaşmayan bir beyanda bulunmuş olmalarıdır. Bu durum muvazaa olarak ifade edilen işleme sebebiyet vermektedir⁵⁵. Ancak bu konuyu konumuz dışında tutacağız. İkinci durum ise taraflar yanlışlıkla gerçek iradelerine uygun olmayan ifadeler kullanmaktadırlar. Böyle bir durumla karşılaşıldığında "yanlış belirtme zarar vermez (falsa demonstratio non nocet)" kuralı uygulanmaktadır. Bu kuralın uygulanmasından söz edebilmek için dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Buna göre sözleşmenin tarafları birbirlerinin gerçek iradelerini doğru olarak anlamaları halinde, yanlış be-

⁵² Kaplan (n 19) 33; Damar (n 20) 101.

⁵³ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 332-333; Kaplan (n 19) 22; Eren (n 19) 538-539; Dalcı Özdoğan (n 35) 36-37.

⁵⁴ Zira sözleşmenin yorumlanmasının amacı, tarafların bilinmemesi nedeniyle araştırılması ve bulunması gereken gerçek iradelerinin tespit edilmesi iken bu hükümde tarafların gerçek iradelerinin bulunduğu düşüncesinden hareket edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 332-333; Dalcı Özdoğan (n 35) 36; Gümüş (n 35) 296; Aksoy Dursun, 'Falsa Demonstratio Non Nocet' (n 35) 147.

⁵⁵ Oğuzman ve Öz (n 21) 203; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 332; Dalcı Özdoğan (n 35) 36; Gümüş (n 35) 294.

yanları dikkate alınmamakta ve sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde tarafların birbirine uygun olan gerçek iradeleri göz önünde bulundurulmaktadır⁵⁶.

Hakim tüm bu yorum faaliyetlerini gerçekleştirirken ona hem yol gösterici hem de dayanak olacak hüküm, Türk Medeni Kanunu'nun⁵⁷ 2. maddesinin 1. fıkrasında bulunan dürüstlük kuralıdır. Zira hakimin Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde hareket etmekle birlikte, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olan gerçek ve ortak iradelerini tespit edememesi halinde, tarafların farazi iradelerini tespit etmeye çalışması gerekmektedir. Bunu da gerçekleştirirken karşısındaki somut olayın bütün durum ve koşullarını göz önünde bulundurarak, dürüst ve makul sözleşme taraflarının, yorumun konusu olan ifadelerde bulunurken veya diğer davranışları gerçekleştirirken neyi istemiş olabilecekleri araştırılarak, güven teorisi çerçevesinde farazi iradeleri tespit edilmeye çalışılacaktır⁵⁸. Tespit edilen sözleşme iradeleri dikkate alınarak, uyuşmazlık konusunda bir sonuca varılacaktır.

E. Sözleşmenin Yorumlanmasının Sonuçları

Hakim sözleşmenin yorumu sonucunda üç farklı sonuca varabilir. Bu sonuçlardan ilki olumlu sonuçtur. Olumlu sonuç bakımından hakim, uyuşmazlık konusu olan sözleşmenin içeriği ile ilgili tarafların gerçek veya farazi iradelerini tespit etmiştir. Sorunu da ulaştığı sözleşme iradelerine göre çözmektedir⁵⁹.

İkinci sonuç ise olumsuz sonuçtur. Olumsuz sonuca göre, hakim, uyuşmazlık konusuna ilişkin tarafların sözleşme iradelerini tespit edememiştir. Bu durum çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan bazıları tarafların soruna ilişkin hiç düşünmemeleri nedeniyle olabilir veya bilinçli bir biçimde isteyerek düzenleme yapmamış olmalarıdır. Bir diğer hal ise uyuşmazlık noktası üzerinde tarafların birbirine uygun sözleşme iradelerinin bulunmamış olmasıdır.

⁵⁶ Hirsch (n 24) 161; von Thur (n 22) 269; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 332; Altop, (n 35) 630; Akyol (n 22) 45-46, 76; Oğuzman ve Öz (n 21) 203; Dalcı Özdoğan (n 35) 36-37; Gümüş (n 35) 294-295; Aksoy Dursun, 'Falsa Demonstratio Non Nocet' (n 35) 134; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 25.

⁵⁷ RG., 8.12.2001, S. 24607.

⁵⁸ Hirsch (n 24) 160, 161; von Thur (n 22) 271; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 149-150; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 333; Altop (n 35) 629-630; Eren (n 19) 539; Oğuzman ve Öz (n 21) 203; Güvenç (n 19) 216-218.

⁵⁹ Kaplan (n 19) 31; Eren (n 19) 539; Güvenç (n 19) 364-365; Damar (n 20) 107; Sarıkaya (n 21) 332.

Bundan başka taraflardan her birinin sözleşme iradesi, kendi içinde tezatlık oluşturabilir. Son olarak taraflardan her birinin ya da ikisinin iradesi de anlaşılabilir durumdur ve bu nedenle uyuşmazlığa ilişkin hükmün sözleşmede düzenlendiğinin kabulü mümkün olmayabilir⁶⁰.

Tarafların uyuşmazlık konusuna ilişkin birbirine uygun sözleşme iradeleri sözleşmede bulunmuyorsa, böyle bir durumda bazen sözleşmede boşluk bulunduğundan söz edilebilir. Bu boşluk, eğer şartları varsa, hakim tarafından sözleşmeyi tamamlama yoluyla doldurulmaktadır⁶¹.

Son sonuç ise yorumun başarısız olmasıdır. Bu durumda dava konusu yorum uyuşmazlığı ile ilgili olarak taraflarca getirilen belgeler, sözleşme örnekleri, tutanaklar ve kayıtlar gibi delillerin değerlendirilmesi neticesinde tarafların sözleşme iradelerinin mevcut olup olmadığına ilişkin bir sonuca varmak mümkün olmamaktadır. Eldeki veriler bunun için yeterli değildir. Yorum faaliyetinin olumsuz sonuçlanmasında olduğu gibi yorumun başarısız olması halinde de sözleşmenin tamamlanmasının gerekip gerekmediğine hakim karar verecektir⁶².

F. Yorum Araçları

Hakim yorum faaliyetini gerçekleştirirken yararlandığı yorum araçları bulunmaktadır. Bu yorum araçları asli yorum araçları ve tamamlayıcı yorum araçları olarak ikiye ayrılmaktadır⁶³. Bu yorum araçlarını sırasıyla inceleyeceğiz.

1. Asli Yorum Araçları

Hakimin sözleşmeyi yorumlarken kullanacağı asli yorum araçları, tarafların iradelerini açıklamak için kullandıkları araca bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Eğer taraflar iradelerini açıklarken söz ya da yazı kullanmışlarsa, sözcükler, hakimin yararlanacağı asli yorum aracını oluşturmaktadır. Başka bir ifade ile hakim sözleşmeyi yorumlarken sözleşmenin taraflarının kullandıkları sözcükleri, bu sözcüklerin sözlük anlamlarını ve dilbilgisi kurallarını dikkate almaktadır. Bunun yanında taraflar davranışlarıyla da iradelerini açıklamış olabilirler. Bu halde hakim tarafından yorum yapılırken toplumda bu türdeki davranışlara

⁶⁰ Kaplan (n 19) 31-32; Eren (n 19) 539; Güvenç (n 19) 374; Damar (n 20) 107.

⁶¹ Eren (n 19) 539.

⁶² Kaplan (n 19) 32; Damar (n 20) 107.

⁶³ Eren (n 19) 539; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 10.

verilen anlam dikkate alınmaktadır⁶⁴. Yorum yapılırken tarafların kullandıkları sözcükler bakımından hangi zamandaki anlamının esas alınması gerektiği düşünülebilir. Bu durumda sözleşmenin kurulduğu zamandaki günlük konuşma dilindeki genel anlamının dikkate alınması gerekmektedir. Bununla birlikte eğer tarafların her ikisinin de mensup olduğu meslek veya iş çevresinde sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu sözcüklere özel bir anlam verilmişse, bu anlam günlük konuşma dilindeki genel anlamından üstün tutulmalıdır⁶⁵. Ancak taraflardan yalnızca birisinin dahil olduğu meslek veya iş çevresinde sözcüğün özel bir anlama sahip olması, yoruma temel olarak sözcüğün günlük konuşma dilindeki genel anlamının esas alınmasını gerektirmektedir⁶⁶. Bunun yanında taraflardan birinin aynı meslek veya iş çevresine mensup olmamakla birlikte, diğer taraf kendi meslek veya iş çevresinde bu sözcüğün özel bir anlama sahip olduğu konusunda karşı tarafı bilgilendirmesi halinde, yorum faaliyetinde sözcüğün bu özel anlamının kullanılması gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır⁶⁷. Tüm bunların yanında taraflar kullandıkları sözcüklerin anlamlarını kendileri de belirleyebilirler. Başka bir ifade ile taraflar, sözleşmede yer verdikleri sözcüklere günlük konuşma dilindeki ya da meslek veya iş çevresindeki genel anlamından farklı bir anlam verebilirler. Bu halde hakim tarafından yorum yapılırken tarafların verdikleri bu anlam dikkate alınmaktadır⁶⁸.

Sözcükler ve anlamları yapılan yorum faaliyetinde sadece bir adımdır. Bunun dışında hakimin göz önünde bulundurması gereken birçok adım bulunmaktadır. Ayrıca hakim öğretide de benimsenen görüşe göre birçok yorum aracını kullandığı halde başka bir sonuca erişmesi mümkün olmamışsa, en son olarak sözleşmenin sözüne dönüp bu çerçevede yorum yapması gerekmektedir⁶⁹.

⁶⁴ Oğuzman ve Öz (n 21) 203; Kaplan (n 19) 42; Eren (n 19) 540; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 333; Altop (n 35) 630; Gümüş (n 35) 296; Aksoy Dursun, 'Falsa Demonstratio Non Nocet' (n 35) 146; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 10.

⁶⁵ Altop (n 35) 630; Kaplan (n 19) 42-43; Eren (n 19) 540; Oğuzman ve Öz (n 21) 203; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 333; Gümüş (n 35) 296; Aksoy Dursun, 'Falsa Demonstratio Non Nocet' (n 35) 146; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 10.

⁶⁶ Kaplan (n 19) 43; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 333.

⁶⁷ von Thur (n 22) 269; Eren (n 19) 540; Kaplan (n 19) 43; Akçol (n 22) 104.

⁶⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 150-151; Kaplan (n 19) 44; Eren (n 19) 540; Altop (n 35) 633; Gümüş (n 35) 297; Aksoy Dursun, 'Falsa Demonstratio Non Nocet' (n 35) 146; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 10-11.

⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 333.

Asli yorum araçlarına ilişkin olarak son noktada tarafların sözleşmelerinde bulunan sözcüklerin ve sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin bir parçası olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu ifadeden çıkarılması gereken anlam şudur ki, bu sözcükler ve sözleşme hükümleri, sözleşmenin diğer parçalarından ve unsurlarından soyutlanıp yorumlanmamalıdır. Bunlar sözleşmenin bütünlüğü içinde, bunların diğer sözcükler ve hükümlerle bağlantısı dikkate alınarak sistematik olarak değerlendirilmelidir. Bu söz ettiğimiz ilkeye yorumda sistematik bağlantı ilkesi adı verilmektedir⁷⁰.

2. Tamamlayıcı Yorum Araçları

Hakim sözleşmeyi yorumlarken asli yorum araçları dışında tamamlayıcı yorum araçlarından da yararlanmaktadır. Asli yorum araçları doğrudan iradenin açıklanmasına ilişkin iken tamamlayıcı yorum araçları iradenin açıklanması ile doğrudan bağlantılı değildir. Ancak tarafların iradelerinin açığa çıkarılmasına yardımcı olan olgulardır. Tamamlayıcı yorum araçları ifadesinin daha iyi anlaşılması adına örnek verirken, hal ve şartlardan söz edebiliriz. Bunun yanında taraflar arasında sözleşme yazılı ya da resmi olarak yapılmışsa, sözleşme dışı olayların da tamamlayıcı yorum araçlarından olduğunu ifade edebiliriz⁷¹. Bu iki ayrı durumun kapsamında, sözleşmenin kurulma anına ilişkin olarak sözleşmenin kurulduğu yer ve kurulduğu zaman, yine sözleşme kurulmadan önce gerçekleştirilen sözleşme görüşmeleri ve bu görüşmeler esnasında gerçekleşen davranışlar ile hazırlanan belgeler, son olarak da sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen sözleşmenin kurulma anındaki gerçek amaçlarının anlaşılmasına yarayan davranışları ve tutumları sayılabilir. Tarafların sözleşmenin kurulma anındaki amaçlarının anlaşılması adına özellikle sözleşmeyi itiraz etmeksizin ne kadar süre ve ne tarzda ifa ettiklerine bakılmaktadır⁷². İş veya meslek çevrelerindeki örf, adet ve teamüller de tamamlayıcı yorum araçları arasında yer almaktadır. İş veya meslek çevrelerindeki örf, adet ve teamüllerden sözleşmedeki anlamları belirsiz ifadelerin yorumlanmasında yararlanılırken, bununla birlik-

⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 334; Kaplan (n 19) 44; Eren (n 19) 540; Oğuzman ve Öz (n 21) 204; Yargıtay HGK, 174/752, 26.11.2025.

⁷¹ Kaplan (n 19) 45; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 334; Eren (n 19) 540; Gümüş (n 35) 296-297; Aksoy Dursun, 'Falsa Demonstratio Non Nocet' (n 35) 146-147; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 11.

⁷² von Thur (n 22) 267; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 334-335; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 153; Altop (n 35) 630; Eren (n 19) 540-541; Oğuzman ve Öz (n 21) 204; Akyol (n 22) 64, 84; Gümüş (n 35) 296-297; Güvenç (n 19) 329; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 11; Bursa 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 1346/572, 21.5.2025.

te eğer taraflar doğrudan doğruya bunlara açık olarak veya kapalı biçimde atıfta bulunmuşlarsa, sözleşmenin bir parçası olup sözleşmenin içeriğini oluşturmaktadırlar⁷³.

Sözleşmenin yorumlanmasının amaçlarından biri, sözleşmenin amacının, başka bir ifade ile tarafların sözleşmeyi yapmaktaki ortak amaçlarının bulunmasıdır. Bu amaç tespit edildikten sonra da tamamlayıcı yorum aracı olarak sözleşme yorumlanırken hakim tarafından göz önünde bulundurulmaktadır. Hatta her ne kadar sözleşme metninin lafzı açık olsa da, koşulların haklı göstermesi durumunda açık lafza rağmen ortak sözleşme amacına üstünlük tanınmalıdır⁷⁴.

Asli yorum araçlarının, tamamlayıcı yorum araçlarına göre üstün olduğu kabul edilmektedir. Tamamlayıcı yorum araçlarına genel olarak sözleşme metninin muğlak olduğu, irade açıklamalarının açık olmadığı durumlarda ve asli yorum araçları ile kesin sonuca varılamadığı durumlarda başvurulmaktadır. Ancak irade açıklamalarındaki veya sözleşme metnindeki sözcükler her ne kadar açık olsa dahi asli yorum araçlarının yanı sıra tamamlayıcı yorum araçlarına yine de başvurulmalıdır. Zira sözcüklerin anlamının açık olduğu, tamamlayıcı yorum araçları yardımıyla yapılan yorumla anlaşılmaktadır⁷⁵.

Hakim tarafından yorum faaliyeti gerçekleştirilirken yorum araçları kullanılmakla birlikte dikkat edilmesi ve uyulması gereken bir takım yorum kuralları da bulunmaktadır. Şimdi bu yorum kurallarını açıklayacağız.

G. Yorum Kuralları

Yorum kurallarının hepsi incelenmemekle birlikte özellikle konumuz bakımından önem taşıyan arabulucunun da gerçekleştireceği yorum faaliyeti kapsamında en çok yararlanacağı yorum kuralları sırasıyla incelenecektir.

1. Geçmişe Dönük Yorum Kuralı

Yorum kuralları çerçevesinde incelenecek olan ilk yorum kuralı, geçmişe dönük yorum kuralıdır.

⁷³ Eren (n 19) 541; Akyol (n 22) 107-108; Bursa 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 1346/572, 21.5.2025.

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 335; Eren (n 19) 541; Güvenç (n 19) 327-328.

⁷⁵ Kaplan (n 19) 45; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 333; Oğuzman ve Öz (n 21) 204; Eren (n 19) 541; Altop (n 35) 631; Gümüş (n 35) 296.

Hukuk kuralları çerçevesinde yorum yapılması durumunun yalnızca hakime özgü bir faaliyet olduğu belirtilmektedir⁷⁶. Hakim, sözleşmeyi, kurulduğu zamandaki duruma göre yorumlamalıdır. Başka bir ifade ile tarafların sözleşmenin kurulduğu andaki iradelerini araştırmalıdır. Zira taraflar sözleşmenin kurulduğu zaman dilimindeki şartlara göre iradelerini açıklamışlardır. Dolayısıyla da sözleşme bu şartlara göre meydana gelmiştir. Hakim bunun için de sözleşmenin kurulduğu andaki tarafların menfaat durumlarını, tarafların bildikleri hal ve koşulları araştırmalı ve tarafların iradelerini tespit ederken de kullandıkları sözcüklerden ve diğer davranışlardan yola çıkmalıdır. Tarafların daha sonraki söz ve davranışları ancak sözleşme kurulurken ortaya çıkan iradelerini açıklayacak nitelikte ise dikkate alınmaktadır. Bütün bunların sonucunda sözleşmenin uygulanma aşamasında ya da sona erme anında yaşanan uyuşmazlıkların çözümü için yapılacak olan yorumda sözleşmenin kurulma anı dikkate alınmalıdır⁷⁷.

Sözleşmenin, kurulma anında, sözleşme uygulanırken ve sözleşme sona ererken aynı anlamı taşıması gerektiğinden söz ettik; ancak bu durum her zaman mümkün olmayabilir. Zira sözleşmenin kurulduğu zamanki anlamı zaman içinde değişime uğrayıp bir taraf için ağır bir ekonomik durum yaratabilir. Bu sorunu çözmek için de sözleşmenin güncelleştirilmesi gerekmektedir. Güncelleştirme, sözleşmenin yorumlanmasının amaçlarından biridir; ancak sınırlı bir yorum aracı niteliği taşır. Güncelleştirmeyle sözleşme hükümleri yeni koşullar çerçevesinde yeniden düzenlenmiş olmaktadır. Yapılan düzenleme neticesinde sözleşme hükümleri daha açıktır ve değiştirilemez nitelikte olmaktadır⁷⁸.

2. Dürüstlük Kuralına Dayalı Yorum Kuralı

Dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında, "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmeler, dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmalıdır. Dürüstlük kuralının uzantısını ise güven ilkesi oluşturmaktadır. Güven ilkesi sözleşmelerin yorumunda doğrudan doğruya uygulanmamaktadır. Güven ilkesinin doğrudan doğruya uygulandığı husus, irade beyanlarının yorumudur. Buna göre eğer taraflar arasındaki yorum uyuşmazlığı bir tarafın irade beyanının anlamına ilişkin ise bu irade beyanının

⁷⁶ Kaplan (n 19) 64.

⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 335; Kaplan (n 19) 64-65; Altop (n 35) 631; Eren (n 19) 541; Damar (n 20) 103; Akyol (n 22) 58; Gümüş (n 35) 297; Yargıtay 10 HD, 4826/13548, 20.12.2024.

⁷⁸ Akyol (n 22) 58; Damar (n 20) 103.

anlamının tespitinde güven ilkesi uygulandığı için dolayısıyla sözleşmenin yorumunda da güven ilkesi uygulanmış olmaktadır⁷⁹.

3. Bir Bütün Olarak Sözleşmenin Yorumu Kuralı

Sözleşme bir bütünlük teşkil etmektedir. Bunun sonucu olarak sözleşmede bulunan bir hüküm veya birden fazla hükmü içeren sözleşme kısmı yorumlanırken sözleşmenin tümü ile bağlantısı göz önünde tutularak bütünün içinde değerlendirilir, tek başlarına yorumlanmaları mümkün değildir⁸⁰. Sözleşmenin bütünü kapsamına sözleşmenin amacı da dahil olduğu için, bir hükmün veya bir sözleşme kısmının yorumu sırasında sözleşmenin amacının da dikkate alınması gerekmektedir⁸¹.

Sözleşmenin bütünlüğü kavramına sözleşmede yer verilen kelimelerin ve deyimlerin tanımları da dahil olmaktadır. Eğer sözleşmede bir kelimeye ilişkin tanım yer alıp başkaca bir belirti, ifade bulunmuyorsa kelime, sözleşmenin tümünde bu anlamı ile kullanılmaktadır. Sözleşme hükümleri gibi sözleşme metninde yer alan tanımlar bakımından da yorum yapılması gereği ortaya çıkabilir⁸².

Asli yorum araçlarında da söz ettiğimiz gibi bir kelimenin veya deyim anlamı konusunda taraflar meslek veya iş hayatındaki genel anlamından farklı bir anlam belirlemişlerse, belirlenen bu anlam, genel anlamından önce gelmektedir. Ancak taraflar her ne kadar kelimenin anlamı noktasında anlaşsa dahi bu anlam konusunda da yoruma ihtiyaç duyulabilir⁸³.

4. Lafzi Yorum Yasağı Kuralı

Hakim sözleşmeyi yorumlarken, sözleşmedeki kelimelerin ve deyimlerin sözcük anlamları ile bağlı kalmamalı, sözleşmenin taraflarının gerçek veya farazi

⁷⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 150; Altop (n 35) 630, 631; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 335; Eren (n 19) 542; Akyol (n 22) 92; Dalcı Özdoğan (n 35) 36; Damar (n 20) 105-106; Bursa 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 1346/572, 21.5.2025.

⁸⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 151; Altop (n 35) 630; Kaplan (n 19) 67; Eren (n 19) 542; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 334; Oğuzman ve Öz (n 21) 204; Gümüş (n 35) 296; Güvenç (n 19) 326; Aksoy Dursun, *Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (n 35) 11.

⁸¹ Kaplan (n 19) 67; Gümüş (n 35) 296-297; Güvenç (n 19) 327-328; Yargıtay 10 HD, 4826/13548, 20.12.2024.

⁸² Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 337; Kaplan (n 19) 67; Damar (n 20) 102.

⁸³ Kaplan (n 19) 67-68; Gümüş (n 35) 297.

iradelerini araştırıp tespit etmeye çalışmalıdır. Zira sadece dilbilgisi kurallarına veya şekle göre yorum yapılması uygun değildir. Bilhassa irade beyanlarına ilişkin metindeki kelimelerin açık ve kesin olmaması veya birden fazla anlama gelmesi halinde hakim lafzı daha arka planda tutmalıdır. Bunun yanında sözleşmenin lafzının sözleşmenin amacı ile çelişmesi halinde de hakim sözleşmenin lafzıyla bağlı olmayıp arka plana atmalıdır⁸⁴.

Hakim sözleşmeyi yorumlarken lafzi yorum ile bağlı kalmamalı diğer yorum araçlarından da yararlanmalıdır. Ancak bu durum asli yorum araçlarından olan lafzın sözleşmenin yorumundaki öneminde ve özellikle tamamlayıcı yorum araçları karşısındaki üstünlüğünde bir değişiklik yaratmamaktadır. Sözleşmenin amacı ile lafzı birbirine aykırı düşmediği müddetçe hakim yorum faaliyetini gerçekleştirirken sözleşmenin lafzından ayrılmamalıdır⁸⁵.

5. Geçerlilik Lehine Yorum Kuralı

Sözleşme veya sözleşme hükmü hakkında şüphe bulunması durumunda, sözleşmenin veya sözleşme hükmünün geçersizliğine neden olacak değil, hüküm doğuracak, onu ayakta tutacak ve ona makul anlamı verecek yoruma üstünlük tanınması gerekmektedir⁸⁶. Bu kurala favor negotii ilkesi adı verilmektedir. Bu kural gereğince, bir sözleşme zorunlu olmadıkça geçersiz değil, geçerli olarak kabul edilmelidir⁸⁷. Favor negotii ilkesi, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin temel aldığı taraf iradelerine, gösterilen önemin sonucunda ortaya çıkmıştır⁸⁸.

Geçerlilik lehine yorum kuralının temelindeki varsayım, sözleşmenin taraflarının makul ve hukuki açıdan tutarlı olanı isteyecekleri kabulüne dayanmaktadır⁸⁹. Zira taraflar, bilgi düzeylerinin, deneyimlerinin, uzmanlıklarının ve alışkanlık gibi özelliklerinin farklılığı nedeniyle karmaşık irade açıklamalarında bulunabilirler; fakat onların asıl arzuları, sözleşmenin meydana gelmesi ve söz-

⁸⁴ Kaplan (n 19) 66-67; Eren (n 19) 542-543; Sarıkaya (n 21) 258 vd.

⁸⁵ Kaplan (n 19) 67; Eren (n 19) 543; Sarıkaya (n 21) 260 vd.

⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 21) 151; Oğuzman ve Öz (n 21) 204; Kaplan (n 19) 70-71; Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 336; Altop (n 35) 633; Eren (n 19) 543; Gümüş (n 35) 297; Sarıkaya (n 21) 303.

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu (n 27) 336; Kaplan (n 19) 71; Oğuzman ve Öz (n 21) 205; Altop (n 35) 633.

⁸⁸ Eren (n 19) 543.

⁸⁹ Altop (n 35) 633; Kaplan (n 19) 71; Sarıkaya (n 21) 303.

leşmeyle bağlı olmaktır⁹⁰. Bunun sonucunda yorumun yapılmasıyla birlikte sözleşmeye veya sözleşme hükmüne ilişkin olarak birden çok savunulabilecek nitelikte anlam çıkmasına rağmen, bunların arasından makul veyahut hukuki açıdan uygun olmayanların dikkate alınmaması gerekmektedir⁹¹. Son olarak da bu kuralın ikinci derecede bir kural niteliği taşıdığı; ancak sözleşmenin yorumuna ilişkin diğer yorum kuralları çerçevesinde bir sonuca varılamazsa, bu kurala başvurulacağı unutulmamalıdır. Şu nokta da gözden uzak tutulmamalıdır ki taraflar düşünmeksizin, anlamsız olarak nitelendirebileceğimiz şekilde davrandıkları takdirde, sözleşmenin geçersizliğine neden olan yorumun yapılması gerekmektedir. Zira yorum, her türlü sözleşmenin geçerli olmasını sağlayacak bir faaliyet değildir⁹².

III. Arabulucunun Yürüttüğü Sürecin Sözleşmenin Yorumu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk türlerinin ikisi için de arabuluculuk sürecinde sözleşmenin yorumu faaliyetine, tarafların başvurusu ile başlanmaktadır.

Sözleşmenin yorumuna ilişkin yukarıda açıkladığımız konuyu, arabulucunun arabuluculuk sürecini yönetirken taraflarla arasında kurduğu iletişim çerçevesinde de değerlendirmemiz gerekmektedir. Bunun için ilk olarak arabulucunun, bu süreçte bazı görev ve işlevlere sahip olduğundan söz etmeliyiz. Bu görev ve işlevler sırasıyla arabulucunun sürecin yöneticisi olması, taraflar arasında iletişimi sağlaması, tarafları sürece ve gündeme ilişkin olarak bilgilendirmesi, çözüm artırıcı bir tutum içinde bulunması, gerçekçi düşüncenin temsilcisi olması, süreçte yaşanabilecek iletişim sorunlarında kusurları üstlenici bir role sahip olması, tarafların duygularını iyi bir şekilde yönetebilmesi ve tarafları geçmişten geleceğe yönlendirebilmesidir.

İfade ettiğimiz bu görev ve işlevler arasında konumuz açısından önemli olan hususlardan ikisi, arabulucunun gerçekçi düşüncenin temsilcisi olması ve süreçte kusurları üstlenici bir role sahip olmasıdır⁹³. Bunları sırasıyla açıklarsak ilk olarak arabulucunun gerçekçi düşüncenin temsilcisi olmasından söz etmeliyiz. Buna göre, arabuluculuk sürecinde taraflardan biri, gerçekleşmesi mümkün

⁹⁰ Akçol (n 22) 80.

⁹¹ Kaplan, (n 19) 71; Sarıkaya (n 21) 305.

⁹² Kaplan, (n 19) 71; Altop (n 35) 633; Sarıkaya (n 21) 303-304.

⁹³ Detaylı bilgi için Kekeç (n 1) 98-102; Yeşilirmak (n 16) 72-75.

olmayan ya da diğer tarafın kabulünün beklenemeyeceği düşünceye sahip olup bu tür tekliflerde bulunabilir. Arabulucunun, bu düşünceye sahip olup buna yönelik tekliflerde bulunan tarafın kendisine gerçeklik testinde bulunmasını sağlamalıdır. Zira arabulucunun mümkün olan veya olmayan hususlar hakkında bir fikre sahip olmasının nedeni, tarafların durumları ve menfaatlerine ilişkin bilgi sahibi olmasıdır. Arabulucu, tarafa gerçeklik testini, sorular sorarak yapmaktadır. Başka bir ifade ile sahip olduğu düşüncenin veya yaptığı teklifin kabul edilmesinin ne oranda mümkün olduğunun kendisince sorgulanmasını sağlayabilmesi için tarafın kendisine sorular sormalıdır⁹⁴. İkinci olarak arabulucunun kusurları üstlenici role sahip olmasını ifade etmeliyiz. Taraflar arasındaki iletişime ilişkin kusuru üstlenerek, teklifte bulunma ve teklifi kabul etme gibi unsurlar arabulucu aracılığıyla ve onun üstünden yapılmaktadır. Böylece tarafların istekli görünmeme pahasına olumsuz sonuçlanacak görüşmeleri, olumlu bir şekilde sonuçlanabilmektedir⁹⁵.

Arabulucunun arabuluculuk sürecini iyi bir şekilde yönetebilmesi adına sahip olması gereken birçok özellik de bulunmaktadır. Bunlar, arabulucunun tarafları aktif olarak dinleyebilmesi, sözsüz iletişim olarak adlandırdığımız arabuluculuk sürecine uygun bir ortam hazırlaması ve davranışlarını süreç içerisinde iyi yönlendirmesi, yine tarafların anlattıkları hususları özetlemesi ve yeniden çerçevelemesi, son olarak da konuya uygun sorular sorabilmesidir.

Arabulucunun sözleşmenin yorumunu yapabilmesi adına bu özellikler arasında kendisinde bulunması gereken en önemli özellik, konuya uygun sorular sorabilmesidir. Arabulucu, sorduğu sorularla tarafların bildiği şeyleri ve durumları, yine tarafların birbirlerini nasıl anladıklarını ortaya çıkarabilmelidir. Bunun yanında arabulucu, soru sorarak tarafları düşünmeye itmeli ve tarafların daha detaylı düşünmelerini sağlayarak yeni çözüm önerilerinin yaratılmasına, yaratılan çözüm önerilerinin üzerinde düşünülerek daha iyi değerlendirmelerine aracılık etmelidir. Arabulucu, sahip olduğu soru sorma özelliğini, doğru bir zamanlama ve doğru soruları yönelterek kullanırsa, arabuluculuk sürecinin tarafların istedikleri yönde sonuçlandırılmasını sağlayabilir⁹⁶. Bu durum ise bizi arabulucunun soracağı sorular çerçevesinde, varabileceği sonuçlar noktasında düşünmeye itmektedir.

⁹⁴ Kekeç (n 1) 100; Yeşilırmak (n 16) 74.

⁹⁵ Yeşilırmak (n 16) 74; Kekeç (n 1) 101.

⁹⁶ Detaylı bilgi için Yeşilırmak (n 16) 77.

Arabulucunun, hakim gibi bir sözleşmenin yorumu faaliyetini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğinin sorgulanması gerekmektedir. Daha önce de söz ettiğimiz gibi sözleşmenin yorumu kavramı ile sözleşmenin temelindeki iradenin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Sözleşmenin yorumu yoluyla hakim kurulmuş bir sözleşmenin içeriğini tespit edebilmek için tarafların birbirine uygun gerçek veya farazi iradelerini belirlemektedir. Arabulucunun da hakim gibi sözleşmeyi yorumlamasından söz edebilmemiz için ilk olarak uyuşmazlık taraflarının gerçek ve ortak iradelerini ortaya çıkarması gerekmektedir. Bunun için de arabulucu, tarafsızlığı ve sürecin gizliliği temellerine dayalı olarak yarattığı güven ortamında, taraflarla kuracağı ilişkiler ve onlara soracağı sorularla, tarafların kendilerinden sözleşme kurulma anındaki gerçek iradelerini ve irade beyanlarını öğrenebilir.

Arabulucu tarafların gerçek ve ortak iradelerini tarafların kendilerinden öğrenememesi halinde hukuk bilgisi çerçevesinde, bir hakim gibi karşısındaki somut olayın bütün durum ve koşullarını göz önünde bulundurarak, dürüst ve makul sözleşme taraflarının, yorumun konusu olan ifadelerde bulunurken veya diğer davranışları gerçekleştirirken neyi istemiş olabileceklerini düşünüp mümkünse taraflara soru sorma ve tarafları dinleme yoluyla araştırıp, güven teorisi çerçevesinde tarafların farazi iradelerini tespit etmeye çalışmalıdır. Farazi iradelerini tespit etmekteki amaç, bu tespiti dayanarak yine taraflara sorular soracaktır. Soracağı bu sorularla tarafların da kendilerinin sahip olması gereken farazi iradeyi tespit etmelerini sağlayacaktır. Başka bir ifade ile arabulucu, tarafların kendi yerlerinde bulunacak dürüst ve makul sözleşme taraflarının karşı tarafın bu tür beyanlarını veya diğer davranışlarını nasıl anlamış olabileceklerini düşünmelerini sorduğu sorularla sağlayacaktır. Arabulucu yine aynı sorgulamayı, karşı tarafın anlayışının tespiti için de yaptıracaktır. Böylece tarafların birbirlerini daha iyi anlamasını sağlayacak ve mümkünse ortak bir çözümde tarafları buluşturup dava aşamasına taşınmadan sorunu çözmüş olacaktır.

Taraflar her ne kadar gerçek iradelerini arabulucuya bildirmese dahi, süreçte olması gereken iradenin kendileri tarafından tespiti ile birlikte anlaşmaya yanaşmaları daha kolay olabilir. Bunu bir örnekle açıklarsak, Ali, mobilyacı Ahmet ile görüşüp, açılınca masa olan bir sehpa sipariş etmiştir. Ancak Ahmet o an başka müşterileri ile de görüştüğünden dolayı dalgınlıkla açılan bir yemek masası sipariş edildiğini düşünüp açılabilen bir yemek masası yapmıştır. Ahmet mobilyayı Ali'nin evine yollamış, Ali daha az yer kaplaması amacıyla masaya dönüşebilen bir sehpa istediği için bu mobilyayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine Ahmet eser sözleşmesi çerçevesinde taraflar arasındaki uyuşmazlık nedeniy-

le alacağını tahsil edebilmek için dava açmadan önce arabulucuya başvurmuştur. Arabulucu, Ali ve Ahmet'i dinleyerek gerçek iradelerine ulaşmaktadır. Ancak bununla birlikte sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespiti amacıyla güven teorisi çerçevesinde tarafların gerçek veya farazi iradelerini de belirleyebilmek adına taraflara sözleşmenin kurulduğunu ifade ettikleri ana ve daha öncesi de dahil olmak üzere bütün durum ve koşullara ilişkin sorular sorarak hem kendisi hem de tarafların kendisi tarafından bir sonuca varılmasını sağlamalıdır. Arabulucu sorduğu sorularla taraflardan hangisinin gerekli özeni göstermediğini tarafların kendilerinin de tespit etmesini sağlayabilecektir. Bu durumda aslında Ahmet'in başka müşterilerle de ilgilenmesi nedeniyle gerekli dikkat ve özeni göstermediği ortadadır. Eğer Ahmet, dürüst ve makul bir muhatap gibi hareket edip gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, Ali'yi doğru anlayacak ve masaya dönüşebilen bir sehpa yapmış olacaktı. Hakim bu durumda yorum yaparak tarafların arasındaki eser sözleşmesinin Ali'nin gerçek iradesi ve Ahmet'in farazi iradesi üzerinden kurulduğuna karar verirdi⁹⁷. Ancak arabulucunun kesin bir karar vermesi mümkün olmamakla birlikte sorduğu sorularla tarafların gerçekçi düşünmesini sağlayarak bir yorum faaliyeti gerçekleştirmiş olmaktadır. Bunun sonucunda taraflar, arabulucunun kusurları üstlenici rolü gereği, onun üzerinden birbirlerine teklif sunarak bir anlaşma sağlayabilir.

Başka bir örnek, tedarikçi şirket A ile B adındaki alışveriş merkezi, B'nin alışveriş merkezinin kaldırımlarındaki ve otoparkındaki buzların temizlenmesi için tuzlama çalışmasının yapılması konusunda 5 yıllık bir sözleşme yapmışlardır. Sözleşmenin ilk iki yılında A şirketi tuz yerine, buz eriten bir madde tedarik etmiştir ve B bu süreçte itiraz etmemiştir. Ancak B üçüncü yıldaki kışın başında tedarik edilen maddenin tuz olmaması nedeniyle itiraz etmiştir⁹⁸. B bu durumda sözleşmeye aykırı hareket edildiği ve zararının oluştuğu iddiasıyla dava açmadan önce arabulucuya başvurup sözleşmeyi feshetmek istediğini ve zararın karşılanmasını talep ettiğini bildirir. Bunun üzerine arabulucu A'ya bir davet mektubu gönderip oturum düzenler. A ve B taraflarının aralarındaki ilişkinin durumuna göre bu oturumları ayrı ayrı yapabileceği gibi birlikte de yapabilir. Yine yukarıdaki örnekte olduğu gibi arabulucu taraflara sorular yöneltmektedir. Bu sorular sözleşmenin nasıl kurulduğuna, ne kadar süre uygulandığına, B'nin neden sözleşmeyi feshetmek istediğine yönelik olacaktır. Arabulucunun göre-

⁹⁷ Eren (n 19) 161.

⁹⁸ International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, (2016) 142.

vini yerine getirirken bir hakim kadar delil elde etmesi mümkün değildir; ama zaten amaç da bu değildir. Arabulucu sorduğu sorularla tarafların amaçlarını anlamayı, yine onların birbirlerini anlaması ile menfaatlerinin farkına varmalarını sağlayarak iki tarafın da menfaatinin korunacağı ortak bir çözümün bulunması amaçlanmaktadır. Arabulucu, süreçte tarafların duygularını iyi bir şekilde yöneterek, aslında amaçlarının “tuz” ifadesi ile buz eritici bir maddenin sağlanması olduğu ve tedarik edilen maddenin bu amacı gerçekleştirdiği noktasında tarafları buluşturduğu takdirde sorun, dava aşamasına taşınmadan halledilebilecektir. Belki taraflardan birinin veya ikisinin de anlaşmak istememesi nedeniyle anlaşma sağlanamasa dahi hakimin de dava aşamasında gerçekleştireceği yorum faaliyeti, arabuluculuk sürecinde arabulucu tarafından gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Her ne kadar arabulucunun bu süreçte hukuk bilgilerinden yararlanmayacağı ifade edilse de bu bilgilerin tamamen soyutlanması mümkün değildir. Zira böyle bir durum amaçlansaydı, arabulucuların hukukçulardan seçilmesi istenmezdi. Bunun yanında taraflar arasındaki güç dengesizliği nedeniyle yapılacak anlaşmanın adil ve hakkaniyete uygun olmayacağını öngören arabulucu, zayıf durumdaki tarafa hukuki yardım veya danışmanlık almasını önerebileceği gibi arabulucunun arabuluculuk sürecine devam edip etmemeyi de düşünmesinin gerekebileceği ifade edilmiştir⁹⁹. Yapılacak sözleşmenin adil ve hakkaniyete uygun olmayacağı değerlendirmesi hukuk bilgisi çerçevesinde yapılacağı gibi arabulucunun, sürece devam edip etmeme konusunda bir sonuca varması yine hukuk bilgisine göre yapacağı değerlendirme neticesinde olmaktadır.

Arabulucu, arabuluculuk sürecini yönetirken tarafların ortak, gerçek veya farazi iradelerini tespit edebileceği gibi, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmadığını da tespit edebilir. Başka bir ifade ile bir sözleşmenin yorumundan söz edilebilmesi için kurulmuş bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Arabulucu taraflara sorduğu sorular neticesinde, tarafların iradelerinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun olmadığını tespit edebilir. Bu durumda ortada bir sözleşme olmadığı için sözleşmenin yorumunu yapması da mümkün olmayacaktır. Böyle bir sonuçla karşılaşan arabu-

⁹⁹ Kekeç (n 1) 282-283; Emel Badur, ‘Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2021) (18) Uyuşmaz Mahkemesi Dergisi 49, 75; Özgür Oğuz ve Ece Atak, ‘İş Hukukunda Arabuluculuk Belgesinin Aşırı Yararlanma Nedeniyle İptali Durumunun İncelenmesi’ (2025) (63) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 607, 626; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı* (Üçüncü Basım 2021) 57; Çelik (n 10) 16.

lucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesini ve aralarında yeni bir sözleşme kurulmasını sağlayabileceği gibi süreci anlaşılamama ile sonlandırıp tarafların dava yoluna başvurmalarına da imkan tanıyabilir.

Son olarak arabulucunun, arabuluculuk sürecinde sözleşmeyi yorumlarken, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin yorum kurallarını dikkate aldığını, hatta koşulların zaten buna zorladığını ifade edebiliriz. Bu ilkeler çerçevesinde ilk olarak geçmişe dönük yorum kuralını değerlendirelim, arabulucu da hakim in yaptığı gibi sözleşmeyi, kurulduğu zamandaki duruma göre yorumlamalıdır. Zira sorun, sözleşmenin kurulduğu zamandaki irade açıklamaları temelinde çıkmaktadır. Bu çerçevede arabulucu, taraflara sözleşmenin kurulduğu andaki bildikleri hal ve koşullara, özellikle arabuluculuk süreci için çok önemli olan menfaat durumlarına, tarafların açıklamada bulunurken kullandıkları ifadeler ve yaptıkları davranışlara ilişkin sorularak sorarak, sözleşmenin yapıldığı ana tarafları götürüp kendi sorunlarını kendilerinin tespit edebilmelerini ve yine kendilerinin çözüm üretebilmelerini sağlamalıdır. Eğer arabulucu, aldığı cevaplar neticesinde kendisi de sorunu tespit etmiş ve taraflar bir çözüm önerisi getirememişlerse, sözleşmenin yorumunu yaparak bulduğu çözümü taraflara öneri olarak bildirebilir.

Yorum kuralları çerçevesinde ikinci olarak dürüstlük kuralını incelersek, dürüstlük kuralı, hukukun genel ilkelerinden biridir. Arabulucu da zaten görevini ifa ederken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Bu durum sözleşmenin yorumu noktasında da kendini gösterir. Dürüstlük kuralının uzantısının güven teorisi olduğundan söz etmiştik. Arabulucu güven teorisine dayanarak tarafların kendilerinin, karşı tarafın onun iradesini nasıl anlayacağını tespit etmelerini sağlayabilir. Hakim tarafından yapılan bu görev, arabulucu tarafından doğrudan gerçekleştirilemese de buna yönelik sorduğu sorularla tarafların kendilerinin tespit etmelerini sağlayabilmektedir.

Bir diğer kural sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanmasıdır. Zira sözleşme bir bütünlük oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir hükmün anlamlandırılabilmesi için diğer sözleşme hükümleri ile bağlantısı göz önünde tutularak yorum yapılması gerekmektedir. Bu kural, arabulucu bakımından da çok büyük bir önem taşımaktadır. Arabulucunun konuyu, tarafların arasındaki uyuşmazlığı ve yine yorumu gerektiren uyuşmazlık noktasını anlaması ve soracağı soruyu belirlemesi için sözleşmenin diğer hükümlerini araştırıp onlardan da yararlanması söz konusu olacaktır. Sözleşmenin amacı da sözleşmenin bütünü kapsamında yer almaktadır. Arabulucunun özellikle tarafların anlaşabilmelerini sağlaması için

tarafların, sözleşmeyi yapmaktaki amaçlarının ve menfaatlerinin farkına varmalarını sağlaması gerekmektedir. Sözleşmenin yorumu dışında arabulucunun zaten sözleşmenin tümünü dikkate alarak hareket etmesi gerekmektedir.

İncelenmesi gereken bir diğer ilke sözleşmenin lafzi yorumu yasağı kuralıdır. Arabulucu, taraflarca kendisine aralarındaki sözleşme metni verilmişse ya da irade beyanlarından söz etmişlerse, metindeki veya irade beyanlarındaki kelimelerle bağlı kalmamaktadır. Bir üst paragrafta söz ettiğimiz gibi tarafların amaçlarının ve menfaatlerinin hem arabulucu hem de taraflarca tespitinin yapılabilmesi için gerçek veya farazi iradelerine ulaşılması gerekmektedir. Bu durumda lafız yeterli değildir. Başka bir ifade ile arabulucu sözleşmenin yorumunda bu kuralı uygulamakla birlikte, arabuluculuk sürecinde de zaten bu kural yer almaktadır.

Söz edeceğimiz son yorum kuralı ise geçerlilik lehine yorum kuralıdır. Arabulucu, olabildiğince tarafları masada tutmaya çalışmakta ve uyuşmazlığın büyüyüp dava aşamasına taşınmadan çözülmesini sağlamak üzere yardımcı olmaktadır. Bunun içinde tarafların aralarında bir sözleşme varsa, bu sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmakta, eğer bu mümkün değilse de tarafların yeni sözleşme yapıp anlaşması için çalışmalar yürütmektedir. Başka bir ifade ile bu kural, sadece sözleşmenin yorumunu gerektiren sözleşme veya sözleşme hükmü hakkında şüphe bulunması durumlarında değil, her zaman uygulanmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin yorumunu gerektiren, sözleşme veya sözleşme hükmü hakkında şüphe bulunan durumda, arabulucu tarafından bu kural kesinlikle uygulanacaktır.

Arabulucu sözleşmenin yorumu faaliyetini gerçekleştirirken arabuluculuğun ilkelerine de dikkat etmelidir. Bu ilkelerden biri arabulucunun tarafsız olmasıdır. Arabulucunun tarafsız olması ilke olarak ifade edilmekle birlikte, aynı zamanda bu durumun arabulucunun görevi olduğundan da söz etmeliyiz. Arabulucu tüm süreç boyunca tarafsız kalmalıdır. Taraflara eşit muamelelerde bulunarak, müzakereleri tarafsız yürütmelidir. Başka bir ifade ile arabulucu, uyuşmazlık taraflarına tüm bilgileri eşit olarak aktarmalı ve uzmanlığından tarafların eşit şekilde yararlanmasını sağlamalıdır. Aslında bu ilke arabuluculuk sürecinin ilkelerinden olan eşitlik ilkesi ile de bağlantısını göstermektedir. Zira eşitlik ilkesi çerçevesinde taraflar, tarafsız üçüncü bir kişi tarafından yürütülen süreçte, süreç boyunca aynı haklara sahip olmaktadır¹⁰⁰. Bunun sonucu olarak

¹⁰⁰ Çelik (n 10) 15-16, 142.

da arabulucu, arabuluculuk sürecinde sözleşmenin yorumu faaliyetinde bulunurken arabuluculuk süreci ile ilgili tüm ilkelere uygun hareket edeceği gibi süreç boyunca tarafsızlığını koruyup, taraflara eşit davranmalıdır. Tarafsızlığına zarar verecek, taraflar arasındaki eşitliği bozacak davranışlardan kaçınmalıdır. Şu hususa da dikkat edilmelidir ki söz ettiğimiz konuya ilişkin bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucunun, arabuluculuk sürecinde sözleşmenin yorumu faaliyetini gerçekleştirmesi şu an için sadece fiili bir durumdur. Yine arabulucu sözleşmenin yorumu faaliyetini gerçekleştirirken yetkisini aşacak davranışlardan kaçınmalı, hukuki tavsiyelerde bulunmamalıdır.

Tüm bu değerlendirmelerimiz neticesinde, sözleşmenin yorumunun, sadece yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözümünde hakim tarafından gerçekleştirilebileceği söylene de aslında arabulucunun, arabuluculuk sürecinde de her ne kadar adlandırılmasa da sözleşmenin yorumu faaliyetini gerçekleştirdiğini ifade edebiliriz. İleride yapılacak hukuki düzenlemelerle bu faaliyet fiili bir durum olmaktan çıkıp hukuki bir zemine oturabilir. Böylece en azından sözleşmenin yorumu konusu bakımından hakimlerin görev yükünün bir nebze de olsa azalması mümkün olabilir.

Sonuç

Günümüzde uyuşmazlık çözüm yollarından ilkinin oluşturan, yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözülmesi önemini korumakla birlikte, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önemi de giderek artmaktadır. Zira bu durumu sağlayan en önemli hususlardan biri bazı dava konuları bakımından zorunlu arabuluculuğun getirilmesidir. Bu durum kişileri, arabuluculuğa ilişkin araştırma yapmaya ve bilgilenmeye yönlendirmektedir. Bu bilgi edinme çerçevesinde, arabuluculuğun yargı yolundan daha kolay olduğunun anlaşılması üzerine, kişilerin sadece zorunlu arabuluculuğa değil, ihtiyari arabuluculuğa yönelik talepleri de artış göstermektedir.

Arabulucu, tarafsız üçüncü kişi olarak uyuşmazlık yaşayan tarafların arasındaki sorunları çözmelerine yardımcı olmakta, tarafların çözüm üretemedikleri noktada kendisinin bulduğu çözüm önerisini taraflara sunmaktadır. Ancak arabuluculuğun, gönüllülük esasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm yolu olması, bağlayıcı olmayan nitelikte tavsiyelerde bulunulması nedeniyle tarafların bu öneriyi kabul etmesi zorunlu değildir. Tarafların yargı yoluna başvurma hakları bulunmaktadır.

Çalışmamızda uyuşmazlık yaşayan tarafların arabuluculuk yoluna başvurmaları durumunda, tarafların arasındaki sorunun kaynağı, aralarındaki sözleşmenin veya sözleşmenin bir hükmünün anlamının muğlak olması veya birden fazla anlama gelmesi gibi nedenler ise arabulucunun bu durumda sözleşmenin yorumu faaliyetini gerçekleştirebileceği ifade edilmiştir. Her ne kadar buna ilişkin bir düzenleme bulunmasa dahi, şu anki arabuluculuk uygulamalarında bunun gerçekleştiriliyor olması muhtemeldir.

Arabulucunun sözleşmenin yorumunu gerçekleştirebilmesini sağlayan en önemli araç, arabulucunun uyuşmazlık taraflarına konuya uygun sorular sormasıdır. Arabulucu taraflara sorduğu sorular ile tarafların ortak ve gerçek iradelerini tespit edebileceği gibi, farazi iradelerini de tespit edebilir. Ancak arabulucu hakim gibi kesin bir karar veremeyeceği için, önemli olan kendi yaptığı tespitlere, uyuşmazlık taraflarınca da ulaşılmasını sağlamaktır. Böylece taraflar gerçek veya farazi iradelerinin tespiti aracılığıyla olması gerekenin farkına varacaklardır. Bu durum onların bulacakları çözüm yollarında etkili olacaktır. Daha gerçekçi düşünceler etrafında bir çözüm üretecek ve anlaşma yolunu bulmaya çalışacaklardır. Uyuşmazlığın iki tarafının da menfaatine uygun düşen bir çözüm bulunduğu uyuşmazlık çözülmüş olacaktır; aksi takdirde tarafların yargı yoluna başvurma imkanları da bulunmaktadır.

Kaynakça

- Aksoy Dursun S, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008)
- -, 'Borçlar Hukukunda "Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)" Kuralının Uygulanması' (2018) 76 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 133-152
- Akyol Ş, *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Altop A, 'Sözleşmenin -Hükümlerinin- Yorumlanmasında Başvurulan Yorum Araçları ve İlkeleri' (2019) 11 (111) Fasikül Hukuk Dergisi 629-635
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/1, 1 (2. Baskı, Seçkin 2019)
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (11. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları 2025)
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2025)
- Avacı M, Aykanat M ve Ülker İ, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2023)
- Badur E, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmaz Mahkemesi Dergisi 49-87
- Çelik D, *Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht*, Band 23 (Verlag Dr. Kovač 2020)
- Çiçek M, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- Dalcı Özdoğan N, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti' (2017) 8 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-52
- Damar C, 'Sözleşmenin Yorumu' (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-109
- Demirsatan B, 'İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa' (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1220-1241
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Legem Yayınevi 2024)
- Esen O, 'Zorunlu Arabuluculuk ile Yeniden Müzakere Arasındaki İşlevsel İlişki: Kira Sözleşmelerinin Uyarlanması Bağlamında Normatif Bir İnceleme' (2025) 15 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2029-2067
- Esener T ve Gündoğdu F, *Borçlar Hukuku I*, (Vedat Kitapçılık 2017)
- Görgün LŞ, Börü L ve Kodakoğlu M, *Medenî Usul Hukuku* (14. Baskı, Yetkin Yayınları 2025)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021)
- Güvenç Ö, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu* (Adalet Yayınevi 2021)
- Hirsch EE, *Akitlerin Tefsiri* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti 1943)

- International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (2016)
- Kaplan İ, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2013)
- Kekeç EK, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (Adalet Yayınevi 2011)
- Kılıçoğlu Yılmaz K, 'Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1759-1771
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt (4. Bası, Filiz Kitabevi 2008)
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal Yayınevi 2016)
- Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2023)
- Oğuz Ö ve Atak E, 'İş Hukukunda Arabuluculuk Belgesinin Aşırı Yararlanma Nedeniyle İptali Durumunun İncelenmesi' (2025) (63) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 607-638
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1 (22. Bası, Vedat Kitapçılık 2024)
- Özmumcu S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha 2011)
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (13. Bası, On İki Levha 2025)
- Sarıkaya M, *Sözleşmenin Yorumu* (Filiz Kitabevi 2019)
- Sungurtekin Özkan M, 'Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi' (2005) 1 (2) Legal Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 353-369
- Şensöz A, *Medenî Usûl Hukukunda Hakem-Bilirkişilik* (On İki Levha 2025)
- Tanrıver S, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) (64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151-177
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2012)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993)
- von Thur A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Cilt: 1-2 (15) (Avukat Cevat Edege, Yargıtay Yayınları 1983)
- Yazıcı Tıktık Ç, *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı* (Üçüncü Basım, 2021)
- Yeşilirmak A, *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı* (Üçüncü Basım, 2021)

Kişisel Verilerin Hukuki Mahiyeti Üzerine Kişilik Hakkı Görüşünün Yeniden Değerlendirilmesi^(*)

Arş. Gör. Dr. Melih ARSLAN^(**)

Öz

Kişisel veri, en yalın tanımıyla “gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgi” olarak ifade edilmektedir. İnsanlık tarihi boyunca kişiyle ilişkilendirilebilir bilgiler her zaman var olmuşsa da, bu kavramın günümüzde hukukun merkezi öznelerinden biri haline gelmesi, teknolojik gelişmelerin veri işleme yöntem ve kapasitelerinde yarattığı devasa artışla doğrudan ilintilidir. Modern hukuk sistemlerinde kişisel verilerin korunması, yalnızca bir gizlilik meselesi değil; bireyin kendi verileri üzerindeki kontrolünü elinde tutarak kişiliğini serbestçe geliştirmesine olanak tanıyan bir mekanizma olarak konumlandırılmaktadır.

Kişisel verilerin hukuki mahiyetinin tespiti, sadece doktrinel bir tartışma sahası açmakla kalmamakta; aynı zamanda verilerin hukuka aykırı işlenmesi durumunda veri sorumlusunun sorumluluğuna uygulanacak hukuki rejimin tayini bakımından da kritik bir önem arz etmektedir. Bu çalışmada, kişisel verilerin mahiyetine ilişkin Amerikan menşeli ekonomik yaklaşımlar ile Avrupa menşeli insan hakları yaklaşımları mukayeseli bir perspektifle ele alınacaktır. Özellikle Türk hukuku bağlamında kişisel verilerin, özel hayatın gizliliğinin dar sınırlarını aşan ve bağımsız bir hak iddiasından ziyade, tekil ve kapsayıcı bir “kişilik hakkı”nın görünümü olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü savunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kişilik Hakkı, Kişiliğin Serbestçe Geliştirilmesi, Kişisel Veri, Kişisel Verilerin Geleceğini Tayin Hakkı, İnsan Onuru.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 17.05.2026.

Atıf Şekli: Melih Arslan, ‘Kişisel Verilerin Hukuki Mahiyeti Üzerine Kişilik Hakkı Görüşünün Yeniden Değerlendirilmesi’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 573,613.

DOI: 10.52273/sduhfd..1908444.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Rize-Türkiye.

E-posta: kalemtutanbeyin@gmail.com.

Orcid: 0000-0002-6817-2509.

Revisiting the Personality Rights View on the Legal Nature of Personal Data

Abstract

Personal data, in its simplest definition, is expressed as “any information relating to an identified or identifiable natural person.” Although information linkable to individuals has existed throughout human history, the fact that this concept has become one of the central subjects of law today is directly correlated with the massive increase in data processing methods and capacities brought about by technological advancements. In modern legal systems, the protection of personal data is positioned not merely as a matter of privacy, but as a mechanism that enables individuals to freely develop their personality by maintaining control over their own data.

The determination of the legal nature of personal data does not only open a field for doctrinal debate; it also carries critical importance in terms of designating the legal regime applicable to the liability of the data controller in cases of unlawful processing. In this study, US-based economic approaches and European-based human rights approaches regarding the nature of personal data will be addressed from a comparative perspective. Specifically, within the context of Turkish law, the thesis will be argued that personal data should be regarded as a manifestation of a singular and comprehensive “right of personality”, rather than an independent claim of right that transcends the narrow boundaries of the privacy of private life.

Keywords

Right of personality, Free Development of Personality, Personal Data, Right to Informational Self-Determination, Human Dignity.

Extended Summary

The proliferation of digital technologies across all domains of social and economic life has elevated personal data into one of the most contested subjects in contemporary law. Yet while the question of *how* personal data should be protected commands extensive scholarly attention, the anterior question of *what* personal data legally is remains underexplored. We argue that the second question is logically prior to the first: without identifying the legal nature of personal data, it is impossible to determine, with any precision, the liability regime applicable to a data controller in the event of unlawful data processing. We undertake a comparative analysis of the principal theoretical approaches that have emerged from American and European legal traditions and propose, within the framework of Turkish law, that personal data is best understood not as an independent right, but as a manifestation of the comprehensive and unitary right of personality.

Personal data is defined as any information that renders a natural person identified or identifiable. Although such information has existed throughout human history, the contemporary salience of data protection law is a direct product of exponential advances in data collection, storage, and processing capacities. The right to personal data protection should not, moreover, be understood merely as a shield against violations but as a dynamic right of participation: the data subject must be able to intervene in, and even to dominate, the processing of their own data, thereby freely shaping their personal development.

We identify two foundational intellectual traditions underlying all existing theories on the legal nature of personal data. The American tradition approaches data through an economic lens, treating it as a commodity with measurable market value, giving rise to the property rights view and the intellectual property view. The Continental European tradition, by contrast, approaches data through a human rights lens, treating it as an extension of personhood, generating the classical privacy view and the independent right view. Both traditions ultimately agree that personal data ought to be protected; their disagreement lies in the normative framework through which protection is justified.

The property rights view holds that personal data, as an economically valuable asset, should be treated as property owned by the data subject, thereby empowering individuals to negotiate fair compensation and deter over-collection by imposing a market price on data. The intellectual property view shares this orientation, drawing analogies between the data subject's prerogatives and an author's rights over creative works. We subject both views to sustained criticism. Under Turkish law, property rights require a tangible asset severed from any connection to personality-conditions that personal data fails to satisfy. More fundamentally, treating personal data as transferable property severs the constitutive bond between data and person, exposing the individual to unforeseeable harm. Both economic models mistake the economic *dimension* of personal data for its legal *essence*.

Among the human rights approaches, the classical view locates personal data protection within the right to privacy of private life. While historically coherent, this

view is today inadequate: it confines protection to information considered private, leaving publicly accessible data unguarded and offering no remedy for data that has already been disclosed. The independent right view argues that personal data protection has outgrown any pre-existing right and must now be recognised as a *sui generis* fundamental right-the right to informational self-determination-pointing to the landmark 1983 *Census Act* decision of the German Federal Constitutional Court, Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights, and the GDPR as its positive law foundations.

Our central thesis is that the debate between the classical and independent right views rests on a historically contingent and conceptually avoidable misclassification. The error originates in the mistaken subsumption of personal data protection under the right to privacy of private life-a categorisation that artificially constrained the scope of protection and eventually prompted the overcorrection of declaring an entirely independent right. We propose instead that personal data be understood as a manifestation of the right of personality: the singular, comprehensive, inalienable right that attaches to every human being from the moment of birth and encompasses all dimensions of human dignity and free personal development.

Under Turkish civil law, the right of personality is unitary, absolute, and non-transferable, protecting an open and evolving set of personality values. Virtually every category of personal data-name, image, health information, political beliefs, sexual orientation-is directly constitutive of personality. Unlawful processing of such data therefore infringes the right of personality, not some separate right. The *Census Act* decision, invoked by independent right theorists, is itself grounded in human dignity and the free development of personality-concepts that map precisely onto the Turkish right of personality under Articles 17 and 20/3 of the Turkish Constitution. The same destination reached by the German Court through the invention of a new right can thus be reached under Turkish law without any such invention.

We conclude that the legal nature of personal data is best captured by situating it as a personality value within the right of personality. Article 14(3) of the Turkish Personal Data Protection Law (KVKK), which preserves the data subject's right to compensation for personality rights violations under general provisions, implicitly confirms this classification. The liability of a data controller for unlawful data processing is accordingly to be determined by reference to the rules governing the protection of the right of personality. In advancing this thesis, we contribute not only to Turkish data protection scholarship but also to comparative and European debates on the foundational question of what personal data *is*-a question that must be settled before any coherent regime of protection can be designed.

Giriş

Dijitalleşmenin hayatın her alanına nüfuz ettiği çağımızda kişisel veriler, yalnızca hukuk öğretisinin değil; devletlerin, ticari teşebbüslerin ve nihayet bireylerin de gündelik yaşamının merkezinde kendine yer bulmaya başlamıştır. Kişinin nerede bulunduğundan hangi siyasi kanaate meylettiğine, sağlık durumundan satın alma alışkanlıklarına değin kendisine ilişkin her türlü bilginin anlamlı ve verimli bir biçimde işlenebildiği bir dünyada, kişisel verilerin hukuki himayesi münhasıran bir mahremiyet meselesini aşmış; kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının günümüzdeki en canlı görünümlerinden biri hâline gelmiştir. Bu tespit, kişisel verilerin hukuki mahiyetinin tayinini sadece öğretiyi ilgilendiren teorik bir tartışma olmaktan çıkarak ilgili kişinin başvurabileceği hukuki çarelerin belirlenmesine uzanan uygulama için hayati öneme haiz bir başlık kılmaktadır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin tartışmalar gerek yerli gerekse de yabancı literatürde ekseriyetle verinin “nasıl” korunacağı sorusu etrafında kümelanmektedir. Sahiden, gerek Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) getirdiği koruma rejimine ilişkin tahliller gerekse de veri sorumlusunun yükümlülüklerine dair yapılan çalışmalar, kişisel verinin hukuki mahiyetini -çoğu zaman örtük bir kabulle- verili saymakta; bu mahiyetin ne olduğu sorusu ise ya kısaca geçirtilmekte ya da mevcut görüşlerden birinin eleştirisiz benimsenmesiyle iktifa edilmektedir. Oysa ifade etmeliyiz ki kişisel verinin hukuki mahiyeti tespit edilmeden, veri ihlali hâlinde uygulanacak sorumluluk rejiminin -mülkiyet veya fikri mülkiyet hükümlerinin mi, kişilik hakkının korunmasına ilişkin TMK m. 24 ve devamının mı, yoksa başka bir rejimin mi devreye gireceğinin-belirlenmesi mümkün olmaz. İşte çalışmamızın kalkış noktasını oluşturan boşluk tam da budur: Kişisel verinin “nasıl” korunacağına dair geniş bir külliyat mevcutken, “ne” olduğuna dair yapılan çalışmalar yetersiz kalmaktadır. Bu boşluktan hareketle çalışmamızın cevabını aradığı temel araştırma sorusu şu şekilde formüle edilebilir: Türk hukuku bakımından kişisel verinin hukuki mahiyeti nedir; bir başka deyişle, kişisel veri; üzerinde mülkiyet veya fikri mülkiyet hakkı tesis edilebilecek ekonomik bir meta mı, özel hayatın gizliliğinin bir uzantısı mı, sonradan keşfedilmiş bağımsız bir temel hakkın konusu mu, yoksa kişilik hakkının kapsayıcı çatısı altında yer alan bir kişilik değeri midir? Bu asli soruya verilecek olan cevap, aynı zamanda ilgili kişinin başvuru yollarını da tayin edeceğinden veri sorumlusunun hukuki sorumluluğuna ilişkin belirleme yapılmasını da sağlayacaktır.

Bu soruya cevaben savunduğumuz temel tez şudur: Kişisel veri; ne üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir mülkiyet veya fikri mülkiyet konusudur, ne yalnızca özel hayatın gizliliğine sıkıştırılabilir, ne de mevcut kişilik hakkı kurumundan ayrılarak tesis edilmesi gereken bağımsız bir temel haktır. Çalışma sonucunda kişisel verinin, tekil, kapsayıcı ve devredilemez kişilik hakkının bir görünümünü teşkil ettiğini sonucuna varılmıştır. Bu görüşün kabulü hâlinde veri sorumlusunun hukuka aykırı veri işlemesinden kaynaklanan sorumluluğu, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa ilişkin mutlak ve emredici kurallar çerçevesinde tayin edilecektir.

Çalışmada kişisel veri kavramının ve hukuki mahiyetine ilişkin görüşlerin Türk ve yabancı öğretideki temsilcileri, ileri sürdükleri gerekçeler ve dayandıkları normatif zemin tahlil edilmiştir. Ayrıca kişisel verinin hukuki mahiyetine dair Amerikan menşeli ekonomik yaklaşım ile Kıta Avrupası menşeli insan hakları yaklaşımı, arkalarındaki felsefi ve iktisadi ayrılıklar dikkate alınarak mukayese edilmiştir. Ardından ise aynı hukuk düşüncesi içinde gelişen klasik görüş, bağımsız hak görüşü ve kişilik hakkı görüşü değerlendirilmiştir. Nihayetinde ise ulaşılan görüş, açıklanmıştır.

Bu minvalde çalışmamızın ilk başlığında, kişisel verinin hukuki mahiyetine dair tartışmaya sağlıklı bir zemin teşkil etmesi bakımından kişisel veri kavramının ele alınacaktır. İkinci başlıkta kişisel verinin hukuki mahiyeti hakkında öğretilerde ileri sürülen görüşler; Amerikan menşeli ekonomik görüş altında yer alan mülkiyet ve fikri mülkiyet görüşleri ile Kara Avrupası menşeli klasik görüş, bağımsız hak görüşü ve nihayet savunduğumuz kişilik hakkı görüşü başlıkları altında tahlil edilecek; her bir görüşün kuvvetli ve zayıf yönleri değerlendirildikten sonra varılan kanaat ortaya konulmuştur.

I. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel verinin hukuki mahiyetini derinlemesine incelemeyden önce yapılması gereken ilk şey, kişisel verinin ne olduğunu anlamaktır. Kişisel veri, “*gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgi*” dir. Tarihin her döneminde gerçek kişi ile ilişkilendirilebilir bilgiler olacağından kişisel verinin tarih kadar eski olduğu dile getirilebilir.¹ Buna karşın kişisel verilerin korunması dü-

¹ Önceleri kişisel verilerin korunmasının gerekçesi, mahremiyet olarak görülüyordu ve mahremiyet insanın var olduğu her dönemde korunmuş bir değerdir, Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis, ‘The Right to Privacy’, (1899) 4 (5) Harvard Law Review 193, 193; Will Thomas Dev-

şüncesinin bu çağda parlamasının nedeni, teknolojinin gelişmesi ile işleme türlerinin ve yöntemlerinin artışıdır.²

Kişisel veriyi örnekler üzerinden açıklamanın kişisel verinin anlaşılmasına katkı sağlayabilir. Bir gerçek kişinin, adı-soyadı, telefon numarası, ikametgahı, görüntüsü, kişiyi belirlenebilir kılması koşuluyla kişinin gizli, sır ve herkese açık alanında gerçekleştirdiği faaliyetler, hobileri, ırkı, dini, siyasi, felsefi fikirleri, sağlık durumuna ilişkin bilgiler, vergi veya sigorta bilgilerini kişisel veriye örnek kabilinden sayılabilir. Gerçek kişiyi belirli kılmasa dahi belirlenebilir kılan her türlü bilgi kişisel veri teşkil edeceğinden mezkûr kavrama ilişkin örneklerin sıırlayıcı bir biçimde sayılarak tüketilmesi imkansızdır.

Kişisel verilerin korunması ile ulaşılabacak olan nihai amacı, yalnızca kişisel verilerin ihlalini önlemekten ibaret görmemek gerekir. Kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterdikten sonra süreç hakkında bilgi alma, kişisel verilerin düzeltilmesini veya silinmesini isteme gibi taleplerde bulunmak da bu hakkın akislerindedir. O halde kişisel verilerin korunmasını, korumanın ötesinde sürece müdahil olma olarak görmek gerekir.

Kişisel veriler özel hayatın gizliliğinden ifade özgürlüğüne, dini inanç ve kanaat özgürlüğünden bilim ve sanat özgürlüğüne kadar pek çok temel hakla yakından ilişkilidir. Kişisel verilere yönelik bir ihlal, ilgili kişilerin birden çok

ries, 'Protecting Privacy in the Digital Age', (2003) 18 (1) Berkeley Technology Law Journal 283, 284; nitekim kutsal kitabımız olan Kur'an-ı Kerim'deki Hucurât suresinin 12. Ayetinde 'Birbirinizin gizli hallerini araştırmayın.' buyurulmaktadır. Başlarda mahremiyete tanım getirme mecburiyeti doğmamıştı bu sebeple de kesin bir biçimde tanımlanmaktan kaçınılmaktaydı. Ancak kanun koyucuların bu kavrama veya bu kavramı kapsamına alan kavramlara kanun metinlerinde yer vermeye başlaması ile mahremiyetin tanımlanmasını gerektirdi. Zira muğlak, geniş ve yetersiz tanımlar kanun koyucuların korumasını da anlamsız hale getiriyordu, Woodrow Hartzog, 'What is Privacy? That's the Wrong Question', (2021) 88 (7) The University of Chicago Law Review 1677, 1677-1679; Mahremiyet, Amerika Yüksek Mahkemesi tarafından tanınmış bir kavram olsa dahi mahremiyet alanı muğlaktır ve bilgi mahremiyetinin yer aldığı birkaç tartışmada Yüksek Mahkemenin diğer hakları üstün bulma eğilimi kendini göstermektedir. Bilgi mahremiyetini sağlamak için yapılması gerekenin, teknoloji kadar ince ve çok yönlü bir yanıt verilmesi olduğu ifade edilmektedir, A. Michael Fromkin, 'The Death of Privacy?', (2000) 52 (5) Stanford Law Review 1461, 1541,1543.

² Bugün ilgili kişinin her kredi kartı işlemi, her banka hareketi, her dijital aboneliği, internette araştırdığı her şey kaydedilir ve kişiyle ilişkilendirilir. Oysa geçmişte hem bu kadar veri kaydedilmiyordu hem kaydedilse dahi fiziki olarak kaydedildiğinden belirli bir hacimden sonra doğal olarak işlenemiyor veya imha ediliyor ve böylece kaydedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkıyordu. Bugün ise hem hacim bakımından çok fazla veri tutuluyor hem de bu veriler geçmişle mukayese edilemez bir güçte işlenebiliyor. İşte kişisel verilerin modern dünyada gündeme gelmesinin sebebi budur, Devries (n 1) 291-292.

temel hak ve özgürlüğünü aynı anda etkileyebilir. Bu sebeple de kişisel verilerin korunması görüldüğünden daha önemlidir. Ayrıca teknolojinin toplama, saklama, işleme, analiz etme ve paylaşma bakımından varmış olduğu yer de düşünüldüğünde kişisel verilerin korunmasının önemi daha belirgin hale gelir.³

Kişisel verilerinin korunması sonucunda ilgili kişi, sürece müdahil olabilecek hatta süreci domine edebilecek ve böylece kendisinin kişisel verilerinin kaderini kendisi takdir edebilir.⁴ Mezkûr hak sayesinde ilgili kişinin, kişisel verileri hakkında özgür bir biçimde kararlar alarak kişiliğini geliştirmesine imkân sağlanmış olunur.⁵ Gerçekten kendisinin kayıt altında tutulduğunu düşünen bir kişinin, dilediği gibi hareket etmesi çok zordur, buna karşılık kayıt altına alınanların kendisinden beklenen şekilde hareket etmesi ise olasıdır.⁶ İnsan teklerinin kişiliğini serbestçe geliştirememesi, -toplumun insan teklerinin birleşimi olması sebebiyle- toplumun geri kalmasına sebebiyet verir.⁷ Kişisel verilerin korunması

³ Francis Cheneval, 'Property rights of personal data and the financing of pensions', (2021) 24 (2) Critical Review of International Social and Political Philosophy 253, 253; Hartzog (n 1) 1682.

⁴ Stefano Rodotà, 'Data Protection as a Fundamental Right', Serge Gutwirth, Yves Pouillet, Paul Hert, Cécile Terwangne ve Sjaak Nouwt (eds), *Reinventing Data Protection?* (1st edn, Springer 2009) 78-79; Paul Schwartz, 'The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination', (1989) 37 (4) The American Journal of Comparative Law 675, 676-677; Gerrit Hornung ve Christoph Schnabel, 'Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination', (2009) 25 (1) Computer Law & Security Report 84, 86; Bayram Doğan, *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 81; Murat Volkan Dülger, 'İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması', (2018) 5 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 74; Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Beta Basım 2014) 44; Serdar Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 31; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Beta Basım Yayın 2008) 111; Onur Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 46.

⁵ Begüm Becer, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişilik Haklarının Korunması' (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2021) 43; Schwartz (n 4) 683; Hornung ve Schnabel (n 4) 85-86; Çelikel (n 4) 31; Şimşek (n 4) 112; Doğan (n 4) 81; Akgül (n 4) 44; Dülger (n 4) 74.

⁶ Senem Ovaloğlu Seyis, *Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 64-65; Hornung ve Schnabel (n 4) 85-86; Rodotà (n 4) 81; Schwartz (n 4) 683; Şimşek (n 4) 112; Becer (n 5) 44; Çelikel (n 4) 31-32.

⁷ Canan İmançlı, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 64; Schwartz (n 4) 676; Hornung ve Schnabel (n 4) 85-86; Becer (n 5) 43-44; Şimşek (n 4) 114.

hakkı, bireyler için tanınmış gibi görünse de aslında toplum bakımından kilit bir nitelik arz etmektedir. Sözgelimi belirli eylemlere katılan veya siyasi konularda görüşlerini açıklayan kişilerin kişisel verilerinin kayıt altına alınması suretiyle bu kişilerin memur olmasının engellenmesi, kişilerin diledikleri gibi hareket etmesini ve böylece haklarını kullanmasını engellenebilir.⁸

İlgili kişinin kendi kişisel verilerinin işlenmesi sürecinde söz sahibi olması gerektiğinden, ilgili kişinin rızası hilafına veya kanuna aykırı bir biçimde gerçekleştirilen işlemlerin ilgili kişinin kişisel verilerine ilişkin hakkını ihlal ettiği ifade edilebilir.⁹

II. Kişisel Verilerin Hukuki Mahiyeti

Kişisel verilerin korunması hakkının hukuki mahiyetinin tespiti, ilgili kişinin kişisel verilerinin hukuka aykırı işlendiği durumlarda veri sorumlusunun sorumluluğuna uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesini sağlamaktadır.¹⁰

Kişisel verilerin korunması hakkının hukuki mahiyeti başlığı altında incelenecek dört görüş, iki ana koldan doğmaktadır. Bu iki ana kolun doğma nedeni, kişisel verileri korumanın niçin gerektiği hususuna bakıştaki temel farklılıktır. Veriye, ekonomik bir çerçeveden bakan Amerikan yaklaşımı kişisel veriyi, -mali değeri baskın olması sebebiyle- üzerinde tasarruf edilebilecek bir mal olarak gördüğünden, bu mali çıkarın korunması gerektiğini savunur; Avrupa yaklaşımı

⁸ Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (3. Baskı, Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık 2020), 76; Hornung ve Schnabel (n 4) 85-86; Rodotà (n 4) 81; Şimşek (n 4) 113-114.

⁹ Akgül (n 4) 44-45; Çelikel (n 4) 31; Dülger (n 4) 74; Şimşek (n 4) 112; Baskın (n 4) 46; Becer (n 5) 45.

¹⁰ Mehmet Akçaal ve Adem Yelmen, 'Kişisel Verilerin Kişilik Hakları Bakımından Değerlendirilmesi', Kemal Şenocak (ed), *Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 81, 84; Sinan Sami Akkurt, 'Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış', (2020) 2 (1) *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 20, 21; Büşra Merve Kılınç Sucu, *Temel Hak Boyutuyla Kişisel Verilerin Korunması* (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022) 21; Berrak Yılmaz, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 53; Buket Günay, *Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 55; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 51; İmançlı (n 7) 50; kişisel verinin hukuki mahiyetinin tespit edilmesi kimlerin kişisel verisinin olabileceği hususunu açıklığa kavuşturmaya da katkı sunmaktadır, Melih Arslan, 'Kişisel Veri ve Tüzel Kişiler', Nuran Koyuncu (ed), *V. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi (2025) Tam Metin Kitabı* (1. Baskı, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları 2025) 649, 656 vd.

ise konuya insan hakkı perspektifinden bakarak burada korunması gereken çıkarın doğuştan var olan bir hak olduğunu ifade etmektedir.¹¹

Kişisel verilerin korunması hakkının hukuki mahiyeti hakkındaki iki ana görüş; iki ayrı düşünce yapısının doğurduğu, iki ayrı sonuçtur. Mezkûr sonuçların doğmasına sebebiyet veren bu iki ayrı düşünce yapısından Amerikan düşünce-sine göre piyasa kendi başının çaresine bakacak ve dengeye kavuşacaktır.¹² Ayrıca Amerika'daki özgürlükçü yaklaşım sebebiyle kanun koyucunun, insan haklarının tek ve en önemli koruyucusu olarak düşünülmemesi gerektiği de savunulmaktadır, onlara göre en az yöneten hükümet en iyisidir.¹³ Bu sebeple de kişisel sorumluluğun esas olması gerekliliğinden yola çıkarak, kişisel verileri

¹¹ Corien Prins, 'When personal data, behavior and virtual identities become a commodity: Would a property rights approach matter?', (2006) 3 (4) SCRIPT-ed 270, 272; Pamela Samuelson, 'Privacy as Intellectual Property?', (2000) 52 (5) Stanford Law Review 1125, 1170; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 67; Seda İrem Çakırca, *Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023) 60; Firdevs Yüzbaşı Tobaz, *Avrupa ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2023) 51; Hazar Can Kıpçak, *Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 27; Fatma Koç, *İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 53; Zeynep İdil Yel Eserol, *Uluslararası Düzenlemelerde Kişisel Verilerin Korunması ve Türk Mevzuatına Göre Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2024) 4; Derya Deniz Kütük, *Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve İstisnalar* (Yüksek Lisans Tezi, Gebze Teknik Üniversitesi 2022) 21; Akkurt (n 10) 21-22; Kılınç Sucu (n 10) 21; Çelikel (n 4) 33; Dülger (n 4) 76; İmançlı (n 7) 50; Yılmaz (n 10) 53; Günay (n 10) 55; Dülger (n 8) 77; Baskın (n 4) 47.

¹² Lawrence Lessig, 'Privacy as Property', (2022) 69 (1) Social Research: An International Quarterly 247, 257; Pamela Samuelson, 'A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy', (1999) 87 (3) California Law Review 751, 756; Corien Prins, 'Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity', Guibault, Lucie ve Hugenholtz, P. Bernt, (eds) *The Future of the Public Domain, Identifying the Commons in Information Law (Information Law Series; No. 16)*, (Kluwer Law International 2006) sa. 223-257, 224; Richard J. Peltz-Steele, 'The Pond Betwixt: Differences in the U.S.-EU Data Protection/Safe Harbor Negotiation', (2015) 19 (1) Journal of Internet Law 14, 20; Efe Lawrence Ogbeide, 'Delineating the Legal Framework for Data Protection: A Fundamental Rights Approach or Data Propertization?', (2022) 20 (1) Journal of Law and Technology 23, 35; Yel Eserol (n 11) 16; Amerika'daki bir diğer öneri ise şirketlerin 'kendi kendini düzenlemesi'dir. Öz düzenlemenin hayali bir yaklaşım ve hiç düzenleme yapmamakla aynı olduğu ifade edilmektedir Mark A. Lemley, 'Private Property', (2000) 52(5) Stanford Law Review 1545, 1554; Samuelson (n 12) 757.

¹³ Lemley (n 12) 1545; Samuelson (n 12) 756; Lessig (n 12) 257; Ogbeide (n 12) 35; Peltz-Steele (n 12) 20; Baskın (n 4) 48; Amerika'da kimi yazarlar kişisel verilerimizin korunması için devlete güvenmek ile tilkiye kümes emanet etmek arasında çok fark olmadığını ifade etmektedir, Peltz-Steele (n 12) 22.

korumanın en iyi yolu mülkiyet yaklaşımı olduğunu düşünürler, onlara göre kişiler kendi mahremiyetleri için pazarlık etmelidir.¹⁴ Kara Avrupası ise hükümetleri özgürlükleri teşvik edici, düzenleyici nitelikte görür yani devletin olumlu bir görevi vardır.¹⁵ Ayrıca Avrupa, piyasaya Amerika kadar güvenmeme eğilimdedir. Bu düşünce farklılıkları, kişisel verilerin korunması hukukunda da ifade edilen görüş ayrılığına sebebiyet vermiştir.

Amerikan düşüncesi için Avrupa sistemi, tembelliğin ödüllendirildiği, her insani münasebete müdahil bir devlet görüntüsü arz ederken; Avrupa düşüncesi için Amerikan sistemi, her şeye muktedir olduğu vehmedilen Amerikan dolarının esiri olmuş şirketlere boyun eğmenin kurtarıcı tek yol olduğunu düşünen bir yapı şeklinde görünmektedir.¹⁶ Oysa dünyaya bambaşka iki açıdan bakan bu iki görüş de kişisel verilerinin korunmasının gerekip gerekmediğini değil, kişisel verilerin nasıl daha iyi bir şekilde korunacağını tartışmaktadır.¹⁷ Kişisel verilerin korunmasının hukuki mahiyeti hakkındaki görüşleri oluşturan ana kolların ilki, “Amerikan Rüyası”ndan kaynaklanmakta iken; ikincisi Avrupa’nın bakış açısını yansıtmaktadır.¹⁸ Bu farka paralel olarak Amerika’da veri ekonomisinden söz edilirken; Avrupa da veri toplumundan bahsedilmektedir.¹⁹

Amerikan düşüncesi, kişisel verileri, kişilikten soyutlayarak ekonomik değere sahip olma vasfını öne çıkarmaktadır.²⁰ Amerikan Anayasasında kişisel verile-

¹⁴ Samuelson (n 12) 756-757; Lessig (n 12) 257; Peltz-Steele (n 12) 25.

¹⁵ Peltz-Steele (n 12) 20; Lemley (n 12) 1545; Samuelson (n 12) 757.

¹⁶ Peltz-Steele (n 12) 25; sayılanların dışında başka farklar olduğu da ifade edilmektedir. Öncelikle Amerikan düşüncesi teknolojinin sorunların çözümüne katkı sunacağını düşündükleri için teknolojik gelişmeleri destekleyici bir bakış açısı ile olaylara yaklaşmaktadır. Bunun yanında Amerikan halkının proaktif düzenlemelerden ziyade reaktif düzenlemeleri benimsemeye meyyal olduğu ifade edilmektedir, Samuelson (n 12) 756-757.

¹⁷ Lemley (n 12) 1545; Prins (n 11) 272.

¹⁸ Samuelson (n 12) 1170; Prins (n 11) 272; Günay (n 10) 55; Doğan (n 4) 82; Kılınç Sucu (n 10) 21; Dülger (n 8) 78; Yılmaz (n 10) 53; Çelikel (n 4) 33; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 51; İmançlı (n 7) 50-51; Küzeci (n 11) 67; Dülger (n 4) 76; Baskın (n 4) 47; Kıpçak (n 11) 27-28; Koç (n 11) 53.

¹⁹ Steven A. Bibas, ‘A Contractual Approach to Data Privacy’, (1994) 17(2) Harvard Journal of Law & Public Policy 591, 598; Habip Bozkurt, *Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuki Boyutu* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2021), 42; Samuelson (n 12) 1170; Küzeci (n 11) 67; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 51; İmançlı (n 7) 51; Kütük (n 11) 21; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 51; Çakırca (n 11) 61; Kılınç Sucu (n 10) 21; Baskın (n 4) 47; Kıpçak (n 11) 27; Koç (n 11) 53.

²⁰ Dülger (n 8) 78; Akkurt (n 10) 22; Çakırca (n 11) 61; Akgül (n 4) 44; Yılmaz (n 10) 53; Kılınç Sucu (n 10) 21; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 51; Günay (n 10) 55; Doğan (n 4) 82; Bozkurt (n 19) 42; Dülger (n 4) 76; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 52; Çelikel (n 4) 33; Baskın (n 4) 47; Koç (n 11) 53.

rin korunması hakkını anımsatacak bir temel hak da düzenlenmemiştir. Bu sebeple, Amerika’da, kişisel veriler sıkı ve anayasal düzeyde kuşatıcı bir koruma rejimine sahip olmadan, sektörel düzenlemelerle korunmaya çalışılmaktadır.²¹ Buna karşılık Avrupa menşeli düşünce ise kişisel verilerin insan hakları ile dairesel teması içinde olduğunu hatta bununla kalmayıp göbekten bağlı olduğunu kabul ederek yola çıktığından, koruma rejimi, kişilik hakkının korunmasına ilişkin esaslara göre belirlenmektedir.²² Nitekim gerçek kişi ile ilgili olan bilgiler, gerçek kişinin kişiliği ile de ilgili olacağından, kişisel veriler ile kişilik arasında doğrudan bir bağlantı söz konusudur.²³

A. Ekonomik Görüş

Amerikan menşeli ekonomik görüş, kendi içinde iki başlık altında incelenecektir. Her ikisi de iktisadi bir bakışı temel alan bu görüşler, mülkiyet hakkı görüşü ve fikri hak görüşü olarak ayrılmaktadır.

1. Mülkiyet Hakkı Görüşü

Mülkiyet hakkı görüşünün temelinde kişisel verilerin ticari bir değeri haiz olması yatmaktadır. Bugün kişisel verilerin petrol olarak nitelendirilmesi sıradan bir benzetmedir ancak benzetme ilerletilerek denebilir: teknolojik dön-

²¹ Egoiyo Lorrita Okoro, *Death and Personal Data in the Age of Social Media* (Yüksek Lisans Tezi, Tilburg University 2018) 9; Peltz-Steele (n 12) 17,21; Ogbeide (n 12) 24; Samuelson (n 12) 1127-1128; Schwartz (n 4) 694; Dülger, *İnsan Hakları*, 76; Çelikel (n 4) 33; İmançlı (n 7) 51; Kılıncı Sucu (n 10) 22; Baskın (n 4) 48; Kıpçak (n 11) 27; Koç (n 11) 53; Doğan (n 4) 82; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 52; Küzeci (n 11) 67-68; Akgül (n 4) 44; Dülger (n 8) 78; Günay (n 10) 55; bunun sebebi Amerikan kafa yapısındaki farklılıktır. Onlara göre yasal çözümlerin esnek olmayan doğaları, bilgi ekonomisinin akışkan yapısı ile başa çıkmakta umulan katkıyı sunamayacaktır, Bibas (n 19) 603.

²² Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Çakmak Yayınevi 2010), 56; Küzeci (n 11) 73; Dülger (n 8) 78; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 52; Çelikel (n 4) 34; Yılmaz (n 10) 54; Akgül (n 4) 44; Çakırca (n 11) 60; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 51; Koç (n 11) 54; Avrupa’da kişisel verilerin ifade ettiğimiz biçimde korunmasının sebebi olarak, kişisel verilerin kötüye kullanılması özellikle de Nazi Almanyası’nda meydana gelenler gösterilmektedir, Viktor Mayer-Schönberger, *Delete the Virtue of Forgetting in the Digital Age* (4th edn, Princeton University Press 2011), 141; Peltz-Steele (n 12) 25; Samuelson, *Property*, 1143; Dülger (n 4) 77; Akkurt (n 10) 25; Aksoy (n 22) 56-57; Bozkurt (n 19) 38; Dülger (n 8) 80.

²³ Gökçe Filiz Çavuşoğlu, *Kişisel Verilerin Yapay Zekayla İşlenmesinden Doğan Özel Hukuk Sorunları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 33; Küzeci (n 11) 74; Yılmaz (n 10) 54; Bozkurt (n 19) 38; Akgül (n 4) 45; Aksoy (n 22) 56; Ayrıca hem kişisel verilerin korunması hakkı hem de kişilik hakkı, kişinin kendisini geliştirmesini güvence altına alan haklardır.

şüm nedeniyle kişisel veriler, firmaların atılımı ve çağa ayak uydurabilmeleri için gerekli altyapı veya itici bir güç mahiyetindedir tıpkı geçen yüzyılda petrolün olduğu gibi.²⁴

Ticari bir değeri haiz olan kişisel verilerin bedel karşılığında devredilebileceğinin kabul edilmesinin gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre kişisel verinin en karakteristik özelliği, kişiliğin ürünü olmasıdır.²⁵ Bilhassa Amerika'da²⁶ savunulan mülkiyet hakkı görüşü, adından da anlaşıldığı üzere kişisel verilerin mülkiyet hakkının²⁷ konusu olduğunu ifade etmektedir.²⁸ Kişisel

²⁴ Ivan Stepanov, 'Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right - an evaluation', *International Review of Law*, (2020) 34 (1) *Computers & Technology* 65, 65; Paul M. Schwartz, 'Property, Privacy, and Personal Data', (2004) 117 (7) *Harvard Law Review* 2056, 2056; Ogbeide (n 12) 32; doğrusu veri sorumluları bu değerli madeni ellerinden geldikçe verimli bir şekilde işliyorlar. Sosyal mecralardaki hedefli reklamlar insanlara o kadar iyi hitap ediyor ki insanlar, telefonların bulundukları ortamları dinlediklerini düşünüyorlar, Luis Miguel M. del Rosario, 'On the Propertization of Data and the Harmonization Imperative', (2022) 90 (4) *Fordham Law Review* 1699, 1701; Kaitlyn Tiffany, *The Perennial Debate About Whether Your Phone is Secretly Listening to You, Explained*, VOX, T.31.12.2018, Erişim Tarihi: 18.02.2026 <https://www.vox.com/the-goods/2018/12/28/18158968/facebook-microphone-tapping-recording-instagram-ads>; sosyal mecraların bizi dinlediği düşüncesinin hem doğru hem yanlış olduğu hususunda detaylı bilgi için bkz. Tiffany; kişisel verilerin ticari değeri sebebiyle toplum giderek mahremiyet düşmanı bir hale bürünmektedir, Rodotà (n 4) 77; Prins (n 11) 273; Prins (n 12) 226.

²⁵ Abdülhamid Zor, *Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin İhlalinden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 60; Esra Tepe, *Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 43; İlknur Deniz, *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve KVKK Kapsamında Korunması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 86; Doğan (n 4) 83; Akkurt (n 10) 22; Akgül (n 4) 73; Aksoy (n 22) 57; Baskın (n 4) 47; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 53; İmançlı (n 7) 52; Yılmaz (n 10) 54; Bozkurt (n 19) 41-42; Yel Eserol (n 11) 15; Koç (n 11) 54.

²⁶ Bu görüşün temellerinin 1950'li yıllara dayandığı ifade edilmektedir, Giorgio Resta, 'The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives', (2011) 26 *Tulane European & Civil Law Forum*, 33, 48 vd.

²⁷ Amerikan hukuku bakımından tartışma mülkiyetin olup olmadığından ziyade varlığı mutlak olan mülkiyetin kimin mülkiyeti olduğu konusundadır. Veri her ne kadar temelde ilgili kişininmiş gibi görünse de veri sorumlusunun analiz faaliyetleri ve diğer verileri ile birleştirmesi hususlar sebebiyle böyle bir tartışma söz konusudur, Nadezhda Purtova, 'The illusion of personal data as no one's Property', (2015) 7 (1) *Law, Innovation and Technology* 83, 84 vd; Cheneval (n 3) 256 vd.

²⁸ Nadezhda Purtova, 'Property rights in personal data: Learning from the American discourse', (2009) 25 *Computer Law & Security Review*, 507, 507; Chris Berg ve Sinclair Davidson, 'Selling Your Data Without Selling Your Soul Privacy, Property, and the Platform Economy', *Competitive Enterprise Institute, Issue Analysis* 2019 (4), <<https://cei.org/sites/default/files/data-privacy-paper-final.pdf>>, 17, Erişim Tarihi: 25.02.2026; Muhammet Emirhan Havan, *Kişisel Verilerin Sözleşmeye Konu Olması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 116; Oğulcan Özkan,

verilerin korunmasının ve kişiliğin ekonomik açıdan sömürülmesinin önlenmesi için en efektif yolun, mülkiyet hakkı görüşü olduğu savunulmaktadır.²⁹

Mülkiyet görüşü savunucuları, ilgili kişilerin verilerine sahip olmanın başlı başına bir güç teşkil ettiği çağımızda veri sorumlularının, mezkûr veriler aracılığıyla kazanç sağlarken ilgili kişinin bundan mahrum kalmasının doğru olmadığını, ilgili kişinin de “*adil bir karşılık*” alması gerektiğini belirtmektedirler.³⁰

Kişisel verilerin mülkiyet hakkının konusu olduğunu kabul ettikten sonra ilgili kişinin kişisel verilerini bedeli mukabilinde devretmesi mümkün hale gelecektir.³¹ Ayrıca mezkûr görüş kapsamında veri sorumlularının, kişisel veriler

Kişisel Verilerin Korunması (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020), 21; Prins (n 12) 224; Samuelson (n 11) 1127,1132; Prins (n 11) 272; İmançlı (n 7) 52; Dülger (n 8) 78; Çelikel (n 4) 35; Doğan (n 4) 83; Yılmaz (n 10) 54; Akçaal ve Yelmen (n 10) 84; Akkurt (n 10) 22; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 54; Dülger (n 4) 76; Çakırca (n 11) 61; Aksoy (n 22) 57; Küzeci (n 11) 68; Tepe (n 25) 43; Günay (n 10) 55; Bozkurt, 41; Akgül (n 4) 73; Deniz (n 25) 86.

²⁹ Edward J. Janger, ‘Privacy Property, Information Costs, and the Anticommons’, (2003) 54 (4) Hastings Law Journal 899, 929; Purtova (n 27) 86; Lessig (n 12) 247, 256-257; del Rosario (n 24) 1704; Prins (n 11) 274; Purtova (n 28) 515; Prins (n 12) 227; Çelikel (n 4) 35; Kılınç Sucu (n 10) 22; Kütük (n 11) 21; Deniz (n 25) 86; Havan (n 28) 117; Koç (n 11) 54; Akgül (n 4) 73; Küzeci (n 11) 68-69; Bozkurt (n 19) 42; böylece kişilere mahremiyeti tercih etme ya da etmeme şeklinde bir tercih hakkı sunulabilir. Kişinin kendisinin verdiği bir kararın, kanun koyucu tarafından dikte edilen bir yaklaşıma nazaran daha tercihe değer olduğu ifade edilmektedir, Ogbeide (n 12) 31; Bibas (n 19) 592.

³⁰ Paul Jurcys, Chris Donewald, Jure Globocnik ve Markus Lampinen, ‘My Data, My Terms: A Proposal for Personal Data Use Licenses’, (2020) 33 Harvard Journal of Law & Technology, 1, 7; Samuelson (n 11) 1132; del Rosario (n 24) 1714; Prins (n 11) 274; Akgül (n 4) 74; Doğan (n 4) 83; Çelikel (n 4) 38; Zor (n 25) 60-61; Çakırca (n 11) 62; Günay (n 10) 55; İmançlı (n 7) 53; Akkurt (n 10) 22; Aksoy (n 22) 58; Tepe (n 25) 43; bugün ilgili kişilerin kişisel verileri karşılığında elde edebildikleri tek şey, karşılığı kişisel verileri ile ödenmesine rağmen ücretsiz görünen dijital hizmetler ve indirimlerdir. Buna karşılık ilgili kişilerin kişisel verilerinin değerinin farkına varması halinde, ‘fiilen metalaşmış’ kişisel verileri karşılığında ‘adil bir karşılık’ elde etmelerinin mümkün olacağı ifade edilmektedir, Ogbeide (n 12) 32; Prins (n 12) 228-229; del Rosario (n 24) 1714; Prins (n 11) 277; nitekim bugün Google, kişisel verilerinin işlenmesine izin verenlere daha fazla depolama alanı sunmasının yanında, gizlilik politikasında da Google’ın satılması halinde kişisel verilerin aktarılma hakkını saklı tuttuğunu ifade etmektedir: ‘In the event of a transfer of ownership of Google Inc., such as acquisition by or merger with another company, we will provide notice before any personally identifying information is transferred and becomes subject to a different privacy policy.’, <<http://google.com/intl/en/mobile/xhtml/privacy2.html>>; <<https://policies.google.com/privacy/archive/20010104-20040701?hl=en>>.

³¹ Maria Bottis ve George Bouchagiar, ‘Personal Data v. Big Data: Challenges of Commodification of Personal Data’, (2018) 8 Open Journal of Philosophy, 206, 206; Melisa Nur Balci Şahin, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (1.Baskı, Yetkin Yayınları 2024) 90; Nihat Özbek, *İşverenin Kişisel Verileri Koruma Borcu* (1.

karşılığında bir bedel ödemek zorunda kalmasının veri sorumlularını daha az veri işlemeye yönltebileceği savunulmaktadır.³²

Kişisel veriler karşılığında bedel pazarlığının gerçekleşmesi sırasında kişisel verilerin işleme amaçları, işleme süresi gibi alt başlıklarda ilgili kişi lehine sonuçlar alınabileceği öne sürülse de genellikle veri sorumlusunun güçlü, ilgili kişi güçsüz konumda olduğu bir pazarlık süreci gerçekleşeceğinden, pazarlıktan çoğu durumda bahse konu görüşü savunanların hedeflediği verimde sonuç alınamayacaktır.³³ Pazarlıkta güçlü olan tarafın veri sorumlusu olsa da bu yöntem veri sorumluları için de pek çok mahzur barındırmaktadır. Öncelikle her veri için pazarlık yapılması gerekeceği için işlem süreleri ve/veya maliyetleri artacaktır.³⁴ İşlem süresini kısaltmak isteyen veri sorumlusunun maliyetten; maliyeti kısmak isteyen veri sorumlusunun ise işlem süresinden fedakârlık yapması gerekecektir. Veri sorumluları bakımından bir başka mahzurun da hem

Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024) 14; Prins (n 11) 279,280; Samuelson (n 11) 1128,1132; Peltz-Steele (n 12) 25; Ogbeide (n 12) 31; Prins (n 12) 232; Aksoy (n 22) 64; İmançlı (n 7) 53; Yel Eserol (n 11) 15; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 54; Dülger (n 8) 78; Doğan (n 4) 83; Baskın (n 4) 48; Çakırca (n 11) 61; Akkurt (n 10) 22; Zor (n 25) 60; Koç (n 11) 29; Havan (n 28) 117; Deniz (n 25) 86-87; Dülger (n 4) 76; Kütük (n 11) 21-22; Özkan (n 28) 22; Küzeci (n 11) 69; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 54; Çavuşoğlu (n 23) 37; bu sayede mahremiyetini daha fazla önemseyen bir kişi daha yüksek bir bedel, daha az önemseyen bir kişi ise daha az bir bedel talep edebilecektir. Oysa genel bir çözümün, yüksek mahremiyet talep edene daha az, düşük mahremiyet talep edene daha çok vermek suretiyle verim sağlayamayacağı ifade edilmektedir. Serbest piyasanın bilgiyi fiyatlandırmasının merkezi bir çözüme kıyasla daha verimli olacağı savunulmaktadır, Bibas (n 19) 604-605,609; Ogbeide (n 12) 31; Samuelson (n 12) 770-771.

³² Prins (n 12) 232; Samuelson (n 11) 1129; Prins (n 11) 279; Doğan (n 4) 85; Akkurt (n 10) 22; Kütük (n 11) 21; Yılmaz (n 10) 54; Özkan (n 28) 22; Küzeci (n 11) 69; İmançlı (n 7) 53; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 54; Özbek (n 31) 14; Balci Şahin (n 31) 90; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 54; Havan (n 28) 119; Yel Eserol (n 11) 15; Zor (n 25) 60; Çelikel (n 4) 35; Bozkurt (n 19) 42; özellikle bankalar ve finans kuruluşları, müşterilerinin kişisel verileri şekline bürünmüş bir altın üzerine oturduklarını fark ettiler. Verilerin parasal karşılığının büyüklüğü ve veri miktarı ile birlikte parasal karşılığın da geometrik olarak büyümeye devam etmesi sebebiyle veri sorumlularının, bir servete mal olsa bile ilgili kişilere ödeme yapacağı ifade edilmektedir, Devries (n 1) 298; Ogbeide (n 12) 26.

³³ Jurcys, Donewald, Globocnik ve Lampinen (n 30) 6; del Rosario (n 24) 1712; Purtova (n 28) 519; Prins (n 12) 246; Küzeci (n 11) 70; Bibas (n 19) 605-606; Özkan (n 28) 22-23; Yılmaz (n 10) 55; Kılınç Sucu (n 10) 22-23; Akkurt (n 10) 23; Baskın (n 4) 48-49; Havan (n 28) 122; Koç (n 11) 55-56; Zor (n 25) 61; Doğan (n 4) 84; Günay (n 10) 56; Özbek (n 31) 14; İmançlı (n 7) 55; buna karşılık son tüketici ile yapılan sözleşmelerin neredeyse hepsinde bu durum söz konusu olacağından mülkiyet hakkı görüşünde böyle bir durumun oluşmasını normal karşılıyoruz. Bir başka deyişle ilgili kişi, güçlü veri sorumlularına açık rıza beyanında bulunurken de aynı güçsüzlük içindedir.

³⁴ Prins (n 11) 293; Samuelson (n 11) 1135,1137; Prins (n 12) 247; Litman, 1294'teki dn.56; del Rosario (n 24) 1713; Yel Eserol (n 11) 4; Aksoy (n 22) 65; Tepe (n 25) 44; Baskın (n 4) 48.

maliyetlerdeki artışın hem ilgili kişilerin kişisel verilerine malik olduğu bilincinin bilginin dolaşımına engel olabileceğinden bahisle modern ticaret yaşamına akışına zarar verebilmesi olduğu belirtilmektedir.³⁵

Mülkiyet hakkı görüşünün kabul edilmesinin bir diğer faydası ise kişisel verilerin oturmuş ve geniş mülkiyet hakkı koruması sayesinde daha iyi korunacak olmasıdır.³⁶ Gerçekten hukuk sistemlerinde farklılıklar olsa da her hukuk sisteminde mülkiyet hakkına ilişkin oturmuş bir sistem mevcuttur. Bu sistem aynı zamanda koruma bakımından da geniş bir muhtevaya sahiptir. Bu sayede kişisel verilerin korunması için ayrı bir sistem kurmak ile uğraşmadan, kişisel veriler kapsamlı, efektif ve denenmiş bir koruma sistemine sahip olacaktır.

Mülkiyet hakkı görüşün ile kişisel verilerin sahibinin ilgili kişi olduğunu ve bu verilerin mali değeri olduğu ilgili kişi tarafından net bir biçimde fark edeceğinden, bu görüş sayesinde kişisel verilerin daha iyi korunacağı da savunulmaktadır.³⁷ Buna göre kişisel verilerini daha fazla korumak isteyen daha fazla bir bedelle yetinebilir. Bu sayede kişisel verilerinin korunmasını umursamayan ise bu işlem için daha az bir bedel isteyebilir. Böylece kişisel verilerini koruma derdi olanın kişisel verilerini korumasının veya kişisel verileri karşılığında kendisini tatmin edici bir ücret kazanmasının önü açılmış olur.

2. Fikri Mülkiyet Görüşü

Kişisel verilere iktisadi bir bakış açısı ile yaklaşan bir diğer görüş fikri mülkiyet görüşüdür. Fikri haklar, eser sahibine ve bağlantılı hak sahiplerinin fikir ve sanat eserleri üzerinde tanınmış mali ve manevi haklardır³⁸. Fikri hakların konusu,

³⁵ del Rosario (n 24) 1713-1714; Prins (n 11) 297-298; Samuelson (n 11) 1132-1133; Prins (n 12) 252; Akkurt (n 10) 23; Çakırca (n 11) 63; Dülger (n 4) 76; Yel Eserol (n 11) 4; Aksoy (n 22) 65-66; Baskın (n 4) 48.

³⁶ Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, *Kişisel Verileri Koruma Hukuku* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 60; Prins (n 11) 278; Samuelson (n 11) 1135; Prins (n 12) 234; Aksoy (n 22) 60; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 55; Akgül (n 4) 73; Zor (n 25) 60; Koç (n 11) 54; Havan (n 28) 119; Çavuşoğlu (n 23) 37; Doğan (n 4) 84; Çakırca (n 11) 62-63; Günay (n 10) 55-56; Deniz (n 25) 86; Yel Eserol (n 11) 14; Çelikel (n 4) 35; Yılmaz (n 10) 54; İmançlı (n 7) 53.

³⁷ Jurcys, Donewald, Globocnik ve Lampinen (n 30) 2; Bottis ve Bouchagiar (n 31) 209; del Rosario (n 24) 1712; Prins (n 12) 232; Samuelson (n 11) 1135; Prins (n 11) 288; Çelikel (n 4) 39; Yılmaz (n 10) 54; Doğan (n 4) 85; İmançlı (n 7) 53; Aksoy (n 22) 60; Baskın (n 4) 48; Koç (n 11) 54; Havan (n 28) 119; örneğin veri sorumlusunun kendi verilerinden aylık 200 € kazandığını bilen bir ilgili kişi, açık rızayı hızlıca verme konusundaki fikirlerini değiştirdi, Bottis ve Bouchagiar (n 31) 210.

³⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Fikri Haklar* (6.Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 19.

maddi bir varlığa sahip olmadığından bunlar üzerinde mülkiyet değil, fikri mülkiyet söz konusu olur. Kişilerin fikri çaba sonucu ortaya çıkardıkları ürünlerin korunmaması ciddi mağduriyetlere ve özellikle de doğurucu çabanın yok olmasına neden olurdu³⁹. Fikri mülkiyet üzerindeki haklar da eşya üzerindeki haklar kadar değerlidir zira bir milletin kalkınması fikir işçilerinin korunması ile mümkündür⁴⁰. Fikri mülkiyetin korunması ile doğurucu yeteneklere sahip kişinin çabası ödüllendirilecek ve yeni ürünler meydana getirmesi için teşvik edilmiş olacaktır⁴¹.

Kişisel verilerin de hem maddi bir varlığa sahip olmaması hem de fikri mülkiyet gibi korunmasının zorunlu olması nedenleriyle birbirine benzetilmiş ve kişisel verinin hukuki mahiyetine ilişkin fikri mülkiyet görüşü ortaya çıkmıştır. Fikri mülkiyet görüşüne göre kişisel verilerin korunma amacı ile fikri mülkiyetin korunma amacı arasında benzerlik vardır.⁴² Ayrıca fikri mülkiyette eser sahibinin -özellikle umuma arz ve eserde değişiklik yapılmasını yasaklama- yetkileri ile ilgili kişinin hakları arasında da benzerlik olduğu ifade edilmektedir.⁴³ Bahse konu görüşü savunanlar, zikredilen benzerliklerden yola çıkarak kişisel veriler üzerinde fikri mülkiyet hakkının söz konusu olması ve telif hakkına benzer bir yaklaşımla korunması gerektiğini beyan etmektedir.⁴⁴

³⁹ Rauf Karasu, Cahit Suluk ve Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku (3.Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 37; Salih Polater, Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği (1.Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 17-18; Kılıçoğlu (n 38) 19.

⁴⁰ Karasu, Suluk ve Nal (n 39) 38; Kılıçoğlu (n 38) 19-20.

⁴¹ Kılıçoğlu (n 38) 20; Polater (n 39) 18; Karasu, Suluk ve Nal (n 39) 38-39.

⁴² Prins (n 11) 279; Prins (n 12) 233; Doğan (n 4) 86; Akkurt (n 10) 24; Küzeci (n 11) 71; Aksoy (n 22) 60; İmançlı (n 7) 55; Akçal ve Yelmen (n 10) 85; Baskın (n 4) 50; Zor (n 25) 61; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 57; Tepe (n 25) 44; Bozkurt (n 19) 43; Çelikel (n 4) 44; Günay (n 10) 56; Yel Eserol (n 11) 18; Akgül (n 4) 74; Yılmaz (n 10) 55; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 52-53; Havan (n 28) 127; Koç (n 11) 55.

⁴³ Samuelson (n 11) 1146-1147; Prins (n 11) 280; Çakırca (n 11) 64; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 57; Akkurt (n 10) 24; İmançlı (n 7) 56; Çelikel (n 4) 44; Doğan (n 4) 86; Özbek (n 31) 15; Baskın (n 4) 50; Havan (n 28) 124; Kıpçak (n 11) 29; Koç (n 11) 56; Akgül (n 4) 74; Yılmaz (n 10) 56; Bozkurt (n 19) 43; Kütük (n 11) 22; Dülger (n 4) 77; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 53; Günay (n 10) 57; Dülger (n 8) 79; Aksoy (n 22) 60-61.

⁴⁴ Prins (n 11) 280; Samuelson (n 11) 1129,1156; Lemley (n 12) 1546; Tepe (n 25) 44-45; Dülger (n 8) 79; Akkurt (n 10) 24; Doğan (n 4) 86; Kılınç Sucu (n 10) 23; Çelikel (n 4) 45; Yılmaz ve Çavuşoğlu (n 36) 60; Zor (n 25) 61; Günay (n 10) 56; Baskın (n 4) 50; Kıpçak (n 11) 29; Koç (n 11) 56; Yel Eserol (n 11) 18; Kütük (n 11) 22; Dülger (n 4) 77; Çavuşoğlu (n 23) 38; Akgül (n 4) 74; nitekim bugün Facebook'un kullanıcılarına imzalattığı kullanım koşulları adı altında, kullanıcıların kişisel verilerinin lisansını aldığını ifade etmektedir: 'İçerikleriniz üzerinde mülkiyet iddia etmemekteyiz, ancak bize içerikleri kullanmamız için bir lisans vermektесiniz.', https://www.facebook.com/help/581066165581870/?locale=tr_TR.

Fikri mülkiyet görüşünü savunanlara göre hem fikri mülkiyetin hem kişisel verilerin korunma amacı, bilginin korunması ve bilgi paylaşımının kontrol altında tutulmasıdır.⁴⁵

B. İnsan Hakkı Görüşü

Amerikan düşüncesinin aksine Kara Avrupa hukukçularına göre kişisel verinin baskın özelliği kişiliğin ürünü olması değil, kişiliğin uzantısı olmasıdır. Bu düşünceye paralel olarak kişisel verinin hukuki mahiyeti hakkındaki kanaatler de değişmektedir. Bir başka deyişle kişisel verilerin hukuki mahiyeti hakkındaki görüş, bir sebep değil, sonuçtur. Dünyaya, insana, topluma ve ekonomiye bakışları farklı bu iki topluluk arasında fikir ayrılığı çok daha önceden başlamıştı ve buraya vardı. Bir başka deyişle, bu konudaki fikri ayrım, eski fikir ayrılıklarının bir sonucudur; bu görüşler kişisel verilerin hukuki mahiyetinin ne olduğu başlığı altında ayrılmaya başlamamıştır.

Kara Avrupa’ında hâkim olan görüş, kişisel verilerin bir insan hakkı olduğu istikametindedir. Kişisel verilerin korunması hakkının doğuş sebebi, ilgili kişilerin mahremiyetinin ve özel hayatının korunması idi. Bugün geline nokta ise kişisel verilerin korunmasının çok daha fazlasını ifade ettiği savunulmaktadır. Bu sebeple de insan hakkı görüşü kendi içinde klasik görüş ve bağımsız hak görüşü olarak ikiye ayrılmaktadır. En baştan ifade edilmelidir ki kişisel verilerin korunması hakkının insan hakkı olduğunu ifade eden görüşler, kişisel verilerin korunması hakkının aynı zamanda bir kişilik değeri teşkil ettiği yönündeki yadsınamaz hakikate boyun eğmektedir.⁴⁶

1. Klasik Görüş: Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Altında Yer Aldığı Görüşü

Kişiliğin bir parçası olan kişisel verilerin, kişi varlığı değeri olduğu konusunda akıllarda soru işareti yoktur. Öyle ki herhangi bir hukuki düzenleme olmadığı dönemlerde de kişisel verilerin korunması hakkı bu sayede teşhis edilmişti. Bir

⁴⁵ Samuelson (n 11) 1140-1141,1157; Prins (n 11) 279; Prins (n 12) 233; Günay (n 10) 56-57; Çelikel (n 4) 44; Akkurt (n 10) 24; Aksoy (n 22) 60; Yılmaz (n 10) 55-56; Baskın (n 4) 50; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 57; Akçaal ve Yelmen (n 10) 85; Doğan (n 4) 86; Küzeci (n 11) 71; Tepe (n 25) 44; Zor (n 25) 61; Deniz (n 25) 87; Özbek (n 31) 15-16; Koç (n 11) 57.

⁴⁶ Peltz-Steele (n 12) 25; Hornung ve Schnabel (n 4) 86; Zor (n 25) 62; Akçaal ve Yelmen (n 10) 86; Özbek (n 31) 16; Kılınç Sucu (n 10) 24; Çavuşoğlu (n 23) 33; Akgül (n 4) 69; Bozkurt (n 19) 41; Tepe (n 25) 45; Yılmaz (n 10) 57; Çelikel (n 4) 46; Özkan (n 28) 28; Dülger (n 4) 77; Akkurt (n 10) 25; Baskın (n 4) 51.

kişi ile ilişkilendirilebilir bir bilginin bu çağa has olmadığı ortadadır. Sözgelimi eski çağlarda mağaraya çizilen resim bir kişisel veri teşkil etmekteydi. Bu sebeple de kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili bir hukuki düzenleme olmayan dönemlerde, mezkûr hakkın, özel hayatın gizliliği hakkının çatısı altında yer aldığı ifade edilmişti.⁴⁷

Klasik görüş, kişisel verilerin korunması hakkının amacını, mahremiyetin sağlanması olarak görür.⁴⁸ Zira özel hayatın gizliliği kapsamında ancak kişinin gizli veya özel hayatına ilişkin olan verilerin korunması mümkündür.⁴⁹ Oysa kişisel verilerin korunması hakkının amacını, mahremiyeti korumaya indirgeyerek kişisel veriler, özel hayatın gizliliği başlığı altında korunduğunda kamuya açık alandaki

⁴⁷ İntizar Sultanlı, 'Anayasal Bir Hak Olan Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Mahremiyet ile İlişkisi', (2021) 4 (1) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi 23, 25-26; Simay Mukaddes Söğütoğlu, 'Hassas Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu', (2020) 1 (2) İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 433, 445,448; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 65; Gökçe Çobansoy, İnsan Hakları Açısından Kişisel Verilerin Korunması Sorunu (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2020) 69-70; Kübra Kaya, 'Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Ortaya Çıkan Bir Hak Olarak Unutulma Hakkının Değerlendirilmesi', (2022) 5 (8) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi 177, 181; Yeşim Çelik, 'Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı', (2017) 8 (32) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 391, 395; Becer (n 5) 51-52,54; Akkurt (n 10) 26; Yel Eserol (n 11) 3; Yılmaz (n 10) 60; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 65; Günay (n 10) 57; Küzeci (n 11) 78; Balci Şahin (n 31) 95; Kılınç Sucu (n 10) 24; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 60; Akgül (n 4) 83; Dülger (n 8) 81; Akçaal ve Yelmen (n 10) 86; Özkan (n 28) 28; Yılmaz ve Çavuşoğlu (n 36) 62; İmançlı (n 7) 60-61; Kütük (n 11) 23; Bozkurt (n 19) 38; Dülger (n 4) 78; Yel Eserol (n 11) 23; Çavuşoğlu (n 23) 32; özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki ilişkinin detaylı incelemesi için bkz. Küzeci (n 11) 78-94; Akgül (n 4) 78-89; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 60-71; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 64-66; Çobansoy (n 47) 71 vd; nitekim AİHS'de kişisel verilere ilişkin münhasır bir madde olmadığından kişisel veriler, AİHS m.8'deki özel hayatın gizliliği hükmüne dayanarak korunmaktadır, Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (1. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2019) 79; Ogbeide (n 12) 23,30.

⁴⁸ Ömer Özkaya ve İbrahim Toprak, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bir İnsan Hakkı Olarak Kişisel Verilerin Korunması', (2022) 33 (124) Sayıştay Dergisi 71, 89; Sultanlı (n 47) 25; Dülger (n 8) 80; Akkurt (n 10) 26; Çelikel (n 4) 47; Yılmaz (n 10) 61; Zor (n 25) 64; Akgül (n 4) 73; Özkan (n 28) 29; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 60; Taştan (n 47) 65; Dülger (n 4) 79; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 52; Bozkurt (n 19) 38; Günay (n 10) 57; bir kimse, bir 'şey'inin kaybolması ile mahremiyetinin kaybolması arasındaki farkı ancak mahremiyeti kaybolduğu zaman anlayabilir. Bunu anlayabildiği zaman ise kişisel verilerin korunması hakkının ekonomik yönü ağır basan bir hak olduğunu asla düşünemez, Özkaya ve Toprak (n 48) 89; Sultanlı (n 47) 25.

⁴⁹ Akkurt (n 10) 26; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 52; İmançlı (n 7) 60; Taştan (n 47) 65; Özkan (n 28) 29; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 88; Çavuşoğlu (n 23) 33; Tepe (n 25) 49; Günay (n 10) 57; Çelikel (n 4) 47; Zor (n 25) 64; Yılmaz (n 10) 61; Akçaal ve Yelmen (n 10) 86.

kişisel veriler, korumanın dışına itilmiş olur.⁵⁰ İlgili kişinin gerçekleştirdiği siyasi parti faaliyetleri veya camiye ya da kiliseye gitmesi ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verisi teşkil etmesine rağmen açıklanan görüş kapsamında korunamaz.

Bir bilginin kişisel veri olarak nitelendirilebilmesi için gizli veya açık olması ya da doğru veya yanlış olması önemli değildir.⁵¹ Oysa kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunması halinde yalnızca “gizli kişisel veriler” korunabilecektir. Yine kişinin belirlenebilmesini sağlayan yanlış bir bilginin özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunması mümkün değilken⁵² cari KVKK söz konusu durumları da koruma altına almıştır.

Kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği başlığı altında değerlendirilmesinin bir başka mahzuru, alenileştirilmiş veriler bakımından kendini gösterir. Eğer ki amaç mahremiyetin korunması ise alenileştirilmiş veri artık mahrem olmadığından korunması da mümkün değildir.⁵³ Oysa bugün KVKK’da, bir verinin alenileştirilmiş olması korunmanın bittiği manasına gelmez. Hülasa KVKK incelendiğinde ilgili kişilerin özel veya gizli hayatına dahil olmayan verilerin de koruma kapsamına dahil edildiği görülebilir. Bunun sebebi mezkûr verilerin ihlali halinde de ilgili kişilerin zarara uğrayabilecek olmasıdır.

2. Bağımsız Hak Görüşü

Gerek teknolojinin gelişimi gerek özel hayatın gizliliği hakkının sınırlarının kişisel verilerin korunması bakımından darlığı, gerek kişisel verinin korunması için devletin aktif hareketlerine de ihtiyaç duyulması sebebiyle artık kişisel verilerin korunması hakkının bağımsız bir hak olarak korunması gerektiği görüşü öğretilde ağırlıkla savunulmaktadır.⁵⁴ Teknolojinin gelişmesiyle kişisel veriler için ihlal teşkil

⁵⁰ Yüzbaşı Tobaz (n 11) 88; Akçaal ve Yelmen (n 10) 86; Yılmaz (n 10) 61; Akkurt (n 10) 26; Günay (n 10) 57; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 52; Taştan (n 47) 65; Özkan (n 28) 29; Zor (n 25) 64; Çelikel (n 4) 47; Çavuşoğlu (n 23) 33; Tepe (n 25) 49-50.

⁵¹ Günay (n 10) 37; Çavuşoğlu (n 23) 23; Tepe (n 25) 24-25; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 16; Bozkurt (n 19) 11; Zor (n 25) 42-43; Koç (n 11) 12-13; Dülger (n 8) 155-156; Özkan (n 28) 10-11; Deniz (n 25) 74; Yılmaz ve Çavuşoğlu (n 36) 37; Taştan (n 47) 41.

⁵² Yel Eserol (n 11) 29; Tepe (n 25) 49; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 70; Taştan (n 47) 65-66; Özkan (n 28) 29-30; Yılmaz (n 10) 64.

⁵³ Akkurt (n 10) 26; Taştan (n 47) 65; Yılmaz (n 10) 61; Çelikel (n 4) 47; Çavuşoğlu (n 23) 33; Günay (n 10) 58; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 70.

⁵⁴ Paul Lambert, *A User's Guide to Data Protection: Law and Policy* (4th edn, Bloomsbury Professional 2020) 363; Mesut Serdar Çekin, ‘Veri Temelli Ekonomi Çağında Bir Temel Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması’, (2020) 37 (2) Anayasa Yargısı 343, 345; Paul Lambert, *Un-*

edilebilecek durumların çeşidi artmıştır. Ayrıca özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı da ifade edilen gerekçelerle kişisel verilerin korunmasına dar gelmektedir. Bunların yanında kişisel verilerin korunabilmesi için devletin aktif hareketler gerçekleştirilmesi gerekir. Oysa özel hayatın gizliliği bakımından devletin yükümlülüğü “bir şey yapmama” şeklindedir.⁵⁵ Nitekim kanun koyucu da kişilik hakkına ilişkin korumanın yanında kişisel verilerin korunması için “bir şey yapma”ya ilişkin çeşitli yükümlülükler içeren KVKK ile ayrı bir koruma yolu düzenlemiştir.⁵⁶

Bağımsız hak görüşünü savunanlara göre, kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı dışında pek çok temel hakla ilişkili olsa da bağımsız bir hak niteliğine sahip olmadan, başka temel haklar kapsamında korunması halinde, bir tarafı eksik kalan bir koruma söz konusu olur. Kişisel verilerin hakla korunması yolunun, hukuk sahasında dahi gelişerek ayrı bir disiplin olarak kabul edilmeye başlamış olmasına da uygundur.⁵⁷ Artık kişisel veriler, başka bir hakkın şemsiyesi altında değerlendirilemeyecek kadar büyüdüğü ve serpildiği için, bu zamanda kişisel verileri başka bir hakkın alt başlığı olarak koruma gayreti, beyhude bir çaba, manasız bir inat ve bugünün gereksinimlerini karşılamayan bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir.⁵⁸

derstanding the New European Data Protection Rules (1st edn, CRC Press 2018) 101; Hornun ve Schnabel, 85-86; Rodotà (n 4) 80; Schwartz (n 4) 687; Stepanov (n 24) 70; Özkaya ve Toprak (n 48) 86; Sultanlı (n 47) 28; Dülger (n 4) 79; Kılınç Sucu (n 10) 24; Yel Eserol (n 11) 29; Becer (n 5) 54; Akkurt (n 10) 27; Söğütoğlu (n 47) 445-446; Kütük (n 11) 23; Zor, 65; Yılmaz (n 10) 63-64; Taştan (n 47) 66; İmançlı (n 7) 62; Günay (n 10) 58; bağımsız hak niteliğinin tüm kişisel veriler için değil de yalnızca bazı kişisel veriler için kabul edilmesi gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre bazı kişisel veriler, temel hakların yüksek rütbeli korumasından yararlanamayacak kadar önemsizdir. Buna örnek olarak da kişinin fotoğraflarının çekilmesi ve internette yayımlanması gösterilmiştir. Buna karşılık kişisel veri tanımının buna imkân tanıma mahiyette olmadığı da söz konusu görüşü savunanlarca kabul edilmektedir, Ogbeide (n 12) 27-28.

⁵⁵ Rodotà (n 4) 79; Sultanlı (n 47) 28; Kaya (n 47) 179; Çekin (n 54) 349-350; Dülger (n 4) 79; Devletin kişisel verilerin korunmasını sağlamak için pozitif yükümlülüklerinin gerektiği yönünde bkz. Özkaya ve Toprak (n 48) 88.

⁵⁶ Çekin (n 54) 349; Rodotà (n 4) 79-80; İmançlı (n 7) 64-65; Zor (n 25) 66; Günay (n 10) 59; KVKK gibi özel bir düzenleme ile özel hayatın gizliliği hakkının aksine dinamik bir korumaya kavuştuğundan daha sıkı bir biçimde korunacaktır. Böylece ilgili kişilerin kişisel verilerinin ihlal edilip edilmediği, ilgili kişilerin yanında bağımsız bir idari otorite tarafından da denetlenebilecek ve veri sorumlularına cezalar da kesilebilecektir. Kişisel verilerin özel işleme yollarının ayrıca belirlenmesi de dinamik koruma bakımından önem arz etmektedir, Dülger (n 4) 79-80;

⁵⁷ Akkurt (n 10) 27; Yılmaz (n 10) 63-64; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 89; Günay (n 10) 58; Taştan (n 47) 66; İmançlı (n 7) 62; Zor (n 25) 65; Dülger (n 4) 79.

⁵⁸ Taştan (n 47) 66-67; Günay (n 10) 58; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 89; Zor (n 25) 65.

Kişisel verilerin korunması hakkının bağımsız bir hak olarak kabul edilmesi yolundaki ilk işaret fişeğini, Alman Anayasa Mahkemesi 1983 yılında vermiş olduğu “Nüfus sayımı kararı” ile atmıştır.⁵⁹ İlgili kararda Alman Anayasa Mahkemesi, insan onurunun korunması ile kişiliğin korunması hakkına ilişkin hükümlerden yola çıkarak, kişinin, “bilgilerinin/verilerinin geleceğini belirleme hakkı”na bir başka deyişle “kişisel verilerinin geleceğini tayin hakkı”na sahip olduğuna karar vermiştir.⁶⁰ Ayrıca artık kişisel verilerin korunması hakkının bağımsız bir hak niteliğinde olduğu uluslararası düzenlemelerde kabul edilmektedir. GVKT m.1/2⁶¹, AB Temel Haklar Şartı m.8⁶², Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Lizbon Antlaşması⁶³ buna örnek olarak verilebilir. Hülasa bu görüşü savunanlar, kişisel verilerinin korunması hakkını, bağımsız bir hak olan “kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkı” olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindedir.⁶⁴

C. Değerlendirme ve Kanaat

Bu başlık altında öncelikle yukarıda yer verilen görüşler değerlendirilecek ve nihayetinde varılan kanaat açıklanacaktır.

1. Değerlendirme

Kişisel verinin hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin kanaate geçmeden önce öğretilerde savunulan görüşlerin tek tek değerlendirilmesi ve eleştirilmesi gerekir. Bu nedenle mezkûr başlık altında kişisel verinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin eleştirilerine yer verilecektir.

a. Mülkiyet Görüşünün Eleştirisi

Mülkiyet hakkı görüşünün isabetle ifade ettiği pek çok başlık olduğu öncelikle belirtilmelidir. Google, Facebook, X gibi gelir modelleri neredeyse olmayan firmaların ulaştıkları piyasa değerinin sebebi, söz konusu uygulamaları kulla-

⁵⁹ Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hornung ve Schnabel (n 4) 84 vd; Schwartz (n 4) 686 vd; Nüfus sayımı kararının İngilizcesi için Bkz. <https://freiheitsfoo.de/census-act/>.

⁶⁰ Rodotà (n 4) 79; İmançlı (n 7) 63; Taştan (n 47) 67; Zor (n 25) 65; Günay (n 10) 59.

⁶¹ GVKT m.1/2.

⁶² AB Temel Haklar Şartı m.8, <https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf>.

⁶³ Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Lizbon Antlaşması m.16/1, <<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>>.

⁶⁴ Schwartz (n 4) 686-687; Dülger (n 4) 81; Zor (n 25) 66; Taştan (n 47) 66; Günay (n 10) 58-59; İmançlı (n 7) 64.

nanların kişisel verileridir. Bu sebeple de kişisel veri değerli bir “meta”dır, ne kadar çok kişiden ne kadar çok veri elde edilirse verinin değeri o kadar artmaktadır. Bu değerli şeyin mülkiyet hakkının konusu olarak parayla tebdil edilmesi düşüncesi, gerçeklikten uzak bir düşünce değildir, ancak aşırıdır.

Kişisel veriler bakımından aslolan, değerli bir meta olmasından ziyade, ilgili kişinin kişiliği ile olan bağıdır. Kişisel veri ile kişilik arasındaki bağlantının zayıflatılması sonucunu doğuracak herhangi bir düşüncenin savunulması hem GVKT hem KVKK bakımından kanaatimizce mümkün değildir.⁶⁵ Ayrıca Türk hukuku bakımından⁶⁶ mülkiyet hakkının konusunun kural olarak maddi varlığa sahip olması⁶⁷ ve üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilmesi⁶⁸ lazımdır.⁶⁹ Oysa kişisel veriler ne maddi bir varlığa sahiptir ne de üzerinde hukuki hakimiyette bulunulmasına izin verilmiştir⁷⁰. Bu sebeple kişisel verilerin mülkiyet konusu teşkil etmesi, Türk hukuku perspektifinden imkansızdır.⁷¹

⁶⁵ Bart Custers ve Gianclaudio Malgieri, ‘Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data’, (2022) 45 Computer Law & Security Review, 1, 2; Berg ve Davidson (n 28) 20-22.

⁶⁶ Buna karşılık Amerikan hukukunda kişisel veriler, üzerinde mülkiyet tesis edilebilecek birer mal olarak görülmektedir. Amerika’da kişisel verilerin mülkiyet teşkil etmeye uygun olup olmadıkları değil, verilerin kime ait olduğunun kabul edileceği tartışılmaktadır. Bir görüş, kişisel verilerin onu toplayıp, değerli hale getiren veri sorumlusuna ait olması gerektiğini savunurken; diğer görüş özel yaşamı devre dışı bırakmamak gerektiğini ifade ederek, mülkiyet hakkının kişisel verilerin ilgili olduğu kişiye ait olması gerektiğini savunmaktadır. Veri Sorumlusu, 37; ayrıca AİHM’de mülkiyetin fiziksel mallarla sınırlı olmadığını ifade etmiştir, AİHM, B.N.15375/89, T.23.02.1995, (Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Hollanda), par.53.

⁶⁷ Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serdar Ergüne, *Eşya Hukuku* (9.Baskı, On İki Levha Yayınları 2022) 7; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (9.Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 5; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (3.Baskı, Filiz Kitabevi 2014) 72; kural olarak deme sebebimiz maddi bir varlığa sahip olmayan kimi şeylerin de mülkiyeti konusu olabilmesidir, TMK m.762 vesilesiyle doğal güçlerin gibi olduğu gibi, Serozan (n 67) 73; Sirmen (n 67) 5.

⁶⁸ Nomer ve Ergüne (n 67) 7; Sirmen (n 67) 7-8; Öğretide bu unsur yerine doğrudan gayrişahsiyetlik unsurunu koyanlar da bulunmaktadır, Serozan (n 67) 73; ancak kişilik dışı olmasına rağmen hayvanların mahiyeti üzerindeki tartışmalar sürmektedir.

⁶⁹ Akçaal ve Yelmen (n 10) 85; Baskın (n 4) 49; Havan (n 28) 117-118; Koç (n 11) 55; ayrıca mülkiyet genellikle toplumsal kaynakları bireye tahsis etmeyi sağlar, Janger (n 29) 919; bizce kişisel verilerin toplumsallığından bahsetmek de mümkün değildir, kişisel veriler doğrudan doğruya kişiye ilişkindir.

⁷⁰ Kişisel veriler üzerinde hukuki hakimiyet kurulmasına izin verilmemesinin gerekçesi, kişisel verilerin “kişilik dışı” veya “gayrişahsi” olmamasıdır. Nasıl ki bir kişinin eli veya kolu üzerinde mülkiyet kurulamıyorsa dijital uzvu olarak nitelendirilebilecek kişisel verileri üzerinde de hakimiyet ve bu nedenle de mülkiyet kurulamayacaktır.

⁷¹ Akçaal ve Yelmen (n 10) 85; kişisel veriler maddi bir nitelik arz etmediğinden bir kez devredildikten sonra korunması çok zor olacaktır. Bu sebeple de korumanın, devirden önce, en er-

Kişisel verilerin satılmasının veri sorumlularını durduracağını düşünmek doğru bir düşünce olmaz. Bu durum olsa olsa veri sorumlularının gereksiz verileri toplamaktan imtina ederek daha kaliteli veri toplamalarına sebebiyet verebilir.⁷² Hatta kişisel verinin elde edilmesi sonucunda beklenen yarar ile mukayese edildiğinde bedel ödemenin veri sorumlularını çok etkilemeyeceği de tahmin edilebilir. Bugün bile kişisel veriler karşılığında indirim kampanyaları ya da hediye ürünler sunulmaktadır. Ayrıca bu bağlamda ileri sürülen bir diğer eleştiri de ilgili kişilerin bedeli elde etme gayesi ile kişisel verilerinin devredilmesinin sonuçlarını tam manası ile anlamadan devretmeleri sebebiyle sömürülebilecekleridir.⁷³

Bir başka eleştiri de kişisel veriler üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmesinin, kişisel verileri daha iyi korunacağı düşüncesine karşı ileri sürülmelidir. Bu düşünce ilk bakışta haklı gibi görünse de düşünüldüğünde söz konusu düşüncenin esasen doğru olmadığı fark edilebilir. Daha açık olarak şöyle ifade edilebilir: gerçekten ilgili kişinin kişisel verileri üzerinde mülkiyeti olduğunu düşünmesi, başlangıçta kişisel verilerini -değerli olduğunu fark etmesi sebebiyle- daha iyi korumasına sebep olabilir. Ancak kişisel veriler üzerindeki veri sorumlusuna devredildiğinde mülkiyet hakkına sahip veri sorumlusu ilgili kişinin verilerini üçüncü kişilere devredebilecektir. Bu durumda ilgili kişi, bir kez elde ettiği bedel karşılığında kişisel verilerine tanımadığı üçüncü kişilerin sahip olmasına ve bu sebeple başına gelebilecek olan zararlara katlanmak zorunda kalır. Ayrıca mülkiyet hakkı görüşünün kabul edilmesi kişisel veriler üzerinde mülkiyet hakkı sahibinin tasarrufta bulunmasına neden olacağından, kişisel veri ile ilgili kişi arasındaki bağın kopmasına sebep olur.⁷⁴ İfade edilen tüm gerekçeler mülkiyet hakkının özü itibarıyla kişisel verilere uygun olmadığını ortaya koymaktadır.⁷⁵

ken aşamada gerçekleştirilerek, kişisel verilerin yayılmasını önlenmelidir. Aksi takdirde kişisel verileri serbest bıraktıktan sonra onların kullanılmasını engellemeye çalışmak, çok daha zor olacaktır, del Rosario (n 24) 1707.

⁷² Samuelson (n 11) 1133; İmançlı (n 7) 53; Çelikel (n 4) 38; Bozkurt (n 19) 42; Havan (n 28) 119.

⁷³ Jurcys, Donewald, Globocnik ve Lampinen (n 30) 6; del Rosario (n 24) 1714-1715; Prins (n 11) 289-290,297; Samuelson (n 11) 1144; Prins (n 12) 251; Çelikel (n 4) 41; Dülger (n 4) 77; Deniz (n 25) 86-87; Kılıncı Sucu (n 10) 25; Çakırca (n 11) 62; Kütük (n 11) 22; İmançlı (n 7) 54; Bozkurt (n 19) 43; Aksoy (n 22) 59; hükümetler, kişisel verilerin önemini anlamadığından kişisel verilerin korunmasına değil, adi suçlarda suç oranının düşürülmesi ile ilgileniyorlar. Oysa birinin herhangi bir taşınır malını kaybetmesi halinde onun yerine bir ikame koymasının mümkün olmasına karşın, kişisel verilerini kaybetmesi halinde mahremiyetini kaybetmiş olacağından bunun ikamesinin bulunması da mümkün değildir, Prins (n 12) s. 223; Samuelson (n 11) 1145.

⁷⁴ Buna karşılık 'hibrit devredilmezlik' önerilmektedir. Bu görüşe göre, ilgili kişi, kişisel verilerini bir kere devederek kişisel verisi üzerindeki tüm tasarrufunu kaybetmez. Sonraki devirlere de 'hibrit devredilmezlik' görüşü ile müdahil olabilir, Schwartz (n 24) 2094 vd; bu görüş mahre-

İlgili kişinin kişisel verileri karşılığında adil bir değer elde ettiği ve kişisel verilerin mülkiyet hakkı kapsamına dahil edildiği hallerde, bu verilerin daha kapsamlı bir biçimde korunacağı doğrudur. Buna karşılık adil bir değer elde etmek uğruna ilgili kişi ile kişisel verileri arasındaki bağın kopmasına razı olunmamalıdır. Mülkiyet hakkının korunmasının daha kapsamlı olduğu doğru olsa da kişisel verilerin korunması bakımından ne kadar elverişli olduğu tartışmalıdır. Sırf kapsayıcı diye, kişisel verilere uygun olmayan bir koruma usulünün benimsenmesi doğru olmaz.

Mülkiyet hakkının temelinde yatan düşünce, kaynakların sınırlılığıdır. Kişisel verilerin ise sınırlı olmaması, kişisel veri konusunda herhangi bir dönemde kıtlık yaşanmayacak olması sebebiyle, kişisel verilerin, mülkiyetin yapısına bu açıdan da uygun olmaması mülkiyet görüşünün eleştirildiği bir başka noktadır.⁷⁶ Hülasa, mülkiyet hakkı görüşünün isabet kaydettiği hususlar olsa da Türk hukuku açısından kişisel verilerin hukuki mahiyetine ilişkin olarak mülkiyet görüşü uygun görülmemiştir.

b. Fikri Mülkiyet Görüşünün Eleştirisi

İlk olarak fikri mülkiyetin konusu ile kişisel verilerin konusu bambaşka iki şeydir. Fikri mülkiyetin konusu, iradi bir çaba neticesinde ortaya çıkan bir fikir veya eser iken⁷⁷; kişisel verilerin korunması hakkının konusu herhangi bir çaba olmaksızın, kendiliğinden ortaya çıkan veya en baştan beri var olan, gerçek kişi ile ilgili bilgilerdir.⁷⁸

miyet piyasası için ilgili kişiye bir çıkış yolu önermektedir. Bu sayede ilgili kişilerin kötü pazarlıkların altından kalkabileceği ifade edilmektedir, Schwartz (n 24) 2106; ancak bizce bu durumda gerçek bir mülkiyetten söz edilmemektedir. Ayrıca kısıtlamanın nasıl yapılacağı ifade edilse de söz konusu teori ancak mutlak bir şeffaflık içinde kendisinden beklenen sonuçları doğurabilir. Hatta mutlak şeffaflık olsa dahi ilgili kişinin verilerini, pek çok veri sorumlusuna 'sattığı' ihtimalde pek çok veri sorumlusunun devrini takip ve kontrol etmesi gerekecektir ki bu da bizce ciddi bir külfet ve anlamsız bir yoğunluk oluşturacaktır.

⁷⁵ Cheneval (n 3) 264; Samuelson (n 11) 1138; Prins (n 12) 246; Kılınç Sucu (n 10) 22,25; Akkurt (n 10) 23; İmançlı (n 7) 53; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 55; Günay (n 10) 56; Aksoy (n 22) 64; Küzeci (n 11) 73; Yılmaz (n 10) 55; Özbek (n 31) 15; Bozkurt (n 19) 43; Çakırca (n 11) 63; Çavuşoğlu (n 23) 37; Zor (n 25) 61; Dülger (n 4) 77; Yel Eserol (n 11) 16-17; Deniz (n 25) 86-87; Havan (n 28) 127; Koç (n 11) 55; kişisel verilerin korunması hakkını bir temel hak olarak değerlendirenler bakımından, bahse konu hakka mülkiyet nazarıyla bakmanın, ahlaki açıdan iğrenç ve 'oy hakkının metalaştırılmasından' daha saçma görüleceği ifade edilmektedir, Samuelson (n 11) 1143.

⁷⁶ Samuelson (n 11) 1138; Aksoy (n 22) 66; İmançlı (n 7) 55; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 56; Küzeci (n 11) 70-71; Tepe (n 25) 44; Bozkurt (n 19) 43; Koç (n 11) 56.

⁷⁷ Kılıçoğlu (n 38) 20; Polater (n 39) 18; Karasu, Suluk ve Nal (n 39) 38-39.

⁷⁸ Stepanov (n 24) 72; Prins (n 11) 296; Prins (n 12) 250; Aksoy (n 22) 66; Kılınç Sucu (n 10) 23; İmançlı (n 7) 57; Çakırca (n 11) 64-65; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 58; Çelikel (n 4) 45; Akkurt (n 10) 24; Yılmaz (n 10) 56; Bozkurt (n 19) 44; Baskın (n 4) 50; Akçaal ve Yelmen (n 10) 86; Kütük (n

Fikri mülkiyeti savunanların ifade ettiği gibi amaç benzerliği de söz konusu değildir. Fikri mülkiyet, ekonomik gayelerle korunmaktadır. Fikri mülkiyetin korunmasının amacı, eser sahibinin haklarının ihlal edilmemesini sağlayarak onun yeni fikir veya eserler üretmesini teşvik etmektir.⁷⁹ Oysa kişisel veriler bir üretimin neticesi olmadığından bu amaçla bir koruma gündeme gelmez. Ayrıca kişisel verilerin korunma gayesi ekonomik değildir. Kişisel verilerinin korunmasıyla, ilgili kişinin kendisini serbestçe gerçekleştirmesine imkân tanımak hedeflenmektedir.

Kişisel verilerin korunamamasının sonuçları ile fikri mülkiyetin korunamamasından doğan sonuçlar da birbirinden uçtan uca ayrılmaktadır. Fikri mülkiyetin ihlali halinde, gündeme gelecek olan eninde sonunda maddi zarardır. Kişisel verilerin ihlali halinde ise maddi ve manevi zarar gündeme gelebilir. Hatta ilgili kişinin ayrımcılığa uğraması, dışlanması gibi akla hemen gelmeyen daha vahim olumsuz sonuçlar da doğabilir.

Tüm bunların yanında fikri mülkiyet görüşü de ekonomik bir görüş olduğundan mülkiyet hakkına benzer bir biçimde, kişisel veri ile kişilik arasındaki bağın kopmasına sebebiyet verebilir. Özetle fikri mülkiyet, kişisel verilerin korunması hakkının hukuki mahiyetini ifade etmek için uygun görülmemiştir.

c. Klasik Görüşün Eleştirisi

Kişisel verilerin korunması hakkını, başlarda özel hayatın gizliliği hakkının içinde değerlendirmek makuldü. Ancak klasik görüş bugüne yanıt veremez durumdadır. İçinde bulunduğumuz dönem, kişisel verilerin özel hayatın gizliliği içinde hakkıyla korunmasını imkânsız kılmaktadır.⁸⁰ Ayrıca kişisel veriler, özel hayatın gizliliği hakkının yanında; ifade özgürlüğü, dini inanç ve kanaat özgürlü-

11) 23; Özbek (n 31) 16; Küzeci (n 11) 72; Zor (n 25) 62; Havan (n 28) 124; Koç (n 11) 57; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 53; Deniz (n 25) 87; Çavuşoğlu (n 23) 38; Tepe (n 25) 45; Günay (n 10) 57; Yılmaz ve Çavuşoğlu (n 36) 61.

⁷⁹ Lemley (n 12) 1550; Stepanov (n 24) 72; Samuelson (n 11) 1139,1150; Prins (n 11) 295-296; Prins (n 12) 250; Kılıçoğlu (n 38) 20; Kılınç Sucu (n 10) 23; Akkurt (n 10) 25; Aksoy (n 22) 66-67; Havan (n 28) 124; Koç (n 11) 57; Çelikel (n 4) 45; Bozkurt (n 19) 44; Yılmaz (n 10) 56; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 58-59; Akçaal ve Yelmen (n 10) 86; Baskın (n 4) 50; Zor (n 25) 62; Çakırca (n 11) 65; Özbek (n 31) 16; Günay (n 10) 57; Akgül (n 4) 74; Doğan (n 4) 87; Tepe (n 25) 45; İmançlı (n 7) 57.

⁸⁰ Hornung ve Schnabel (n 4) 86; Arslan (n 10) 655; Becer (n 5) 54; Dülger (n 4) 78; Çelikel (n 4) 48-49; Sultanlı (n 47) 28; Yılmaz ve Çavuşoğlu (n 36) 62; İmançlı (n 7) 59; Yel Eserol (n 11) 29; Zor (n 25) 65; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 88-89; Yılmaz (n 10) 63.

ğü, sanat ve bilim özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı ile de yakından irtibatlıdır.⁸¹ Bu irtibat sebebiyle kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkı dışında zikredilen haklar çerçevesinde korunması da söz konusu olabilir. Ancak bu koruma her durumda sınırlı ve eksik bir koruma olacaktır.⁸² Her geçen gün gerçekleşebilecek ihlal çeşitleri arttığından⁸³ kişisel verilerin başka bir hakkın gölgesi altında korunması yetersiz kalmaya başlamıştır.⁸⁴ Bu sebeple kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği hakkına mahkûm edilmesinin bir sonucu olarak kişisel verileri, özel hayatın gizliliğinin kollarının arasından kurtarma gayesi güden bağımsız hak görüşü ortaya çıkmıştır.

2. Kanaat

a. Kişilik Hakkı

Varılan kanaat açıklamadan önce kişilik hakkından bahsedilmesi gerekir. Kişilik hakkını gerektiği biçimde açıklayabilmek için, iç içe girmiş matruşkalar

⁸¹ Yel Eserol (n 11) 30; Arslan Öncü (n 47) 79; Kütük (n 11) 23; Dülger (n 4) 76; Bu haklar ile kişisel veriler arasındaki ilişkinin detaylı incelemesi için bkz. Küzeci (n 11) 75-114; Becer (n 5) 54-63; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 71-86; Akgül (n 4) 76-101; Ovalıoğlu Seyis (n 6) 64-72.

⁸² Küzeci (n 11) 114; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 89; Yılmaz (n 10) 61, 63-64; Sultanlı (n 47) 28; kişisel verilerin korunması hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkının ayrılmasının sınır sorunu çıkarması sebebiyle, bazı hallerin her iki hakkın koruma alanı dışında kalabileceği ifade edilmiştir, Çobansoy (n 47) 70; ancak biz bu görüşe kesinlikle katılmıyoruz. Kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkını kendine ilişkin tarafları bakımından aşar mahiyettedir. Hatta özel hayatın gizliliği hakkına dahil olmayan değerler de böylece korunabilmektedir. Burada olsa olsa bir durumun iki ayrı hakla korunması söz konusu olabilir ki, bu da telaş yaratacak bir şey olmaktan çok uzaktır.

⁸³ Clearview isimli bir girişim şirketi, yalnızca web sitelerinden elde ettiği fotoğraflarla kişilerin sadece isimlerini değil, nerede yaşadıklarını, ne yaptıklarını ve kimleri tanıdıklarını da ortaya çıkarabilen devrim niteliğinde bir yüz tanıma programı oluşturmayı başardı, del Rosario (n 24) 1702; 2021 yılında T-Mobile'e karşı gerçekleştirilen ihlalde mahkeme kayıtlarına göre 76 milyon, saldırganlara göre 100 milyondan fazla kişinin Sosyal Güvenlik numaraları, isimler, telefon numaraları, ehliyet bilgileri ve diğer kişisel olarak tanımlanabilir bilgiler dahil olmak üzere müşterilerin verileri çalındı. T-Mobile olaydan etkilenen müşterilere 350 milyon dolar ödemeyi kabul etti. Ayrıca yapılan habere göre hackerlar 30 milyon sosyal güvenlik numarası ve sürücü belgesi içeren bir veri alt kümesi için 6 bitcoin, o dönemki karşılığı olarak 270.000 dolar istemiş ve verilerin geri kalanını özel olarak sattıklarını söylemiş, COX, Joseph, T-Mobile Investigating Claims of Massive Customer Data Breach, VICE, T.15.08.2021, <<https://www.vice.com/en/article/tmobile-investigating-customer-data-breach-100-million/>>; T-Mobile Data Breach: What Happened and How to Prevent It, T.31.01.2025, <<https://www.strongdm.com/what-is/t-mobile-data-breach>>.

⁸⁴ Sultanlı (n 47) 28; Kılınç Sucu (n 10) 24; Becer (n 5) 54; Dülger (n 4) 78; Akkurt (n 10) 26; Özkan (n 28) 29; Arslan (n 10) 655; Yılmaz (n 10) 63; Küzeci (n 11) 78; Akgül (n 4) 83.

olarak düşünebileceğimiz, kişi, kişilik ve kişilik hakkı kavramlarına yer vermek gerekir. Matruşka olarak tabir ettiğimiz kavramları sırasıyla açıkladıktan sonra, kişilik hakkının neliğinden derinlemesine söz edebiliriz.

Türk hukukunda “kişi” ifadesi, günlük hayattaki manasından farklı olarak yalnızca insanı ifade etmemektedir. Hukukta kişi kavramı ile hukuken hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen varlıklar kastedilmektedir -ki bu varlıklar insanlar ve tüzel kişilerdir-.⁸⁵

Değerlendireceğimiz ikinci kavram olan kişilik ise kişi ifadesinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır.⁸⁶ Buna göre kişilik, hukuken kişi olarak kabul edilenlerin -insanların ve tüzel kişilerin-, hak ehliyetlerini kazanmaları⁸⁷ ile başlayıp, kaybettikleri ana kadar ayrılmaz bir biçimde sahip oldukları hukuken korunan hakların ve yetkilerin bileşkesi sonucu ortaya çıkan hukuki durumu ifade eder.⁸⁸

Kişilik hakkı, kişiliğin konusunu teşkil eden, kişiye ayrılmaz biçimde bağlı olan, kişiyi kişi yapan, kişinin var olmasını, saygı görmesini ve onuru ile kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, tüketici biçimde sayımı mümkün olmayan,

⁸⁵ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2024) 2; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2001) 14; Şaban Kayıhan, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler)* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 19; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Baskı, Filiz Kitabevi 1992) 202; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1974) 9; Rona Serozan, B. İlkay Engin ve Yeşim M. Atamer, *Serozan Medeni Hukuk* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 417; Feyzi N. Feyzioğlu, Ümit Doğanay ve Aydın Aybay, *Medeni Hukuk Dersleri 1.Cilt* (3. Baskı, Fakülteler Matbaası 1976) 62; Hilal Yüksel, *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 58; Zeliha Gizem Sayın, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Medeni Hukuktaki Kişilik Hakkı Kavramına Etkisi* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024) 7.

⁸⁶ Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011) 19'daki dn.62; Helvacı (n 85) 15; Yüksel (n 85) 59; Sayın (n 85) 8; Özsunay (n 85) 9; Tekinay (n 85) 248; Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 85) 63.

⁸⁷ Hak ehliyetini kazandıkları an, kişinin türüne göre farklılık göstermektedir. İnsanlar tam ve sağ doğum ile ana rahmine düştükleri veya embriyonun oluştuğu andan itibaren hak ehliyetine ve bu sebeple de kişiliğe sahip kabul edilecektir, Kayıhan (n 85) 20-21; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 11-21; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 424-427; Özsunay (n 85) 12-17; Tekinay (n 85) 207-208; Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 85) 63-64; Yüksel (n 85) 59-61; Deniz (n 25) 40; Tüzel kişiler bakımından ise tüzel kişiliğin türüne göre hak ehliyetini kazandığı andan itibaren tüzel kişi, kişiliğe sahip kabul edilecektir.

⁸⁸ Kayıhan (n 85) 20,68; Özsunay (n 85) 9; Tekinay (n 85) 248; Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 85) 62; Helvacı (n 85) 15; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 3; Yüksel (n 85) 58-59; Deniz (n 25) 38-39; Sayın (n 85) 8.

tüm değerler üzerindeki, mutlak, devrilemez, para ile ölçülemez hakkı ifade eder.⁸⁹ Kişiliği ve kişilik hakkının konusunu oluşturan değerleri, kişi, hak ehliyetine sahip olmakla başkaca bir işleme ihtiyaç duymaksızın, kendiliğinden kazanır ve hak ehliyeti sona erene kadar da kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olarak taşımaya devam eder.⁹⁰

Kişilik hakkı hususundaki meşhur ancak pratik faydası olmayan tartışma, kişilik hakkının sayısı konusundadır. Tartışmanın odağındaki soru, “*bir kişilik hakkı mı vardır yoksa her bir kişilik değeri bir kişilik hakkı mıdır?*” sorusudur.⁹¹ Tek bir kişilik hakkından bahsedenler de, kişilik değeri sayısı kadar kişilik hakkı olduğunu savunanlar da kişilik hakkının kapsamını sınırlamadıklarından, tartışmanın pratikte bir faydası yoktur.⁹² Zira her iki görüş de şu an mevcut olmayan bir değer teknolojinin gelişimi ile birlikte kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini yani kişilik değerlerinin sınırlı sayıda olmadığını kabul etmektedir.⁹³ Kanun koyucu TMK m.24’te “*kişilik hakkı*” ifadesine yer vererek pek çok kişilik değerini içeren, tek bir kişilik hakkı olduğu görüşünü benimsediğini göstermiştir.⁹⁴

Kişilik hakkına, önemine binaen, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da yer verilmiştir. Öncelikle Anayasa m.12’de “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” ifadesine yer verilmiştir. “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı m.17’de ise “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” hükmü düzenlenmiştir. Anayasa m.12 ve m.17’nin, özel hukuktaki karşılığının kişilik hakkı olduğu ifade edilmektedir.⁹⁵ Nitekim Anayasada m.18 ile m.27 arasında kişilik hakkının görünüşleri -bir başka deyişle kişilik değerleri- önemine binaen ayrı ayrı düzenlenmiştir.⁹⁶

⁸⁹ Özsunay (n 85) 75,100-101; Gönen (n 86) 19-20; Tekinay (n 85) 249; Helvacı (n 85) 41-42; Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 85) 91; Deniz (n 25) 40; Kayıhan (n 85) 68; Yüksel (n 85) 66; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 185; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 458.

⁹⁰ Helvacı (n 85) 42; Deniz (n 25) 40.

⁹¹ Tartışma için bkz. Gönen (n 86) 21-22; Helvacı (n 85) 42-43.

⁹² Helvacı (n 85) 43.

⁹³ Helvacı (n 85) 44; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 458; Özsunay (n 85) 76; Yüksel (n 85) 66; Sayın (n 85) 11-12; Tekinay (n 85) 249-250.

⁹⁴ Özsunay (n 85) 75; Kayıhan (n 85) 69; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Gönen (n 86) 21-22; Sayın (n 85) 10.

⁹⁵ Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 460; Becer (n 5) 48.

⁹⁶ Becer (n 5) 51.

Kişilik hakkı, herkes tarafından ihlal edilmesi mümkün haklardan olduğundan, ihlal edilmemesi konusunda herkese karşı ileri sürülebilen, mutlak haklardandır.⁹⁷ Kişilik hakkının bir diğer özelliği, şahıs varlığı haklarından olmasıdır.⁹⁸ Şahıs varlığı hakkı olmasının gerekçesi, hakkın konusunu oluşturan özel hayat, sağlık, onur gibi değerlerin para ile ölçülemezliğidir.⁹⁹ Ancak vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik değerinin ihlali sebebiyle, malvarlığı da zarar görebilir.¹⁰⁰

Kişilik hakkının kişiden ayrılmasının mümkün olmaması iki özelliği gündeme getirir. İlki, kişilik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olması sebebiyle “*temsil düşmanı*” bir nitelik arz etmeleri¹⁰¹ iken; diğeri, tekelci niteliklerinden dolayı hakimiyetin yalnızca hak sahibine ait olmasıdır.¹⁰² Tekelci niteliğe bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar ise kişilik hakkının, icra takibine konu olmaması, haczedilememesi ve iflas masasına girmemesidir.¹⁰³ Ancak unutulmamalıdır ki bu nitelikler kişilik hakkınındır; kişilik hakkının ihlali sonucu açılan tazminat davası, pek tabii icra takibine konu olabilir.¹⁰⁴

Kişilik hakkı devredilmesi, vazgeçilmesi ve mirasçılara geçmesi mümkün olmayan bir haktır.¹⁰⁵ Buna karşılık bahse konu özellikler kişilik hakkının genel özellikleri olduğundan, kimi kişilik değerlerinin devri mümkün¹⁰⁶ olduğu gibi; kişiliğin ihlali sonucu açılmış tazminat davası alacağının devredilmesi veya ala-

⁹⁷ Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 85) 91; Özsunay (n 85) 102; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 459; Kayıhan (n 85) 68; Helvacı (n 85) 46; Gönen (n 86) 26; Yüksel (n 85) 67; Deniz (n 25) 41.

⁹⁸ Helvacı (n 85) 46; Kayıhan (n 85) 68; Özsunay (n 85) 101-102; Gönen (n 86) 25; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 459; Yüksel (n 85) 67.

⁹⁹ Helvacı (n 85) 46-47; Kayıhan (n 85) 68; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Yüksel (n 85) 67.

¹⁰⁰ Gönen (n 86) 25; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Helvacı (n 85) 47; Yüksel (n 85) 67.

¹⁰¹ Kayıhan (n 85) 68; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Yüksel (n 85) 67; Helvacı (n 85) 47; Gönen (n 86) 27; Özsunay (n 85) 101; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 459; Deniz (n 25) 41.

¹⁰² Helvacı (n 85) 47-48.

¹⁰³ Özsunay (n 85) 102; Helvacı (n 85) 48; Kayıhan (n 85) 68; Yüksel (n 85) 68.

¹⁰⁴ Helvacı (n 85) 48; Yüksel (n 85) 68.

¹⁰⁵ Kayıhan (n 85) 68; Gönen (n 86) 27; Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 85) 91; Özsunay (n 85) 102; Yüksel (n 85) 68; Helvacı (n 85) 48; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 187; Deniz (n 25) 41.

¹⁰⁶ Helvacı (n 85) 48; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 187; Gönen (n 86) 27.

caktan vazgeçilmesi mümkündür.¹⁰⁷ Bunun yanında kişilik hakkı zamanlaşımına veya hak düşürücü süreye tabi olmasa da kişilik hakkının ihlali sebebiyle doğan alacağın zamanlaşımına tabi olacaktır.¹⁰⁸

b. Kişisel Verilerin Korunmasının Kişiliğin Korunmasından İbaret Olduğu Hakkında

Kişisel veri niteliğini haiz bilgilerin neredeyse hepsi doğrudan kişilikle ilişkilidir. Bir kişinin adı-soyadı, ikametgahı, görüntüsü, sesi, medeni veya sosyo-ekonomik durumu, cinsel hayatı ve tercihleri bunların örneklerindendir. Görüldüğü üzere kişilik hakkı ile kişisel veriler arasındaki bağlantı sarihdir. Kişisel verisinin hukuka aykırı işlendiği hallerde, ilgili kişinin kişiliği üzerinde bir zarar meydana gelecektir. Örnekle açıklamak gerekirse, bir kişinin nahoş görüntüsünün veya toplum tarafından kınanacak cinsel yöneliminin ifşa edilmesi halinde, kişisel verilerinin işlenmesi sonucunda kişiliği ihlal edilmiş olacaktır.

Kişisel verilerin hukuka uygun bir biçimde işlenmesini sağlayan açık rızanın, kural olarak yalnızca ilgili kişi tarafından verilebiliyor olması da kişilik hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir mutlak hak olması sebebiyledir.¹⁰⁹ İlgili kişinin, kişisel veri işleme sürecine müdahil olabilmesine imkân tanınması da ilgili kişinin bir kere açık rıza verdikten sonra kişilik değeri teşkil eden kişisel verileri hakkında bilgi sahibi olarak, veri sorumlusunun hukuka aykırı veya başka bir amaçla ya da yanlış veya eksik bir veriyle işleme yapmasını engelleyerek, kişiliğin ihlalinin engelleme amacına hizmet eder. Ayrıca kişisel verilerin korunması ile kastedilen de esasen kişinin korunmasıdır.¹¹⁰

Alman Federal Mahkemesinin bahse konu nüfus sayımı kararı dikkatle incelendiğinde kararın, “kişiliğin geliştirilmesi” ve “insan onuru” kavramlarına dayandığı görülür.¹¹¹ Türk Hukuku bakımından mesele incelendiğinde, Anayasa m.17’deki kişiliğin geliştirilmesi ve özel hukuk alanındaki yansıması olan kişilik hakkının emelinin de insan onurunun korunması olduğu görülür.¹¹² Bir başka

¹⁰⁷ Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 459; Helvacı (n 85) 48.

¹⁰⁸ Kayıhan (n 85) 68; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 188; Gönen (n 86) 27; Helvacı (n 85) 48; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 459.

¹⁰⁹ Kayıhan (n 85) 68; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 85) 186; Yüksel (n 85) 67; Helvacı (n 85) 47; Gönen (n 86) 27; Özsunay (n 85) 101; Serozan, Engin ve Atamer (n 85) 459; Deniz (n 25) 41; Becer (n 5) 45-46.

¹¹⁰ Akgül (n 4) 20; Balci Şahin (n 31) 47; Küzeci (n 11) 286; Yüzbaşı Tobaz (n 11) 48.

¹¹¹ Doğan Kılınç, ‘Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması’, (2012) 61 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1089, 1098-1099; Becer (n 5) 42.

¹¹² Becer (n 5) 44-45.

deyişle, insan onurunun korunabilmesi, insanın kişiliğinin korunması ve kişiliğini geliştirilmesine imkân tanınması ile mümkündür.¹¹³ Böylece Alman Federal Mahkemesinin yeni bir hak icat ederek ulaştığı noktaya, yeni bir hak icat etmeden varılabilir. Ayrıca kişinin, kişiliğini serbestçe geliştirilmesinin en önemli unsuru, kişinin kendi geleceğini serbestçe tayin edebilmesidir. Kendi geleceğini kişilik hakkı kapsamında tayin edebilen bir kişinin, aynı değerin yansımaları olarak kişisel verilerinin geleceğini tayin edebileceği de açıktır. Bir başka deyişle, kişinin kendisini serbestçe geliştirebilmesi hakkı olarak da ifade edilen kişilik hakkı, doğal olarak kişinin geleceğini ve kişinin verilerini tayin hakkını da içerir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakkın, bağımsız bir hak olarak görülmesine neden olan durumlardan ilki, kişisel verilerin ilk olarak özel hayatın gizliliği başlığı altında değerlendirilmesidir. Kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği sınırlarına mahkûm edilmesine gerek olmamasına rağmen, bu şekilde bir tasnif yapılması özel hayatın gizliliğinin sınırlarının aşınmasına ve bağımsız hak görüşünün ortaya çıkmasına zemin hazırladı. Oysa varılan kanaate göre kişisel verilerin özel hayatın gizliliği başlığı altında değerlendirilmemesi gerekirdi. Nitekim bu konudaki düzenleme Türk Anayasası m.20/3¹¹⁴’teki özel hayatın gizliliği hakkı başlıklı maddede yapılmış olsa da kanunun amacının düzenlendiği KVKK m.1’de “*başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak*” denilerek, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği hakkını aştığı ifade edilmiştir.

Kişisel veriler doğrudan kişilik hakkı ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve insan onuru ile ilgilidir. Kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği başlığı altında değerlendirilmesi, bağımsız hak görüşüne kapı araladı. Oysa olması gereken, kişisel verilerin, kişilik hakkının altında kişiliğin geliştirilmesini sağlayan bir değer olarak değerlendirilmesiydi.¹¹⁵ Konuya unutulma hakkı perspektifinden bakılması halinde kişisel veri-

¹¹³ Nitekim veri gizliliği kurallarının da oluşturulmasının gaye de budur, Hartzog (n 1) 1683.

¹¹⁴ Anayasa m.20/3.

¹¹⁵ Elif Beyza Akkanat Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 49,52; Becer (n 5) 48; buna karşın kişiliğe ilişkin pek çok değerde olduğu gibi kişisel verilerin de maddi yönünün gözden kaçırılmaması gerekir, Resta (n 26) 41-42; Nasıl ki bir model görüntüsü, bir seslendirme sanatçısı sesini bir sözleşmenin konusu halinde getirebiliyorsa kişisel verilerin de kişilik değeri teşkil etmesi birtakım kişisel verilerin kimi durumlarda sözleşmeye konu edilmesine engel teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz, Akkanat Öztürk (n 115) 49,56; zaten hali hazırda sosyal mecraların ücretsiz kullanılıyor görüntüsünün arkasında kişisel verilerle gerçekleşen bir ödeme hatta paranın söz konusu olmadığı bir değiş tokuş cereyan etmektedir. Custers ve Malgieri (n 65) 1-2; ancak burada ilgili kişilerin değiştikleri şey kişiliklerinin bir parçasıdır; Ayrıca veri işlemenin geçerlilik koşulu olan rızanın karşılıksız olmasının gerekmemesi de kişisel verilerin ticarileştirilebileceği yönünde bir gösterge olarak değerlendir-

lerin neden kişiliğin serbestçe geliştirilmesi başlığı altında değerlendirilmesi gerektiği daha net bir biçimde belirir. Nitekim unutulma hakkında kişi, kendisi tarafından paylaşılmış bir verinin dahi erişimden kaldırılmasını talep edebilir. Ayrıca unutulma hakkı, unutulması talep edilen içeriğin özel hayat alanına dahil olup olmadığı ile ilgilenmez ve özel hayatın ihlaline ilişkin bir değerlendirme de yapmaz.¹¹⁶ Burada incelenen ve önemsenen husus, ilgili kişinin kendi geliştirme ve kişisel verilerinin geleceğini belirleyebilmesidir. Nasıl ki kişisel verilerin korunmasının gayesi, ilgili kişinin baskı altında kalmasını engelleyerek kendisi gibi davranmasını sağlamaksa, buna paralel olarak unutulma hakkının da gayesi, ilgili kişinin yeni bir başlangıç yapabilmesidir.¹¹⁷ Hülasa kişisel verilerinin korunması hukukunun son müesseselerinden biri olan unutulma hakkı, kişisel verilerin hukuki mahiyetine uygun şekilde kişiliğin serbestçe geliştirilmesi bakış açısı ile üretilmiştir.

Kişisel verilerin korunmasının temel gayesi de kişinin kendisini özgürce geliştirme hakkı olarak da ifade edilen kişilik hakkının temel gayesi de insan onurunun korunmasıdır. Kişisel verilerin kişiliğin bir görünümünden ibaret olduğu KVKK m.14/3'teki "*Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.*" hükmünden de anlaşılabilir. Teknolojinin gelişmesi sonucu, kişisel verilerin ihlali teşkil edecek durumların artacağı, bu sebeple de kişilik hakkına ilişkin korunmanın yeterli gelmeyeceği düşüncesi, isabetli görülmektedir.¹¹⁸ Yeni kişilik hakkı¹¹⁹ gibi ifadeler kullanılarak sanki eski ve işlevsiz bir kişilik hakkı varmış da yoğun bir düşünsel faaliyet sonucu yeni bir kişilik hakkı keşfedilmiş imajı oluşturulsa da; kişilik hakkı, kişilik hakkıdır. Kişisel verilere ilişkin bağımsız bir hakkın varlığı muhal farz kabul edilse dahi, veri sorumlusunun sorumluluğu kişilik hakkı perspektifinden değerlendirilecektir.

rilmektedir, Resta (n 26) 58; buna karşılık gerek GVKT gerek KVKK'da tanınan geri alma ve silinmesini isteme hakları kişisel verilerin ticarileşmesinin önünde bir engel olarak görünmektedir, Berg ve Davidson (n 28) 28.

¹¹⁶ Bunun sebebi unutulma hakkının, unutulması talep edilen içeriğin paylaşılmasından bir süre geçtikten sonra kullanılıyor olmasıdır. Söz konusu içerik ilk paylaşıldığında özel hayatın gizliliği hakkının korunmasına ilişkin bir denetimden geçirilmiş olabilir. Ancak unutulma hakkı kullanılmak istendiğinde yapılacak olan değerlendirme kişisel verilerin korunması hakkına -yani ilgili kişinin kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkına- yönelik bir değerlendirme olacaktır.

¹¹⁷ Özkaya ve Toprak (n 48) 92.

¹¹⁸ Akkanat Öztürk (n 115) 50.

¹¹⁹ Taştan (n 47) 66 vd; Yeni kişilik hakkı tabiri kişilik hakkının yetersizliği düşüncesini içermektedir. Oysa kişilik hakkının herhangi bir eksikliği söz konusu değildir. Kişilik hakkının kapsamında kişisel veriler kendisine kendiliğinden yer bulur ve ayrı bir kavramla birleştirilmesi ya da 'yenilenmesini' gerektirmez, Akkanat Öztürk (n 115) 50.

Kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir hak olduğu görüşünün bir başka gerekçesi olarak da ayrı bir kanunun varlığı gösterilmektedir. Oysa bir kişilik değerinin niteliği gereği özel düzenlemeler gerektirmesi sebebiyle ayrı bir kanunda düzenlenmesi o kişilik değerinin, kişilik hakkından ayrışmasını gerektirmez. Örneğin hem bir kişilik değeri hem de kişisel verinin kapsamı içinde yer alan “adın korunması” için kişilik hakkından ve kişisel verilerden ayrı bir hükümle düzenleme yapılmıştır.¹²⁰

Kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir hak ve aynı zamanda kişiliğin de bir parçası olduğu düşüncesinin de kişilik hakkının tüm kişilik değerleri üzerinde geçerli tek bir hak olması sebebiyle, çelişkili bir fikir olduğu kanaatine varılmıştır. Eğer ki kişisel veriler, kişilik hakkı kapsamında ise, kişilik hakkının hukuki mahiyetinin kişilik hakkı olduğu ifade edilmelidir. Zira kişilik hakkı yukarıda da zikrettiğimiz gibi tüm kişilik değerleri üzerinde geçerli olan tek bir haktır.

Bağımsız hak görüşünün savunulma sebeplerinden birinin de kişisel verilerin korunması hukukunu medeni hukuktan bağımsızlaştırma gayesi olduğu düşünülmüştür. Nitekim bağımsız hak görüşü başlığı altında yer verdiğimiz öğretideki kimi görüşler dikkatlice incelendiğinde bu düşüncenin sızdığı fark edilir. Oysa kişisel veri hukukunun daha önemli bir hukuk dalı haline gelmesi için kişisel verinin kişilikten ayrılması gerekmez. Halihazırda kişisel veri giderek daha önemli ve değerli hale gelmektedir.

İfade ettiğimiz tüm gerekçelerle kişisel verilerin kişilik hakkının bir görünümü olduğunu, Anayasada yer alan düzenlemenin de tıpkı Anayasa m.17-27 arasında düzenlenen diğer kişilik görünümleri gibi bir kişilik değerinin önemine binaen Anayasada ayrıca zikredilmesi olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Sonuçta, veri sorumlusunun sorumluluğu, kişisel verilerin kapsamına dahil olduğu kişilik hakkının korunmasına ilişkin kurallara göre belirlenecektir.

Sonuç

Kişisel verilerin hukuki mahiyetine dair yürütülen tartışmaların odağında, verinin bir “meta” mı yoksa “kişiliğin bir uzantısı” mı olduğu sorusu yer almaktadır. Çalışma kapsamında incelenen ekonomik görüş, kişisel veriyi piyasada takas edilebilir, mülkiyet veya fikri mülkiyet hukukuna konu olabilecek ekonomik bir değer olarak kurgulamaktadır. Bu yaklaşım, verinin günümüz ekonomi-

¹²⁰ TMK m.26.

sindeki “petrol” niteliğine atıfta bulunarak ilgili kişinin bu değerden “adil bir karşılık” alması gerektiğini savunsa da, Türk hukuku ve temel insan hakları doktrini bakımından ciddi sakıncalar barındırmaktadır. Zira kişisel verinin mülkiyet hakkına konu edilmesi, kişi ile veri arasındaki koparılamaz bağı zayıflatmakta -hatta berhava etmekte- ve veri sorumlusuna veri üzerinde mutlak tasarruf yetkisi tanıyarak ilgili kişiyi savunmasız bırakma riski taşımaktadır. Ayrıca, kişisel verilerin bir “üretim” sonucu değil, kişinin varlığıyla kendiliğinden ortaya çıkması, bu kavramın fikri mülkiyet hukukuyla bağdaştırılmasını da imkânsız kılmaktadır.

Kara Avrupası geleneği ve bu doğrultuda şekillenen Türk hukukunda ise kişisel veri, doğrudan insan onuru ve kişilik hakkı ile ilişkilendirilmektedir. Geçmişte bu hakkın özel hayatın gizliliği şemsiyesi altında korunmaya çalışıldığı görülse de, günümüzün dijital gerçekliği bu dar kalıbı kırmıştır. Özel hayatın gizliliği odaklı klasik görüş, kamuya açık alandaki verileri veya alenileşmiş bilgileri koruma kapsamı dışında bırakma tehlikesiyle maluldür. Oysa kişisel verilere ilişkin korumanın amacı sadece gizliliği sağlamak değil, verinin kaderini belirleme yetkisini kişiye bırakmaktır.

Öğretide güçlü bir şekilde savunulan bağımsız hak görüşü, kişisel verilerin korunmasını özel hayattan kopararak müstakil bir hak haline getirmeyi hedeflemektedir. Ancak bu çalışma kapsamında ulaşılan kanaat; kişisel verilerin korunmasının, mevcut “*kişilik hakkı*” kavramının dışında bağımsız bir hak olarak kurgulanmasına ihtiyaç olmadığı yönündedir. Bağımsız hak görüşünce savunulan “*bilgisel kendi geleceğini tayin hakkı*”, özünde insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ideale dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu m. 24 ve Anayasa m. 17-20 çerçevesinde şekillenen kişilik hakkı, zaten doğası gereği dinamik bir yapıya sahiptir ve teknolojinin getirdiği yeni risklere karşı bireyin maddi ve manevi varlığını koruyacak kapsayıcılıktadır.

Sonuç olarak, kişisel veriler, kişilik hakkının bir görüntüsü ve ayrılmaz bir parçasıdır. Verinin hukuka aykırı işlenmesi, doğrudan ilgili kişinin kişilik değerlerine bir saldırı teşkil eder. Nitekim KVKK m. 14/3’te yer alan, kişilik hakları ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğuna dair hüküm de bu tespiti teyit eder niteliktedir. İfade edilen gerekçelerle veri sorumlusunun sorumluluk rejimi, kişilik hakkının korunmasına ilişkin mutlak ve emredici kurallar çerçevesinde tayin edilmelidir. Bu bakış açısı, bireyin sadece bir “*veri kaynağı*” olarak görülmesini engelleyerek hukuku dijital çağda kişiliği ve insan onurunu layıkıyla korumasına hizmet edecektir.

Kaynakça

- Akçaal, M ve Yelmen, A 'Kişisel Verilerin Kişilik Hakları Bakımından Değerlendirilmesi'. Şenocak K (ed), *Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 81-118
- Akgül, A, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Beta Basım 2014)
- Akkanat Öztürk E B, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Akkurt, S S, 'Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış' (2020) 2 (1) *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 20-32
- Aksoy H C, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Çakmak Yayınevi 2010)
- Arslan Öncü G, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (1.Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2019)
- Arslan, M, 'Kişisel Veri ve Tüzel Kişiler'. Nuran Koyuncu (ed), *V. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi (2025) Tam Metin Kitabı* (1. Baskı, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları 2025), 649-662
- Balci Şahin M N, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2024)
- Baskın O, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Becer B, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişilik Haklarının Korunması' (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2021)
- Berg, C ve Davidson S, *Selling Your Data Without Selling Your Soul Privacy, Property, and the Platform Economy*. Competitive Enterprise Institute, Issue Analysis 2019 (4), Erişim Tarihi: 25.02.2026, <https://cei.org/sites/default/files/data-privacy-paper-final.pdf>
- Bibas, S A, 'A Contractual Approach to Data Privacy' (1994) 17 (2) *Harvard Journal of Law & Public Policy* 591-611
- Bottis M ve Bouchagiar G, 'Personal Data v. Big Data: Challenges of Commodification of Personal Data'. (2018) 8 *Open Journal of Philosophy* 206-215
- Bozkurt H, *Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuki Boyutu* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2021)
- Cheneval F, 'Property rights of personal data and the financing of pensions' (2021) 24 (2) *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 253-275
- Custers, B ve Malgieri G, 'Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data' (2022) 45 *Computer Law & Security Review* 1-11

- Çakırca S İ, *Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023)
- Çavuşoğlu G F, *Kişisel Verilerin Yapay Zekayla İşlenmesinden Doğan Özel Hukuk Sorunları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021)
- Çekin M S, 'Veri Temelli Ekonomi Çağında Bir Temel Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması' (2020) 37 (2) Anayasa Yargısı 343-356
- Çelik Y, 'Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı' (2017) 8 (32) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 391-410
- Çelikel S, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022)
- Çobansoy G, 'İnsan Hakları Açısından Kişisel Verilerin Korunması Sorunu' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2020)
- del Rosario L M M, 'On the Propertization of Data and the Harmonization Imperative'. (2022) 90 (4) Fordham Law Review 1699-1742
- Deniz İ, *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve KVKK Kapsamında Korunması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021)
- Devries W T, 'Protecting Privacy in the Digital Age' (2003) 18 (1) Berkeley Technology Law Journal 283-311
- Doğan B, *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023)
- Dülger M V, 'İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması' (2018) 5 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-168
- - *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (3. Baskı, Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık 2020)
- Feyzioğlu F N, Doğanay Ü ve Aybay A, *Medeni Hukuk Dersleri 1. Cilt* (Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası 1976)
- Froomkin A M, 'The Death of Privacy?' (2000) 52 (5) Stanford Law Review 1461-1543
- Gönen D, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011)
- Günay B, *Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Taştan F G, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Hartzog W, 'What is Privacy? That's the Wrong Question' (2021) 88 (7) The University of Chicago Law Review 1677-1688
- Havan M E, *Kişisel Verilerin Sözleşmeye Konu Olması*. (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)

- Helvacı, S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2001)
- Hornung G ve Schnabel C, 'Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination' (2009) 25 (1) Computer Law & Security Report 84-88
- İmançlı C, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Janger, E J, 'Privacy Property, Information Costs, and the Anticommons' (2003) 54 (4) Hastings Law Journal 899-929
- Jurcys P, Donewald C, Globocnik J ve Lampinen M, 'My Data, My Terms: A Proposal for Personal Data Use Licenses' (2020) 33 Harvard Journal of Law & Technology 1-14
- Karasu R, Suluk C ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Kaya K, 'Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Ortaya Çıkan Bir Hak Olarak Unutulma Hakkının Değerlendirilmesi' (2022) 5 (8) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi 177-196
- Kayihan Ş, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler)* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Kılıçoğlu A M, *Fikri Haklar* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2020)
- Kılınç Sucu B M, 'Temel Hak Boyutuyla Kişisel Verilerin Korunması' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022)
- Kılınç, D, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması' (2012) 61 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1089-1169
- Kıpçak H C, *Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Koç F, *İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Kütük D D, 'Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve İstisnalar' (Yüksek Lisans Tezi, Gebze Teknik Üniversitesi 2022)
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması*. (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Lambert, P, *Understanding the New European Data Protection Rules* (1st edn, CRC Press 2018)
- *A User's Guide to Data Protection: Law and Policy* (4th edn, Bloomsbury Professional 2020)
- Lemley M A, 'Private Property' (2000) 52 (5) Stanford Law Review 1545-1557
- Lessig L, 'Privacy as Property' (2022) 69, (1) Social Research: An International Quarterly 247-269
- Mayer-Schönberger V, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age* (4th edn, Princeton University Press 2011)

- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, On İki Levha Yayınları 2022)
- Ogbeide E L, "Delineating the Legal Framework for Data Protection: A Fundamental Rights Approach or Data Propertization?" (2022) 20, (1) *Journal of Law and Technology* 23-37
- Oğuzman M. K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2024)
- Okoro E L, 'Death and Personal Data in the Age of Social Media' (LLM, Tilburg University 2018)
- Ovalıoğlu Seyis S, *Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Özbek N, *İşverenin Kişisel Verileri Koruma Borcu* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024)
- Özkan O, *Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)
- Özkaya Ö ve Toprak İ, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bir İnsan Hakkı Olarak Kişisel Verilerin Korunması' (2022) 33 (124) *Sayıştay Dergisi* 71-99
- Özsunay E, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1974)
- Peltz-Steele R J, 'The Pond Betwixt: Differences in the U.S.-EU Data Protection/Safe Harbor Negotiation' (2015) 19 (1) *Journal of Internet Law* 14-30
- Polater S, *Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 17-18; Kılıçoğlu (n 38)
- Prins C, 'Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity'. Guibault Lucie ve Hugenholtz, P. Bernt (eds), *The Future of the Public Domain, Identifying the Commons in Information Law (Information Law Series; No. 16)* (Kluwer Law International 2006) sa. 223-257
- - 'When personal data, behavior and virtual identities become a commodity: Would a property rights approach matter?' (2006) 3 (4) *SCRIPT-ed* 270-303
- Purtova N, 'Property rights in personal data: Learning from the American discourse' (2009) 25 (6) *Computer Law & Security Review* 507-521
- Purtova N, 'The illusion of personal data as no one's Property' (2015) 7 (1) *Law, Innovation and Technology* 83-111
- Resta G, 'The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives' (2011) 26 *Tulane European & Civil Law Forum* 33-65
- Rodotà S, 'Data Protection as a Fundamental Right'. Gutwirth S, Pouillet Y, Hert P, Terwangne C ve Nouwt S (eds), *Reinventing Data Protection?* (1st edn, Springer 2009) 77-82
- Samuelson P, 'A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy' (1999) 87 (3) *California Law Review* 751-778

- - 'Privacy as Intellectual Property?' (2000) 52 (5) Stanford Law Review 1125-1173
- Sayın Z G, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Medeni Hukuktaki Kişilik Hakkı Kavramına Etkisi* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024)
- Schwartz P, 'The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination' (1989) 37 (4) The American Journal of Comparative Law 675-701
- - 'Property, Privacy, and Personal Data' (2004) 117, (7) Harvard Law Review 2056-2128
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 2014)
- Serozan R, Engin B. İ ve Atamer Y M, *Serozan Medeni Hukuk* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2021)
- Söğütoğlu S M, 'Hassas Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu' (2020) 1 (2) İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 433-472
- Stepanov I, 'Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right - an evaluation' (2020) 34 (1) International Review of Law, Computers & Technology 65-86
- Sultanlı İ, 'Anayasal Bir Hak Olan Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Mahremiyet ile İlişkisi' (2021) 4 (1) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi 23-34
- Şimşek O, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Beta Basım Yayın 2008)
- Tekinay S S, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Baskı, Filiz Kitabevi 1992)
- Tepe E, *Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Tiffany K, 'The Perennial Debate About Whether Your Phone is Secretly Listening to You, Explained' VOX, T.31.12.2018, <<https://www.vox.com/the-goods/2018/12/28/18158968/facebook-microphone-tapping-recording-instagram-ads>> Erişim Tarihi: 18.02.2026
- Warren S D, ve Louis D B, 'The Right to Privacy' (1899) 4 (5) Harvard Law Review 193-220
- Yel Eserol Z İ, 'Uluslararası Düzenlemelerde Kişisel Verilerin Korunması ve Türk Mevzuatına Göre Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2024)
- Yılmaz B, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022)

- Yılmaz S ve Çavuşoğlu G F, *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*. (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)
- Yüksel H, *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları*. (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Yüzbaşı Tobaz F, *Avrupa ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2023)
- Zor A, *Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin İhlalinden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020)

Akrabalar Arası Taşınmaz Satışının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine Etkisi^(*)

Öğr. Gör. Dr. Hüseyin Çağrı GÜLSEVEN^(**)

Öz

Bir kişi paylı mülkiyet şeklinde hak sahipliğinin bulunduğu taşınmazdaki payını, üçüncü bir kişiye satabilir. Böyle bir durumda diğer paydaşların satışa konu edilmiş olan payı aynı şartlarla satın almasını sağlayan hak, yasal önalım hakkı olarak tanımlanmaktadır. Kural olarak, yasal önalım hakkı üçüncü kişilere yapılan pay satışında kullanılacak olsa da bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bu istisnalardan birisi de taşınmazdaki payın akrabalar arası satışa konu olmasıdır.

İstisna niteliğindeki bu işlemde devreden kişi payı, bağışlama veya payın miras paylaşımına girmesini engellemek amacıyla devretmektedir. Her iki durumda da taraflar satış sözleşmesi yapma iradesine sahip olmadığından, bu işlemler muvazaalı işlemlerdir. İşte istisna niteliğindeki bu pay satış işlemi devralan, yasal önalım hakkını kullanılmasını engellemek için, kendi muvazaalı işlemine dayanmaktadır. Devralanın bu savunması yasal önalım hakkının kullanılmasını engelliyor olsa da söz konusu savunmanın edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi bakımından birtakım sonuçları doğmaktadır. Sözü edilen sonuçlar eşin, payın devreden veya devralanı olmasına göre farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda, ilk önce yasal önalım hakkı ve muvazaa kavramı genel olarak açıklanmaktadır. Akabinde akrabalar arası satış sözleşmeleri genel olarak izah edilmektedir. Ardından edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi genel hatlarıyla açıklanmaktadır. Son olarak ise akrabalar arası satışın edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi açısından sonuçları değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yasal Önalım Hakkı, Akrabalar Arası Satış, Muvazaa, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Mal Rejiminin Tasfiyesi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.01.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 05.04.2026.

Atıf Şekli: Hüseyin Çağrı Gülseven, 'Akrabalar Arası Taşınmaz Satışının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine Etkisi' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 615,644.

DOI: 10.52273/sduhfd..1855359.

^(**) Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü, Yalova-Türkiye;

E-posta: gulsevenhukukcu@hotmail.com.

Orcid: 0000-0003-0777-8512.

The Effect of the Sale of Immovable Property Between Related Parties on the Liquidation of the Regime of Participation in Acquired Property

Abstract

A co-owner in a property held under co-ownership may transfer or sell his or her share to a third party. In such a case, the right that allows the other co-owners to purchase the share subject to the sale under the same conditions is defined as the statutory right of pre-emption. As a rule, although the legal preemptive right is exercised in the sale of shares to third parties, this rule has certain exceptions. One of these exceptions is the case where the share in the immovable property is made the subject of a sale between related parties.

In this exceptional case, the share is transferred either as a gift or to exclude it from the inheritance distribution. In both situations, since the parties do not possess a genuine intention to conclude a contract of sale, these transactions constitute simulated transactions. In this exceptional type of share transfer, the transferee relies on his or her own simulated transaction in order to prevent the exercise of the statutory right of pre-emption. Although this defence prevents the exercise of the statutory right of pre-emption, it gives rise to certain consequences with regard to the liquidation of the matrimonial property regime of participation in acquired property. These consequences vary depending on whether the spouse is the transferor or the transferee of the share. In this context, the present study first explains the statutory right of pre-emption and the concept of simulation in general terms. Subsequently, the general framework of the liquidation of the matrimonial property regime of participation in acquired property is outlined. It then discusses contracts of sale concluded between relatives. Finally, the consequences of sales between relatives in terms of the liquidation of the regime of participation in acquired property are evaluated.

Keywords

The Legal Preemptive Right, Sale Between Related Parties, Simulation, Regime of Participation in Acquired Property, Division of Matrimonial Property.

Extended Summary

The legal preemptive right is a right which, in the event that a share in an immovable property subject to co-ownership is sold to third persons by one of the co-owners, enables the other co-owners to purchase the share that has been made the subject of the sale under the same terms. As a rule, the legal preemptive right is exercised in the sale of a share to third persons. However, this rule has certain exceptions. One of these exceptions is where the share in the immovable property is made the subject of a Sale between related parties. According to this, if a co-owner transfers his/her share in the immovable property to his wife, husband, children, or one of his relatives by showing the transaction as a sale in the land registry, and if such transfer is made for a purpose such as donation or inheritance law, then the legal preemptive right cannot be exercised in that sale.

As a rule, it is prohibited for a person to rely on his/her own Simulation. However, in the sale transaction which constitutes an exception to the legal preemptive right, the transferee relies on the simulated transaction that has been carried out. Thus, although the transferee's reliance on his/her own simulated transaction in this exceptional share sale transaction prevents the exercise of the legal preemptive right, this defense gives rise to certain consequences in terms of the liquidation of the Regime of participation in acquired property.

The Regime of participation in acquired property is the statutory property regime to which spouses are subject upon the establishment of the marital union. The provisions of the property regime regulate, within the framework of certain principles, the rules to which spouses are subject financially. The property regime to which spouses are subject financially ends with the death of one of the spouses or the transition to another property regime. In addition to these situations, apart from these, the property regime ends in cases where the marriage is terminated by the court due to divorce or annulment, and where a decision is rendered to transition to separation of property. With the termination of the property regime, the regime enters the liquidation stage. Here, one matter that must be taken into account is the Sale between related parties transaction, which constitutes an exception to the statutory right of pre-emption.

The assessment to be made in terms of the liquidation of the property regime regarding the Sale between related parties transaction, which constitutes an exception to the legal preemptive right, varies depending on whether the spouse is the transferor or the transferee in the sale of the share in the immovable property. If the transfer of the share in the immovable property was made by a married person during the period in which the property regime was valid, the claim that this sale transaction constitutes a value to be added in the liquidation of the property regime comes to the agenda. Gratuitous dispositions made by one spouse to a third person and certain transfers are accepted as values to be added in the liquidation of the property regime. The values to be added are regulated in Article 229 of the Turkish Civil Code. According to this article, two groups of transactions are in the status of values to be added. First are gratuitous dispositions made by one of the spouses, other than ordinary gifts,

within one year prior to the termination of the property regime without the consent of the other spouse. Second are the transfers made by one spouse during the continuation of the property regime with the purpose of reducing the participation claim of the other spouse. In both types of transactions, in order for the asset subject to the transaction to be taken into account as a value to be added in the liquidation of the property regime, the asset transferred must be the acquired property of the transferring spouse. Because, in the event that an asset having the status of personal property is transferred to someone else by way of gratuitous disposition or for other reasons, the other spouse cannot assert a claim over the asset subject to this transaction. In this context, if a spouse transfers his/her share in an immovable property that falls within the category of acquired property to a third person for a purpose such as inheritance law or donation, although the legal preemptive right cannot be exercised in the sale transaction, the court decision in the action filed regarding the exercise of the legal preemptive right will have the nature of conclusive evidence in the allegation concerning the values to be added. Because, as explained above, gratuitous dispositions made by a spouse within one year prior to the termination of the property regime are, if they are not in the nature of an ordinary gift, deemed *ipso facto* to be in the status of values to be added. If the sale of the share in the immovable property was not made within the one-year period prior to the termination of the property regime, then in this case, the consideration of the sale, which constitutes an exception to the legal preemptive right, as a value to be added is dependent on proving that it was made with the purpose of reducing the participation claim. The burden of proof here lies with the spouse who alleges that the sale was made with the purpose of reducing the participation claim.

If, in the immovable share sale between relatives constituting an exception to the legal preemptive right, the spouse is the transferee, this spouse may, in the action for liquidation of the property regime, prove that he/she acquired the share gratuitously by asserting the court decision in the action filed regarding the exercise of the legal preemptive right. As a result, the share in the immovable property, based on the court decision asserted, is included among the spouse's personal property, and the other spouse cannot assert any right over this share.

Giriş

Birden fazla kişi, belli paylarla bir taşınmaza malik olursa bu kişiler arasında paylı mülkiyet ilişkisi meydana gelir. Paylı mülkiyet ilişkisinde malik olan paydaşlar payları üzerinde tasarruf edebilir. Paydaşların payları üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğundan, pay satışı konusunda bir serbestlik söz konusudur. Pay satışı ile ilgili bir serbestlik varsa da payın üçüncü kişilere satışının gündeme geldiği hallerde, diğer paydaşların kanundan doğan payı satın alma hakkı bulunmaktadır. Kanun koyucunun paydaşlara tanıdığı bu hak, yasal önalım hakkıdır.

Yasal önalım hakkı, payın üçüncü kişilere satılması durumunda ortaya çıkan bir hak olsa da bu hakkın kullanılması hususunda birtakım istisnalar vardır. Bahsi geçen istisnai düzenlenmelerden bir tanesi de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda yer almaktadır¹. Söz konusu karara göre, taşınmazdaki payın satışı akrabalar arasında yapılan bir satış ise, bu satışta yasal önalım hakkı kullanılamaz. Yasal önalım hakkının kullanılamayacağı akrabalar arası devrin belli özelliklere sahip olması şarttır. Burada sahip olunması gereken özellik, pay devrinin bedel karşılığı değil, bağışlama veya payın miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak amacıyla yapılmasıdır. Örneğin, bir kişi bağımsız bölüm niteliğindeki taşınmazın 1/3 oranında pay sahibidir. Bu kişi payı, kendisi ile ilgilenen duygusal anlamda minnet duyduğu, kardeşinin kızına herhangi bir bedel almaksızın satış sözleşmesi yaparak devretmiştir. Yapılan devirde kişi bağışlama amacıyla hareket ettiğinden, diğer paydaşlar bu devir ile ilgili yasal önalım hakkını kullanamaz. Bu konuda başka bir örnek de şöyle olabilir: Bir kişi tarla niteliğindeki taşınmazın 1/4 oranında malikidir. Kişi bu taşınmazı, diğer maliklerle yapılan anlaşma gereğince oğlu ile ekip biçmektedir. Bu taşınmazdaki payını kişi, oğlunu korumak ve payın miras paylaşımına girmesini engellemek amacıyla, herhangi bir bedel almaksızın oğluna satış sözleşmesi yaparak devretmiştir. Taşınmazdaki payın devir işleminde, devredenin amacı bedel almak değil, devralanı korumak ve payın miras paylaşımına girmesini engellemek olduğundan, bu devirde de diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanamaz.

¹ Yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki akrabalar arası satış işlemi ile ilgili kararlar için bkz. YHGK, 2269/56, 09.02.2021; Yargıtay 14 HD, 8066/6219, 03.10.2019; Yargıtay 7 HD, 2652/4101, 21.12.2021; Samsun BAM 1 HD, 2485/319, 13.02.2020; Yargıtay 14 HD, 11407/8453, 09.12.2019; Yargıtay 14 HD, 9507/6860, 21.10.2019; İstanbul BAM 7 HD, 150/411, 08.03.2018; İstanbul BAM 7 HD, 1222/1190, 04.10.2017; Yargıtay 14 HD, 2738/5813, 05.10.2020; YHGK, 6-572/656, 15.12.2010 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2026.

Bir kişi yaptığı hukuki işlemde, kendi muvazaasına kural olarak dayanamaz. Fakat yasal önalım hakkının kullanılamayacağı satış sözleşmesinde, sözleşmenin tarafı olan kişi kendi muvazaasına dayanmaktadır. Görüldüğü üzere içtihadı birleştirme kararıyla bu kurala bir istisna getirilmiştir. Bu istisnada kişi, sahibi olduğu taşınmazı satış sözleşmesi yaparak devretmiş olsa da devreden kişinin amacı payı bedel karşılığı devretmek değil, payı devralana bağışlamak veya payın miras paylaşımına girmesini engellemektir. İstisna niteliğinde olan bu muvazaa savunması, yasal önalım hakkının kullanılmasını bertaraf etse de bahsedilen savunmanın yasal mal rejimi niteliğindeki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi bakımından önemli etkileri bulunmaktadır. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak yasal önalım hakkı, muvazaa ve edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi genel hatlarıyla izah edilecektir. Sonrasında akrabalar arası satış işlemi genel olarak açıklanacaktır. Nihai olarak ise edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine, yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki akrabalar arası taşınmaz satışının nasıl bir etkide bulunacağı hususu değerlendirilecektir.

I. Genel Hatlarıyla Yasal Önalım Hakkı, Muvazaa ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi

Paylı mülkiyetin bulunduğu taşınmazda paydaş olan kişilerden birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşların aynı şartlar ile bu payın sahibi olabilmesini sağlayan hakka yasal önalım hakkı denir². Bahsedilen hak,

² Yasal önalım hakkı hakkında bilgi için bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şufl'a Hakkı* (Fakülteler 1959) 1 vd.; Şükran Taman Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufl'a) Hakkı* (MK m. 659) *Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları* (Alfa 1994) 8 vd.; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2. Baskı, Ankara 1984) 613 vd.; Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı)* (3. Baskı, Savaş 1987) 136-138; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (24. Baskı, Filiz 2022) 639 vd.; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin 2021) 407 vd.; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (9. Baskı, Adalet 2020) 459 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Turhan 2021) 402 vd.; Ayşe Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2025) 605 vd.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2019) 312-314; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta 2018) 553 vd.; Şeref Ertaş, Emre Cumalıoğlu ve İlknur Serdar, *Eşya Hukuku* (16. Baskı, Barış 2021) 414 vd.; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (On İki Levha 2020) 115 vd.; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Eşya Hukuku*, Cilt V (Yetkin 2024) 318 vd.; Mehmet Akçal, *Eşya Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2024) 511 vd.; Fikret, Eren, 'Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 105 vd.; İsmail Satılmış, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022) 14 vd.; Müge Özyayıtçı Ük, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2024) s. 6 vd.; Serkan Akbel, 'Yasal Önalım Hakkı, Hakkın Kullanılması ve Sonuçları' (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi 2019) 17 vd.; Özge Erbek Odabaşı, 'Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması' (2021) 23 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hu-

Türk Medeni Kanunu³ m. 732’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yasal önalım hakkını diğer paydaşlar payın üçüncü kişiye tamamen satılması durumunda kullanabileceği gibi kısmen satılması⁴ halinde de kullanabilir⁵.

Yasal önalım hakkının hukuki niteliği ile ilgili öğretide çeşitli görüşler vardır. Hukuki nitelik ile ilgili ileri sürülen görüşlerden birincisi⁶, yasal önalım hakkını taşınmazdaki bir payın elde edilmesini sağlayan aynı hak olarak nitelendirmektedir. Bu görüş, azınlıkta olan yazarlar tarafından ifade edilmektedir. Öğretide ileri sürülen ikinci görüş⁷ ise yasal önalım hakkının yenilik doğuran bir hak oldu-

kuk Fakültesi Dergisi 1001, 1003 vd.; Vehbi Umut Erkan, ‘Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması’ (2014) 5 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269, 271 vd.; Adnan Takış, ‘Yasal Önalım Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2005) 9 vd.; Cansu Yavuz, ‘Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2019) 14 vd.; Cengiz Topel Çay, ‘Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi)’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2007) 26 vd.; Didem Akalp Demirtabak, *Yasal Önalım Hakkı* (On İki Levha 2010) 22 vd.; İlay Zeynep Suata, *Kanuni Önalım Hakkı* (Yetkin 2020) 19 vd.; Mehmet Beleş, ‘Yasal Önalım Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2007) 22 vd.; Mehmet Göktimur, ‘Yasal Önalım Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi 2022) 12 vd.; Mehmet Üçer ve Mehmet Göktimur, ‘Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Gerçek Değer Yerine Tapuda Gösterilen Satış Bedelinin Esas Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu’ (2023) 28 (49) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 499, 502 vd.; Nurgül Kutlu, ‘Önalım Hakkının Kullanılması’ (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi 2010) 9-13; Suat Şimşek, ‘Yasal Önalım Hakkının Şartları ve Bu Hakkın Kullanılamayacağı Haller’ (2025) (75) Adalet Dergisi 783, 785 vd.; Sultan Melis Saray Türe, ‘Önalım Hakkı ve Sınırları’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 12 vd.; Vehbi Umut Erkan, ‘Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2006) 16 vd.

³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607. Bu çalışmada Türk Medeni Kanunu, TMK olarak kısaltılarak kullanılmıştır.

⁴ Paylı mülkiyete konu olan taşınmazda yasal önalım hakkı, payın satılması durumunda kullanılabilecek olsa da satış benzeri olan hallerde de kullanılabilir. Buna isteğe bağlı artırma yoluyla yapılan satışları, tapuya şerh edilmiş olan geri alım sözleşmesine istinaden gerçekleştirilen devirleri veya ifa yerine geçen edimleri örnek olarak verebiliriz. Bu konu ile ilgili bkz. Eren, ‘Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı’ (n 2) 113-114; Erkan, ‘Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı’ (n 2) 60 vd.; Saray Türe (n 2) 30 vd.; Kutlu (n 2) 60 vd.; Beleş (n 2) 74 vd.

⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 2) 639; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 2) 408; Sirmen (n 2) 606; Eren, ‘Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı’ (n 2) 106; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 553; Özüytgu Ük (n 2) 16.

⁶ Feyzioğlu (n 2) 108-109. Ancak Feyzioğlu yasal önalım hakkı ile ilgili açıklamalarında, bu hakkı mutlak bir şekilde aynı hak olarak nitelendirmemiş ve yasal önalım hakkı hususunda aynı hak manası galip bir inşai hak değerlendirmesinde bulunmuştur. Bkz. Feyzioğlu (n 2) 109.

⁷ Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şu’fa) Hakkı (MK m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları* (n 2) 31 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 2) 639; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n

ğunu belirtmektedir. Bu görüş, doktrinde hakim görüştür. Ayrıca bu görüşteki yazarlar, yasal önalım hakkının kanundan doğduğunu, kullanılabilmesi hususunda şerhe gerek olmadığını ve netice olarak eşyaya bağlı bir hak olduğunu ifade etmektedir.

Yasal önalım hakkını, Yargıtay 20.06.1951 tarih ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı'nda aynı hak olarak değerlendirmiştir⁸. Ancak 11.02.1959 tarih ve 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı'nda⁹ bu görüş değişmiştir. Değişen görüşe göre, yasal önalım hakkı paydaş ile üçüncü kişi arasında satışa benzer bir ilişkinin kurulmasını sağlayan yenilik doğuran hak şeklinde nitelendirilmiştir¹⁰. Kanaatimize göre, ağırlıkta olan görüşün de belirttiği üzere, yasal önalım hakkı paya bağlı ve ancak dava yoluyla kullanılması mümkün olan yenilik doğuran hak niteliğindedir. Çünkü yenilik doğuran haklarda olduğu üzere, yasal önalım hakkının kullanılması için de karşı tarafın katılımına veya iradesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra yasal önalım hakkı, yenilik doğuran haklarda olduğu gibi kısa hak düşürücü süre (üç ay ve bir yıllık) içerisinde kullanılması gereken bir haktır.

Kanun koyucunun paydaşlara yasal önalım hakkını tanımmasının birtakım sebepleri bulunmaktadır. Sözü geçen sebeplerden birincisi, yabancı kimselerin paydaşların arasına girmesinin engellenmek istenmesidir. Zira bu hak düzenlenmeseydi, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması durumunda, diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanarak satılan payı üçüncü kişiden

2) 408; Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (n 2) 461; Sirmen (n 2) 606; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 553; Eren, 'Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı' (n 2) 106-107; Satılmış (n 2) 24; Özayıtgu Ük (n 2) 21-22; Akbel (n 2) 21-22; Erkan, 'Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması' 277-279.

⁸ Bkz. "...kanuni şufa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hisselerin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salahiyetini veren aynı bir haktır..." YİBGK, 13/5, 20.06.1951 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 8 Ekim 2025.

⁹ Bu karar için bkz. "...Türk hukukunda şufa hakkı, bir yenilik doğuran (inşai) hak mahiyetindedir ve bir hakkın sahibi tarafından diğer tarafa ulaştırılmış beyan ile kullanılması sonunda hak sahibi ile hissedarın satın almış bulunan kimse arasında bir satış akti münasebeti doğar..." YİBGK, 10/12, 11.02.1959 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 9 Ekim 2025.

¹⁰ Yasal önalım hakkının, yenilik doğuran hak olduğuna ilişkin kararlar için bkz. YHGK, 218/30, 12.02.2025; YHGK, 124/481, 17.05.2023; YHGK, 447/400, 25.06.2025; YHGK, 676/96, 15.02.2023; YHGK, 2218/646, 01.06.2021; YHGK, 739/577, 19.04.2022; YHGK, 740/795, 31.05.2022; YHGK, 576/617, 01.12.2010; YHGK, 6-230/244, 13.04.2005; Yargıtay 3 HD, 7375/8403, 01.07.2003 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 27 Şubat 2026.

satın alma hakkına sahip olamaz ve böylece paydaşlar arasına üçüncü bir kişi girerdi. İkinci sebep ise, paydaş sayısının azalmasının sağlanmak istenmesidir. Çünkü paylı mülkiyet ilişkisinde, birden fazla malik olduğundan taşınmazla ilgili yapılacak işlemlerde uyumsuzluk ortaya çıkabilir. İşte yasal önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte malik sayısı azalmakta ve bu husus da uyumsuzlukların azalması neticesini beraberinde getirmektedir. Buradaki sebeplerden sonuncusu ise arazilerin bölünme riskinin azaltılmak istenmesidir. İşte tüm bu sebeplerden dolayı yasal önalım hakkı düzenlenmiştir¹¹.

Yasal önalım hakkından genel olarak bahsettikten sonra, muvazaayı tanımlayacak olursak, muvazaa, tarafların esasında yapmak istemedikleri bir hukuki işlemi üçüncü kişileri aldatma amacıyla bilerek ve isteyerek yapmalarıdır¹². Bir

¹¹ Feyzioğlu (n 2) 105-106; Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şu'fa) Hakkı* (MK m. 659) *Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları* (n 2) 17-19; Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (n 2) 461; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 553; Satılmış (n 2) 14-15; Özayıtgu Ük (n 2) 17-18; Akbel (n 2) 23-24.

¹² Muvazaa ile ilgili ayrıntılı bilgi hususunda bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-I (19. Baskı, Vedat 2021) 134 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Yetkin 2020) 395 vd.; Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2020) 119 vd.; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Beta 2020) 105 vd.; Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Oniki Levha 2021) 94-97; Abdulkadir Yılmaz, *Türk Hukukunda Muris Muvazaası* (Yetkin 2023) 25 vd.; Yılmaz, Süleyman, *Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları* (Muris Muvazaası) (Yetkin 2021) 43 vd.; Öztürk Aydın, *Muris Muvazaası* (Legal 2023) 3 vd.; Şükran Şıpka ve Gönül Akyasan Birsen, 'Güncel Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası' (2022) 20 (234) Legal Hukuk Dergisi 1987, 1989 vd.; Barış Çiftçi, 'Muris Muvazaası ve Muvazaa İddiasında Bulunulamayacak Bazı Durumlar' (2021) (154) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 135, 136-138; Zeynep Uyar Hatipoğlu, 'Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Mirasbırakanın Asıl İradesinin Tayini' (2017) 22 (36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109, 111-113.; Sıdika Sena Ayhan, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019) 42 vd.; Onur İnci, *Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası* (Adalet 2020) 21 vd.; Nuran Sun, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi 2019) 2 vd.; Mustafa Çelik, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi 2024) 3 vd.; Merve Arslantürk, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019) 3 vd.; Mehmet Ender Erenler, *Muris Muvazaası* (Seçkin 2023) 15 vd.; Helin Rojda İlaldı, 'Taşınmazlar Açısından Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi 2021) 3-7; Hatice Kayalı, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Doğu Üniversitesi 2022) 4 vd.; Gözde Akcan, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2019) 3 vd.; Esra Eviz, *Muris Muvazaası* (On İki Levha 2019) 3 vd.; Esen Gökay Evren, Muvazaanın Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi 2021) vd.; Damla Kazancı, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2024) 3 vd.; Abdullah Eyigül, 'Yargıtay Kararları Işığında Miras Hukukunda Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi 2020) 1 vd.

sözleşmenin muvazaalı olmasına dair düzenleme Türk Borçlar Kanunu¹³ m. 19/1'de yapılmıştır. Bu düzenleme şu şekildedir: *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”* Görüldüğü üzere hükümde muvazaanın tanımına yer verilmemiş ve sadece muvazaalı bir sözleşme yapıldığında, sözleşmenin değerlendirilmesi ile ilgili tarafların gerçek iradelerinin dikkate alınacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Yargıtay tarafından verilen kararlarda¹⁴ muvazaanın tanımı şu şekilde yapılmaktadır: Muvazaa, taraflarca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklidir.

Muvazaa, mutlak ve nisbi muvazaa olarak ikiye ayrılır. Mutlak muvazaa, tarafların bir hukuki işlemi yapmak istememesine karşın, üçüncü kişileri aldatmak için görünürdeki işlemi yapmalarıdır. Nisbi muvazaa ise tarafların başka bir hukuki işlemi yapmak istemesine rağmen, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla iradelerini uygun olmayan görünürdeki işlemi yapmaları şeklinde tanımlanabilir¹⁵.

¹³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu, TBK olarak kısaltılarak kullanılmıştır.

¹⁴ Karar için bkz. *“...Bilindiği üzere; muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir...”* Yargıtay 1 HD, 1169/3456, 18.02.2014 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2025.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da benzer bir tanım yapılmıştır. Karar için bkz. *“...muvazaa; tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları, şeklinde tanımlanabilir...”* YHGK, 1265/764, 14.10.2020 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 3 Kasım 2025.

Ayrıca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ise muvazaa, yapılan sözleşmenin değil, başka bir sözleşmenin geçerli olacağı konusunda tarafların anlaşması şeklinde ifade edilmektedir. Bahsedilen karar için bkz. *“...O halde muvazaa, tarafların bir sözleşmede, yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir...”* İstanbul BAM 14 HD, 1019/682, 02.05.2024 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 3 Kasım 2025.

Yargıtay'ın başka kararları ile ilgili bkz. Yargıtay 14 HD, 14043/433, 20.01.2011; Yargıtay 1 HD, 1179/1570, 14.02.1996; Yargıtay 1 HD, 297/795, 09.02.2005; Yargıtay 1 HD, 14453/18061, 16.12.2013; Yargıtay 1 HD, 7274/7540, 25.05.2015; Yargıtay 1 HD, 7947/7244, 13.05.2015; Yargıtay 1 HD, 342/3391, 12.06.2017; Y 1 HD, 7084/193, 15.01.2018; Yargıtay 1 HD, 13787/6063, 25.11.2019; Yargıtay 1 HD, 15381/890, 13.02.2020 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 3 Kasım 2025.

¹⁵ Oğuzman ve Öz (n 12) 135-136; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 12) 398-399; Remzi ve Aydın (n 12) 119-120; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 12) 94-95; Aydın (n 12) 26 vd.; Şipka ve Akyasan Birsan (n 12) 1991 vd.; Çiftçi (n 12) 137-138; Hatipoğlu (n 12) 112; İpek Yü-

Muvazaadan sonra ise burada son olarak, eşlerin evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte tabi oldukları yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi genel olarak izah edilecektir. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte, eşler birtakım kurallara tabi olur. Bu kurallar eşlerin kişisel ve mali durumları açısından öngörülen kurallardır. Eşlerin mali açıdan tabi oldukları kurallar, kanun koyucu tarafından mal rejimi hükümleri ile düzenlenmiştir. Buna göre eşlerin tabi oldukları yasal mal rejimi, TMK m. 202/1 hükmüne göre edinilmiş mallara katılma rejimidir¹⁶.

Edinilmiş mallara katılma rejimi ile kanun koyucu eşler arasında ekonomik olarak adaletin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu amacın yerine getirilmesi için edinilmiş mallara katılma rejiminde birtakım ilkeler uygulanmaktadır. Bu ilkelere birincisi emek karşılığı hak sahipliği ilkesidir. Buna göre eşler, esas olarak

cer Aktürk, 'Hısımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa' (2015) 10 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 39-40; Dilan Can Bayhan, 'Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası Olarak Değerlendirilmeyen İşlemler' (2022) 2 (2) Dicle Akademi Dergisi 179, 181.; Ayhan (n 12) 44 vd.; İnci (n 12) 37 vd.; Sun (n 12) 19 vd.; Çelik (n 12) 13 vd.; Arslantürk (n 12) 12 vd.; Erenler (n 12) 29 vd.; Kayalı (n 12) 10 vd.; Akcan (n 12) 7-9; Eviz (n 12) 18 vd.; Evren (n 12) 15 vd.; Kazancı (n 12) 19 vd.; Eyigül (n 12) 5-8.

¹⁶ Eşler aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimi dışında, kanunda öngörülen seçimlik mal rejimlerinden birini de seçebilir. Seçimlik mal rejimleri, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimi olmak üzere üç tanedir. Seçimlik mal rejimleri ile ilgili bilgi için bkz. Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Cilt-II (25. Baskı, Beta 2024) 180 vd.; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt-III (20. Baskı, Filiz 2025) 282 vd.; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (10. Baskı, On İki Levha 2023) 104-106; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (7. Baskı, Turhan 2024) 373 vd.; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015) 549 vd.; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024) 324 vd.; Neşe Uzun, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2009) 6 vd.; Pakize Ezgi Akbulut, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010) 7 vd.; Betül Kiraz, 'Mal Rejimi Sözleşmeleri' (Yüksek Lisans Tezi, Türk-Alman Üniversitesi 2019) 91 vd.; Sema Güneri Yener, 'Olağanüstü Mal Rejimi' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2021) 10 vd.; Alaattin Bük, 'Türk Hukuk Sisteminde Mal Rejimleri' (Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi 2004) 36 vd.; Pınar Özlem Demir, 'Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2005) 4 vd.; Rıdvan Toprak, 'Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimleri' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2006) 46 vd.; Oğuz Sadık Aydos, 'Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 383, 388; Nuri Aziz Midyat, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (On İki Levha 2023) 4-5; Demet Özdamar, Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu ve Aliye Akgün, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi* (6. Baskı, Seçkin 2021) 23 vd.; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (6. Baskı, Seçkin 2025) 43 vd.; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin 2021) 404 vd.

birbirlerinin emek karşılığı edindiği malvarlığı üzerinde hak sahibidir. İkinci ilke ise eşlerin hak sahipliğinin rejim süresi ile sınırlı olması ilkesidir. Bu ilkeye göre de eşlerin hak sahipliği ancak rejimin devam ettiği süre içinde ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle, bir eşin mal rejiminin başlangıcından önce veya sona ermesinden sonra emek karşılığı edindiği mal veya haklar üzerinde diğer eşin bir hak sahipliği yoktur. Üçüncü ilke ise şahsi hakka sahip olma ilkesidir. Buna göre, bir eş mal rejiminden dolayı diğer eşten ancak şahsi hak talebinde bulunabilir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, eşler mal rejiminden dolayı birbirlerinden aynı hak talep edemez. İşte bu ilkeler ve TMK m. 218 vd. hükümleri çerçevesinde, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malları, edinilmiş mal ve kişisel mal olarak ikiye ayrılmaktadır. Edinilmiş mallar TMK m. 219/2 gereğince özellikle şunlardan oluşmaktadır: Bir eşin çalışmasının karşılığında edindiği mal ve haklar, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kuruluşlarının yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı sebebiyle ödenen tazminatlar, kişisel malların gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir. Kişisel mallar ise TMK m. 220 hükmüne göre, eşlerden birinin kişisel kullanımına yarayan eşyalar, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait olan veya sonradan karşılıksız kazanılan malvarlığı unsurları, manevi tazminat alacakları ve kişisel mallar yerine geçen değerlerdir. Ancak sayılanlar dışında eşler mal rejimi sözleşmesiyle, TMK m. 221 hükmünde öngörülen edinilmiş malları kişisel mal statüsüne sokabilir¹⁷.

Evlilik hayatının devam ettiği süre içerisinde eşlerin mali durumları açısından tabi oldukları mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejimine geçiş durumunda sona erer (TMK m. 225/1). Bu haller dışında mal rejimi, mahkeme tarafından evliliğin boşanma veya iptal nedeniyle sona erdirilmesi ile mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde de son bulmaktadır. Mal rejiminin sona ermesiyle birlikte, rejim tasfiye aşamasına girer. Rejimin tasfiyesi ile ilgili eşler arasında rızai olarak anlaşma yapılabilir. Burada yapılacak olan anlaşma açısından bir şekil şartı bulunmamaktadır. Şayet eşler mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili anlaşma yapamazsa, eşlerden biri mal rejiminin tasfiyesi amacıyla mahkemeye başvuru

¹⁷ Edinilmiş mallara katılma rejimindeki mal türleri ve eşlerin bu mallar üzerindeki hak sahipliği ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk ve Ateş (n 16) 157 vd.; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 16) 235 vd.; Hatemi, *Aile Hukuku* (n 16) 106-107; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 16) 267 vd.; Öztan (n 16) 436 vd.; Erdem ve Makaracı Başak (n 16) 277 vd.; Uzun (n 16) 31 vd.; Akbulut (n 16) 32 vd.; Güneri Yener (n 16) 5 vd.; Bük (n 16) 69 vd.; Demir (n 16) 11 vd.; Toprak (n 16) 20 vd.; Midyat, (n 16) 40 vd.; Özdamar, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün, (n 16) 50 vd.; Zeytin, (n 16) 117 vd.; Acar, (n 16) 221 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler* (3. Baskı, Turhan 2014) 237 vd.

rabilir. Tasfiyeyi konu alan bu dava yenilik doğuran dava niteliğindedir. Mal rejimin tasfiyesini konu alan bu davada eşler birbirlerinde olan mallarını iade eder, eşlerin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu mallar eşlerden birine tahsis edilir, eşlerin malvarlıkları türlerine göre (edinilmiş veya kişisel mal) ayrılır ve sonrasında değer artış payı, denkleştirme alacağı ile eklenecek değerler hesaplanır. Tüm bu değerlendirmelerden sonra her eşin artık değeri ortaya çıkar. Sonrasında ise bu artık değerler de kanuni olarak takas edilir ve nihayetinde bir eşin alacak hakkı niteliğindeki katılma alacağı doğar¹⁸.

II. Akrabalar Arası Satış

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin bulunduğu taşınmazdaki payın üçüncü kişiye satılması¹⁹ halinde ortaya çıkar. Şayet paydaş, payını bağışlarsa yasal önalım hakkı kullanılamaz. Anlaşıldığı üzere yasal önalım hakkı, taşınmazdaki payın üçüncü kişiye yapılan her devrinde ortaya çıkan bir hak değildir. Netice olarak yasal önalım hakkının kullanılamayacağı birtakım haller bulunmaktadır. Bu halleri şöyle sıralayabiliriz: Payın cebri artırma yoluyla satışı, bağışlanması, kamulaştırılması, trampa edilmesi, şirkete sermaye olarak koyulması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olması, ölünceye kadar bakma sözleşmesine konu edilmesi, paydaşlardan birine devri veya paylı mülkiyete konu olan taşınmazın fiili olarak paylaşılması durumlarında yasal önalım hakkı gündeme gelmez²⁰.

¹⁸ Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ve tasfiyesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk ve Ateş (n 16) 163 vd.; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 16) 245 vd.; Hatemi, *Aile Hukuku* (n 16) 108 vd.; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 16) 287 vd.; Öztan (n 16) 519 vd.; Erdem ve Makaracı Başak (n 16) 289 vd.; Uzun (n 16) 72 vd.; Akbulut (n 16) 108 vd.; Bük (n 16) 78 vd.; Toprak (n 16) 23 vd.; Midyat, (n 16) 68 vd.; Özdamar, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün, (n 16) 63 vd.; Zeytin, (n 16) 281 vd.; Acar, (n 16) 299 vd. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler* (n 17) 246 vd.; Ayşenur Şahin Caner, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arasında Yapılan Satışların Muvazaalı Olduğuna İlişkin Fiili Karine ve Güncel Yargı Kararlarındaki Durum’ 2025 10 (1) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 321, 325 vd.; Miray Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (Vedat 2016) 25 vd.

¹⁹ Yasal önalım hakkı paylı mülkiyetin bulunduğu taşınmazdaki payın satış sözleşmesi ile devredilmesi durumunda ortaya çıkan bir hak olsa da satışa eş değer olan hukuki işlemin yapılması durumunda da kullanılabilir. Yasal önalım hakkının kullanılabileceği satışa eş değer hukuki işlemlere, isteğe bağlı açık artırma ile yapılan devirleri örnek olarak gösterebiliriz. Satışa eş değer hukuki işlemler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ‘Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı’ (n 2) 113-114; Erkan, ‘Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı’ (n 2) 60 vd.; Saray Türe (n 2) 30 vd.; Kutlu (n 2) 60 vd.; Beleş (n 2) 74 vd.

²⁰ Yasal önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı durumlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu (n 2) 247 vd.; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 2) 417 vd.; Ayan, *Eşya Hukuku II Mülki-*

Yasal önalım hakkı yukarıda sayılan haller dışında bir de paydaşın taşınmazdaki payını, bağışlama veya payın miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak amacıyla akrabalarına satması halinde kullanılamaz. Taşınmazdaki payı devreden, bu amaçları doğrultusunda devralanı kendisi yerine geçirmektedir. Bu husus, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile düzenlenmiştir²¹. Sözü edilen karara göre, paydaşın paylı mülkiyete konu taşınmazdaki payını kocasına, karısına, çocuklarına veya akrabalarından birine satış sözleşmesi ile devrettiği işlemde, devrin amacı bağışlama veya payın miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak ise, bu satışta önalım hakkı kullanılamaz²². Burada mirasbırakan, denkleştirme veya tenkise tabi sağlararası kazandırma iddiasının gündeme gelmemesi için, payı satış sözleşmesi yaparak akrabasına devretmektedir. Çünkü eğer pay, satış sözleşmesi ile değil de bağışlama sözleşmesi yapılarak devredilirse, sözü edilen pay denkleştirme²³ veya tenkise²⁴ tabi sağlararası kazandırma olarak değerlendirilebilir.

yet (n 2) 466 vd.; Eren, 'Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı' (n 2) 114-116; Satılmış (n 2) 58 vd.; Özyayıtgu Ük (n 2) 63 vd.; Akbel (n 2) 80 vd.; Erkan, 'Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı' (n 2) 66 vd.; Saray Türe (n 2) 56 vd.; Şimşek (n 2) 791 vd.; Kutlu (n 2) 65 vd.; Beleş (n 2) 79 vd.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile yapılan devirlerde, aksi yönde görüş bulunuyor olsa da hakim görüş önalım hakkının kullanılamamasının mümkün olmadığı yönündedir. Bu konudaki aksi görüş ile ilgili bkz. Eren, 'Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı' (n 2) 113; Erkan, 'Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı' (n 2) 64; Şimşek (n 2) 796-797.

²¹ Sözü edilen karar için bkz. "...Müşterek mülkün hissedarı, hissesini kan ve kocaya evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akti bulunsu hile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şufa hakkının cereyan etmeyeceğine 27/3/1957 tarihinde ittifakla karar verildi..." YİBGK, 12/2, 27.03.1957 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2025.

²² Feyzioğlu (n 2) 263-265; Hatemi (n 2) 116; Satılmış (n 2) 66-67; Özyayıtgu Ük (n 2) 77-78; Akbel (n 2) 86; Yücer Aktürk (n 15) 38-39.

²³ Denkleştirmeye tabi sağlararası kazandırmalar hususunda bilgi için bkz. Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021) 335 vd.; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (6. Baskı, Legem 2024) 620 vd.; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III* (Oniki Levha 2022) 396 vd.; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III* (5. Baskı, Seçkin 2021) 546 vd.; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Adalet 2023) 369-370; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2024) 597 vd.

²⁴ Tenkise tabi sağlararası kazandırmalar ile ilgili bilgi için bkz. Dural ve Öz (n 23) 299-301; Eren ve Yücer Aktürk (n 23) 294 vd.; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (2. Baskı, Oniki Levha 2022) 961 vd.; Antalya ve Sağlam (n 23) 359-361; Ayan ve Ayan (n 23) 268-

Yukarıda ifade edilen içtihadı birleştirme kararı sadece payın mirasçılardan birine devrinde değil, akrabalarından birine devrinde de uygulanmaktadır. Eş bir ifadeyle, taşınmazdaki payın akrabalarından birine, mirasçı olup olmadığına bakılmaksızın, devredilmesi yeterlidir. Ancak burada asıl önemli olan konu, devrin bağışlama veya devir konusu payın miras paylaşımına girmesini engellemek amacı ile yapıldığının ispatlanmasıdır. Çünkü akrabaya yapılan her pay devri ile ilgili içtihadı birleştirme kararı uygulanamaz. Taşınmazdaki payın akrabaya devri, içtihadı birleştirme kararının uygulanması açısından ön şart vasfındadır. Bu ön şart yerine getirildikten sonra, ayrıca payın bağışlama veya miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak amacıyla devredildiği usulüne uygun bir şekilde ispatlanmalıdır²⁵.

Yargıtay'ın kararlarında da yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'yla, bir hukuki işlemde taraf olan kişinin hukuki işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı kuralına istisna getirildiği belirtilmektedir. Nitekim bu kararlarda payın mirasçılardan birine satılmasının zorunlu olmadığı ve akrabaya yapılan satışın yeterli olduğu ifade edilmektedir²⁶.

III. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine Akrabalar Arası Taşınmaz Satışının Etkisi

Yasal önalım hakkının istisnası olan akrabalar arasındaki satış işleminde kişi kendi muvazaasına dayanarak savunmada bulunmaktadır. Bu husus kural olarak hukuka aykırı olsa da içtihadı birleştirme kararı ile bir istisna öngörülmüştür. İşte bu istisnai durumun, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine nasıl bir etkiye bulunacağı hususu, eşlerden birinin veya her ikisinin taşınmazda paydaş olması ve taşınmazdaki payın satışında eşin devreden veya devralan olmasına göre farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda her bir ihtimal ayrı başlıklarda incelenecektir.

270; İnan, Ertaş ve Albaş (n 23) 421-422; Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku* (9. Baskı, Seçkin 2024) 229-231.

²⁵ Satılmış (n 2) 67-68; Özayıtgu Ük (n 2) 78; Akbel (n 2) 86; Yücer Aktürk (n 15) 38-39.

²⁶ Bkz. Yargıtay 7 HD, 2652/4101, 21.12.2021 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2025.

Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 14 HD, 11407/8453, 09.12.2019; Yargıtay 14 HD, 9507/6860, 21.10.2019; İstanbul BAM 7 HD, 150/411, 08.03.2018; Samsun BAM 1 HD, 2485/319, 13.02.2020; İstanbul BAM 7 HD, 1222/1190, 04.10.2017; Yargıtay 14 HD, 2738/5813, 05.10.2020; YHGK, 2269/56, 09.02.2021; YHGK, 6-572/656, 15.12.2010 <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 13 Ekim 2025.

A. Eşlerden Birinin Taşınmazda Paydaş Olması

1. Eşin Taşınmazdaki Payı Devretmesi

Bir kişi taşınmazdaki payını üçüncü kişiye satarsa, diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanabilir. Fakat bu devir konusu payın, bedel elde etmek amacıyla değil, miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak veya devralana bağışlanması amacıyla yapılırsa, paydaşlar bu satış işleminde üçüncü kişiye karşı yasal önalım hakkını ileri süremez. Yasal önalım hakkı ve istisnası olan akrabaya satış hususunda bilgi verildiğinden burada kısa açıklama ile yetinilmektedir. İşte yasal önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı bu satış işlemi, evli olan bir kişi tarafından edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde yapılmışsa, bu satış işleminin mal rejiminin tasfiyesinde eklenecek değer olma iddiası gündeme gelir.

Eşlerden birinin üçüncü bir kişiye yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalar ve bazı devirler mal rejiminin tasfiyesinde eklenecek değerler olarak kabul edilmiştir. Eklenecek değerler TMK m. 229'da düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, iki grup işlem eklenecek değer statüsündedir. Birinci olarak eşlerden birinin, diğer eşin rızası olmaksızın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalarıdır. Görüldüğü üzere bu kategorideki karşılıksız kazandırmalarda üç kriter yer almaktadır. Kriterler şunlardır: Kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde yapılması, olağan hediyeler dışında olması ve diğer eşin rızasının bulunmamasıdır. Eklenecek değerler niteliğinde olan ikinci tür işlemse, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla yaptığı devirlerdir. Birinci tür işlemde süre sınırlaması olmasına karşın; ikinci işlem türünde süre sınırlaması yoktur. Süre sınırlaması olmasa da ikinci tür işlemde, yapılan devrin katılma alacağını azaltma maksadı, iddiada bulunan eş tarafından ispat edilmelidir. Her iki işlem türünde de işleme konu olan malvarlığı unsurunun mal rejiminin tasfiyesinde eklenecek değer olarak dikkate alınabilmesi için, devre konu olan malın devreden eşin edinilmiş malı olması şarttır. Zira kişisel mal statüsünde olan bir malın karşılıksız kazandırma yoluyla veya başka nedenlerle başkasına devredilmesi durumunda, diğer eş yapılan bu işleme konu mal üzerinde bir talepte bulunamaz²⁷.

²⁷ Akıntürk ve Ateş (n 16) 170-171; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 16) 263-265; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 16) 341; Öztan (n 16) 504 vd.; Erdem ve Makaracı Başak (n 16) 263-264; Uzun (n 16) 89-91; Akbulut (n 16) 101 vd.; Bük (n 16) 83-84; Toprak (n 16) 33-35; Midyat, (n 16) 100 vd.; Şe-

İşte bir eş, edinilmiş mal kategorisinde yer alan taşınmazdaki payını, miras paylaşımına girmemesi ve devralanı koruma veya bağışlama gibi bir amaçla devralana devrederse, yapılan satış işleminde önalım hakkı kullanılamasa da önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davadaki mahkeme kararı eklenecek değerlerle ilgili iddia da kesin delil niteliğine sahip olur. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içerisinde yaptığı karşılıksız kazandırmalar, olağan hediye vasfında değil ise kendiliğinden eklenecek değer satütüsünde değerlendirilir. Bu bağlamda yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki görünürdeki satış işleminin arkasındaki gizli işlem olan bağışlama işlemine konu pay devri, eş tarafından mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış ve olağan hediye niteliğinde değilse, bu pay eklenecek değer olarak dikkate alınır.

Taşınmazdaki pay devri mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde yapılmamış ise bu halde yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki devrin eklenecek değer olarak dikkate alınabilmesi, katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığının ispatlanmasına bağlıdır. Buradaki ispat yükü, devrin katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığını iddia eden eş üzerindedir. Başka şekilde ifade etmek gerekirse, katılma alacağını talep eden eş, yasal önalım hakkının istisnası olan devrin payı devreden eş tarafından, katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığını ispatlamalıdır.

Burada değerlendirilmesi gereken bir husus da yasal önalım hakkının istisnası niteliğinde olan akrabalar arası satışa ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın olmaması durumunda, nasıl bir neticenin doğacağı konusudur. Bahsedilen İçtihadı Birleştirme Kararı yasal önalım hakkına konu akrabalar arası satışın muvazaalı olması halinde, yasal önalım hakkının kullanılmasının uygun olmadığıyla ilgilidir. Başka bir ifadeyle, sözü edilen karar satışın muvazaalı olup olmadığı ile ilgili değil, muvazaalı satışta yasal önalım hakkının kullanılıp kullanılmamasıyla alakalıdır. Dolayısıyla İçtihadı Birleştirme Kararı olmasaydı dahi, yasal önalım hakkına konu olan satış yine muvazaalı bir satış olacaktı. Bundan dolayı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı olmasaydı bile, bir eşin taşınmazdaki payını muvazaalı olarak akrabalarından birine devretmesi ile ilgili, diğer eş dava

ref Ertaş, 'Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 915, 922-923; Özdamar, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün, (n 16) 105-108; Zeytin, (n 16) 240 vd.; Acar, (n 16) 312-315; Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler* (n 17) 249-251; Özer Deniz (n 18) 82 vd.

açabilirdi. Ancak böyle bir durumda, İċtihadı Birleştirme Kararı ve bu kararın uygulandığı mahkeme kararı olmayacağından, diğ̇er eşin satışın muvazaalı olduğunu ispatlaması daha zor olurdu.

2. Eşin Taşınmazdaki Payı Devralması

Taşınmazdaki payın devreden tarafından bağışlama veya miras paylaşımına girmesini engellemek ve eşlerden birini korumak amacı ile devretmesinin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine nasıl bir etkide bulunacağına dair değerlendirmeye geçmeden önce, mal rejiminin tasfiyesi bakımından eşlerin malvarlıklarının nasıl kategorize edildiğinin açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejimi açısından, eşlerin mal rejimi süresince sahip olduğu malları edinilmiş ve kişisel mal olarak ikiye ayırmaktadır. Yapılan bu ayırım çerçevesinde bir eş, diğ̇er eşin mal rejimi süresince sahip olduğu edinilmiş malları üzerinde yarı oranında hak sahibi olur. Bundan dolayı eşlerin mal rejimi boyunca sahip olduğu malvarlıkları açısından önem arz eden durum, malvarlıklarının hangi türden (edinilmiş veya kişisel mal) olduğudur. Bu bağlamda yasal önalım hakkının istisnası olan akrabalar arası satış işleminde, eşin payı devralması hususu değerlendirilmelidir. Çünkü bir eşin mal rejiminin geçerli olduğu süre boyunca çalışmasının karşılığındaki edinimleri, edinilmiş mal kategorisine giriyor olsa da karşılıksız kazanma yoluyla edindiği mallar kişisel mal statüsündedir²⁸.

Görüldüğu üzere bir eşin mal rejiminin geçerli olduğu dönemde karşılıksız kazanma yoluyla edindiği mallar üzerinde, diğ̇er eşin bir hakkı bulunmamaktadır. Nitekim bir eşin satış işlemine konu olan bir malvarlığını karşılıksız kazanması durumunda da diğ̇er eş edinilen bu mal üzerinde bir hak iddia edemez. Evli olan bir kişinin mal rejiminin geçerli olduğu dönemde bir taşınmazdaki payı yasal önalım hakkının istisnası niteliğinde olacak şekilde satın aldığı takdirde de aynı durum geçerli olur. Buna göre, davalı olan eşin payın miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak veya bağışlanması gibi bir amaçla satın aldığını ileri sürerek yasal önalım hakkını engellemesi, bu satışa karşılıksız

²⁸ Edinilmiş mallara katılma rejimindeki mal türleri hususunda ayrıntılı bilgi ile ilgili bkz. Akın-türk ve Ateş (n 16) 157 vd.; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 16) 235 vd.; Hatemi, *Aile Hukuku* (n 16) 106-107; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 16) 267 vd.; Öztan (n 16) 436 vd.; Erdem ve Makaracı Başak (n 16) 277 vd.; Uzun (n 16) 31 vd.; Akbulut (n 16) 32 vd.; Güneri Yener (n 16) 5 vd.; Bük (n 16) 69 vd.; Demir (n 16) 11 vd.; Toprak (n 16) 20 vd.; Midyat, (n 16) 40 vd.; Özdamar, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün, (n 16) 50 vd.; Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler* (n 17) 237 vd.

kazandırma niteliği kazandırır. Netice olarak taşınmazdaki payın konu olduğu mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili davada payın sahibi olan eş, yasal önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davadaki mahkeme kararını ileri sürerek payı karşılıksız olarak edindiğini ispat edebilir. Böylelikle taşınmazdaki pay, eşin kişisel malları içerisinde yer alır ve diğer eş bu pay üzerinde herhangi bir hak iddiasında bulunamaz. Dolayısıyla mal rejiminin tasfiyesi davasında pay sahibi olan eş, yasal önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davadaki mahkeme kararını ileri sürerek davanın kendi lehine sonuçlanmasını sağlar. Bu husus mahkeme kararlarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁹ m. 204 hükmü gereğince sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılmasından kaynaklanmaktadır.

Burada değerlendirilmesi gereken bir husus da yasal önalım hakkının istisnası niteliğinde olan akrabalar arası satışa ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın olmaması durumunda, nasıl bir neticenin doğacağı konusudur. Bahsedilen İçtihadı Birleştirme Kararı yasal önalım hakkına konu akrabalar arası satışın muvazaalı olması halinde, yasal önalım hakkının kullanılmasının uygun olmadığıyla ilgilidir. Eğer böyle bir karar olmasaydı, bir eşin taşınmazdaki payı muvazaalı olarak devralması halinde, diğer paydaş veya paydaşlar yasal önalım hakkını kullanarak, payı eşten alabilirlerdi. Böyle bir halde ise artık, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine konu olacak bir pay eşin mülkiyetinde olmayacağından, herhangi bir uyumsuzluk da yaşanmazdı. Netice olarak eğer İçtihadı Birleştirme Kararı olmasaydı, bir eşin taşınmazdaki payı devralması durumunda, diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanarak payı eşten satın alırlar ve nihayetinde tasfiye anında pay eşin mülkiyetinde olmayacağından bir uyumsuzluk da ortaya çıkmazdı.

B. Eşlerden Her İkisinin Taşınmazda Paydaş Olması

1. Sadece Eşlerin Taşınmazda Paydaş Olması

a. Eşin Taşınmazdaki Payı Devretmesi

Eşler, bir taşınmazı belli paylarla mülkiyet hakkına sahip olacak şekilde iktisap edebilir. Böyle bir iktisapta, eşler arasında paylı mülkiyet ilişkisi meydana gelir. Eşler arasındaki paylı mülkiyet ilişkisine, TMK m. 688 vd. hükümleri uygulanacak olsa da bu hükümlerin dışında, TMK'nın edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili hükümlerinde özel düzenleme bulunmaktadır. Burada bahsedilen

²⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

özel düzenleme paylı mülkiyet konusu taşınmaz üzerindeki tasarruflara aittir. Buna göre, TMK m. 223/2 hükmü gereğince, eşlerden biri aksine anlaşma olmadıkça paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki pay üzerinde, diğer eşin rızası olmadıkça tasarrufta bulunamaz. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu düzenlemeyle, eşlerin paylı mülkiyet şeklinde hak sahipliğinin bulunduğu taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamıştır³⁰.

Eşlerin birlikte paylı mülkiyet şeklinde hak sahipliğinin bulunduğu taşınmazdaki tasarruf yetkisi sınırlanmış olsa da bu yetki tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Eşlerden biri, diğer eşin rızasını alarak taşınmazdaki pay üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu bağlamda eşlerden biri, payını diğer eşin rızasını alarak üçüncü bir kişiye satabilir. Eşin rıza alarak yaptığı bu satış işleminde, diğer eş yasal önalım hakkını TMK m. 732 vd. hükümleri çerçevesinde kullanabilir. Diğer eşin bu şekilde yasal önalım hakkını kullanması halinde de eğer yapılan devir bedel elde etme amacıyla değil, payın miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak veya bağışlanması amacıyla yapılmışsa diğer eş yasal önalım hakkını kullanamaz. Üçüncü kişinin satışın muvazaalı olduğuna dair savunması, yasal önalım hakkının kullanılmasını bertaraf etmiş olsa da bu savunma, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi açısından başka sonuçları ortaya çıkarabilir. Burada bahsi geçen sonuçlar, mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınacak eklenecek değerler ile ilgilidir. Buna göre, bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içerisinde yaptığı karşılıksız kazandırmalar, olağan hediye vafında değil ise kendiliğinden eklenecek değer satütüsünde değerlendirilir. Bu bağlamda yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki görünürdeki satış işleminin arkasındaki gizli işlem olan bağışlama işlemine konu pay devri, eş tarafından mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış ve olağan hediye niteliğinde değilse, bu pay eklenecek değer olarak dikkate alınır.

³⁰ Eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler* (n 17) 70 vd.; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 16) 281 vd.; Eylül Can Köse, *Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar* (On İki Levha 2020) 124 vd.; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, 'Eşlerin Paylı Mülkiyetleri' (2014) (114) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 79, 90 vd.; Meltem Bulut, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu' (2016) XX (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 129 vd.; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (Türkiye Barolar Birliği 2004) 117 vd.; Nami Barlas, 'Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları' Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınları (2004) 115, 138 vd.

Taşınmazdaki pay devri mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde yapılmamış ise bu halde yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki devrin eklenecek değer olarak dikkate alınabilmesi, katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığının ispatlanmasına bağlıdır. Buradaki ispat yükü devrin katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığını iddia eden eş üzerindedir.

Burada değerlendirilmesi gereken bir husus da yasal önalım hakkının istisnası niteliğinde olan akrabalar arası satışa ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın olmaması durumunda, nasıl bir neticenin doğacağı konusudur. Bahsedilen İçtihadı Birleştirme Kararı yasal önalım hakkına konu akrabalar arası satışın muvazaalı olması halinde, yasal önalım hakkının kullanılmasının uygun olmadığıyla ilgilidir. Bundan dolayı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı olmasaydı bile, sadece eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan taşınmazdaki payını bir eş, muvazaalı olarak akrabalarından birine devretmesi ile ilgili, diğer eş dava açabilirdi. Ancak böyle bir durumda, İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu kararın uygulandığı mahkeme kararı olmayacağından, diğer eşin satışın muvazaalı olduğunu ispatlaması daha zor olurdu.

b. Eşin Taşınmazdaki Payı Devralması

Bir taşınmaz üzerinde eşlerin her ikisinin paydaş olması durumu, taşınmazı birlikte iktisap etmeleri dışında, başka bir ihtimalde de gündeme gelebilir. Eşlerden birinin üçüncü bir kişi ile birlikte taşınmazda paylı mülkiyet halinde hak sahipliğinin bulunduğu durumda, üçüncü kişi payını diğer eşe devrederse, bu halde de eşlerin her ikisi taşınmaz üzerinde paydaş olurlar. Eşlerin her ikisinin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu bu satış işleminde, paydaş olan eş kural olarak yasal önalım hakkını yeni paydaş olan eşe karşı kullanabilir. Ancak devreden üçüncü kişinin amacı, bedel elde etmek değil de diğer eş korumak ve payın miras paylaşımına girmesini engellemek veya payı diğer eşe bağışlama yapmak ise bu satış işleminde yasal önalım hakkı kullanılamaz. Her iki eşin yukarıda anlatıldığı şekilde taşınmazda paydaş olmasına konu satış işleminde, yeni paydaş olan eş tarafından ileri sürülen savunma ile birlikte payın karşılıksız bir şekilde edinildiği mahkeme kararı ile belgelenmiş olur. Böylelikle kural olarak edinilmiş mal kategorisinde değerlendirilmesi gereken taşınmazdaki payın, sahibi olan eş tarafından karşılıksız bir şekilde edinildiği yasal önalım hakkının kullanılmasına dair davadaki mahkeme kararı ile ispatlanabilir. Bir başka ifadeyle taşınmazdaki pay, eşin kişisel malları içerisinde yer alır ve diğer eş bu pay üzerinde herhangi bir hak iddiasında bulunamaz. Netice olarak mal rejiminin tasfiyesine dair bir dava açıldığı takdirde, üçüncü kişiden payı devralan eş, yasal

önalım hakkı ile ilgili olan davadaki mahkeme kararını ileri sürerek davanın kendi lehine sonuçlanmasını sağlar.

Burada değerlendirilmesi gereken bir husus da yasal önalım hakkının istisnası niteliğinde olan akrabalar arası satışa ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın olmaması durumunda, nasıl bir neticenin doğacağı konusudur. Eğer böyle bir karar olmasaydı, bir eşin taşınmazdaki payı muvazaalı olarak devralması halinde, diğer eş yasal önalım hakkını kullanarak, payı alabilirdi. Böyle bir halde ise artık, tek bir eşin mülkiyetinde bulunan taşınmaz, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine konu olur ve edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi açısından muvazaalı satış ile ilgili bir uyuşmazlık yaşanmazdı.

2. Eşlerin Üçüncü Kişilerle Birlikte Paydaş Olması

Eşlerin bir taşınmazda paylı mülkiyet şeklinde hak sahipliği durumu, sadece kendi aralarında olabileceği gibi, üçüncü kişilerle birlikte de olabilir. Böyle bir halde eşlerin payları üzerinde yapacağı tasarruflarda, diğer eşin rızasının alınıp alınmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda ileri sürülen görüşlerden birincisi³¹, rızanın alınmasına dair TMK m. 223/2 hükmünün eşlerin üçüncü kişilerle birlikte paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olması durumunda da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü bu görüşteki yazarlara göre, hükmün lafzına bakıldığı takdirde, her iki eşin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu her türlü birlikte hak sahipliğinde eşlerin tasarrufunda diğer eşin rızası alınmalıdır.

Bu konudaki ikinci görüş ise³², TMK m. 223/2 düzenlemesinin sadece eşlerin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu birlikte mülkiyet ilişkisinde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Başka bir şekilde etmek gerekirse, bu görüşteki yazarlara göre, eşlerin üçüncü kişilerle birlikte paylı mülkiyet ilişkisi içinde bulunduğu durumlarda, bir eşin yapacağı tasarruflarda diğer eşin rızasının alınmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü bahsi geçen hükmün konuluş amacı ve gerekçesi dikkate alındığında, sadece eşlerin paydaş olduğu mallar üzerindeki tasarruflarının rızaya tabi tutulduğu sonucuna varılır.

³¹ Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler* (n 17) 72; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 16) 284; Kılıçoğlu Yılmaz (n 30) 97; Bulut (n 30) 131-132 vd.; Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (n 30) 119.

³² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 16) 229; Özer Deniz (n 18) 17; Şükran Şıpka, 'Türk Hukukunda Eşlerin İşlem Özgürlüğünün Sınırları' (2015) 35 (1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 47, 54.; Barlas (n 30) 140-141.

Kanaatimizce, TMK m. 223/2 düzenlemesi, eşlerin evlilik birliğinin devamı içerisinde birlikte tartışarak ve düşünerek paylı mülkiyet şeklinde edindikleri mallar için düzenlenmiş bir hükümdür. Hükümün amacı, eşlerin bu şekilde edindiği mallar üzerinde, evlilik birliğinin zedelenmemesi amacıyla, birlikte hareket etmeleri ve yapılacak tasarruflarda birbirlerinin rızalarını almalarıdır. Başka bir ifadeyle, paylı mülkiyet ilişkisine eşler dışında üçüncü bir kişi girecek ise buna eşlerin birlikte karar vermeleri sözü edilen hükümle sağlanmak istenmektedir. Dolayısıyla eşlerin birlikte paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu ilişkinin başlangıcında, üçüncü bir kişinin bulunduğu durumda, artık TMK m. 223/2 düzenlemesinin uygulanma durumu gündeme gelemez. Netice olarak kanaatimizce TMK m. 223/2 düzenlemesi sadece eşlerin paylı mülkiyet ilişkisinin bulunduğu birlikte hak sahipliği için uygulanmalı ve eğer eşler dışında üçüncü bir kişi ilişkide mevcut ise sözü edilen hüküm uygulanmamalıdır. Eşlerin üçüncü kişilerle birlikte hak sahibi olduğu paylı mülkiyet ilişkisinde, TMK m. 223/2 düzenlemesinin uygulanmaması gerektiğine dair görüş tarafımızca kabul edildiğinden, çalışmamız açısından burada ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır. Zira burada eşlerin yapacağı tasarruflarda diğer eşin rızasına ihtiyaç olmayacağından, çalışmamız açısından eşin taşınmazdaki payı devretmesi ile ilgili açıklamalara atıf yapılmakla yetinilmektedir³³. Ayrıca burada diğer görüşün kabul edilmesi durumunda ise yapılacak tasarruflarda diğer eşin rızasının alınma durumu ortaya çıkacağından, buna dair açıklamalarda bir önceki başlıkta yapıldığından, söz konusu açıklamalar için de oraya atıf yapılmaktadır³⁴.

Sonuç

Yasal önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davada, devrin bedel elde etme amacıyla değil de devralanı koruma ve payın miras paylaşımına girmesini engelleme veya bağışlama amacı ile yapıldığının ispatlanması sonucunda, sözü edilen dava reddedilir. Davanın reddine dair kararın kesinleşmesi akabinde, payın satışı ile ilgili sözleşmenin muvazaalı olduğu mahkeme kararı ile belgelenir. Satışın muvazaalı olması payı devralan bakımından savunma argümanı olsa da bu savunmanın edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi bakımından büyük bir önemi bulunmaktadır. Yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki akrabalar arası pay satışı, eşlerden birinin veya her ikisinin taşınmazda paydaş

³³ Eşlerden birinin taşınmazdaki payı devretmesi ile ilgili açıklamalar için bkz. III, A, 1.

³⁴ Sadece eşlerin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu taşınmazdaki payın devredilmesi ile ilgili açıklamalar için bkz. III, B, 1.

olması ve taşınmazdaki payın satışında eşin devreden veya devralan olması ihtimalleri üzerinden hareket edilerek değerlendirilmelidir.

Eşlerden birinin paylı mülkiyet şeklinde hak sahipliğinin bulunduğu ve devredeni eşlerden biri olan yasal önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı satış işlemi, eş tarafından mal rejiminin geçerli olduğu dönemde yapılmışsa, bu satış işleminin mal rejiminin tasfiyesinde eklenecek değer olma durumu ortaya çıkar. Mal rejiminin geçerli olduğu dönemde bir eş, edinilmiş mal kategorisinde yer alan taşınmazdaki payını, devralanı koruma ve payın miras paylaşımına girmesini engelleme veya bağışlama gibi bir amaçla devrederse, yapılan satış işleminde önalım hakkı kullanılamasa da önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davadaki mahkeme kararı eklenecek değerlerle ilgili iddia da kesin delil niteliğine sahip olur. Bu bağlamda yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki görünürdeki satış işleminin arkasındaki gizli işlem olan bağışlama işlemine konu pay devri, eş tarafından mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış ve olağan hediye niteliğinde değilse, bu pay eklenecek değer olarak dikkate alınır. Eğer taşınmazdaki pay devri mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde yapılmamış ise bu halde yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki devrin eklenecek değer olarak dikkate alınabilmesi, katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığının ispatlanmasına bağlıdır. Buradaki ispat yükü, devrin katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığını iddia eden eş üzerindedir.

Evli olan bir kişinin mal rejiminin geçerli olduğu dönemde bir taşınmazdaki payı yasal önalım hakkının istisnası niteliğinde olacak şekilde satın alması, payla ilgili devre karşılıksız kazandırma niteliğini kazandırır. Bu bağlamda taşınmazdaki payın konu olduğu mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili davada da payın sahibi olan eş, yasal önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davadaki mahkeme kararını ileri sürerek payı karşılıksız olarak edindiğini ispat edebilir. Nihayetinde taşınmazdaki pay, eşin kişisel malları içerisinde yer alır ve diğer eş bu pay üzerinde herhangi bir hak iddia edemez.

Eşlerden birinin taşınmazda paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olması yanında, eşlerin her ikisi de taşınmazda paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olabilir. Bu bağlamda eşler, bir taşınmazı belli paylarla mülkiyet hakkına sahip olacak şekilde iktisap edebilir. Böyle bir iktisapta, eşler arasında paylı mülkiyet ilişkisi meydana gelir. Eşlerden biri, TMK m. 223/2 hükmü gereğince, diğer eşin rızasını alarak taşınmazdaki pay üzerinde tasarrufta bulunabilir. Eşin rıza alarak yaptığı bu satış işleminde, diğer eş yasal önalım hakkını TMK m. 732 vd. hükümleri

çerçevesinde kullanabilir. Diğer eşin bu şekilde yasal önalım hakkını kullanması halinde de eğer yapılan devir bedel elde etme amacıyla değil, payın miras paylaşımına girmesini engellemek ve devralanı korumak veya bağışlanması amacıyla yapılmışsa diğer eş yasal önalım hakkını kullanamaz. Bu satış işleminde önalım hakkı kullanılamasa da önalım hakkının kullanılmasına dair açılan davadaki mahkeme kararı eklenecek değerlerle ilgili iddia da kesin delil niteliğine sahip olur. Bu bağlamda yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki görünürdeki satış işleminin arkasındaki gizli işlem olan bağışlama işlemine konu pay devri, eş tarafından mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış ve olağan hediye niteliğinde değilse, bu pay eklenecek değer olarak dikkate alınır. Eğer taşınmazdaki pay devri mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde yapılmamış ise bu halde yasal önalım hakkının istisnası niteliğindeki devrin eklenecek değer olarak dikkate alınabilmesi, katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığının ispatlanmasına bağlıdır. Buradaki ispat yükü devrin katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığını iddia eden eş üzerindedir.

Eşlerden birinin üçüncü bir kişi ile birlikte taşınmazda paylı mülkiyet halinde hak sahipliğinin bulunduğu durumda, üçüncü kişi payını diğer eşe devrederse, bu halde de eşlerin her ikisi taşınmaz üzerinde paydaş olur. Eşlerin her ikisinin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu bu satış işleminde, paydaş olan eş kural olarak yasal önalım hakkını yeni paydaş olan eşe karşı kullanabilir. Ancak devreden üçüncü kişinin amacı, bedel elde etmek değil de diğer eş korumak ve payın miras paylaşımına girmesini engellemek veya payı diğer eşe bağışlama yapmak ise bu satış işleminde yasal önalım hakkı kullanılamaz. Böylelikle kural olarak edinilmiş mal kategorisinde değerlendirilmesi gereken taşınmazdaki payın, sahibi olan eş tarafından karşılıksız bir şekilde edinildiği yasal önalım hakkının kullanılmasına dair davadaki mahkeme kararı ile ispatlanabilir. Netice olarak mal rejiminin tasfiyesine dair bir dava açıldığı takdirde, üçüncü kişiden payı devralan eş, yasal önalım hakkı ile ilgili olan davadaki mahkeme kararını ileri sürerek davanın kendi lehine sonuçlanmasını sağlayabilir.

Eşlerin bir taşınmazda paylı mülkiyet şeklinde hak sahipliği durumu, sadece kendi aralarında olabileceği gibi, üçüncü kişilerle birlikte de olabilir. Böyle bir halde rızanın alınmasına ilişkin TMK m. 223/2 düzenlemesi, sadece eşlerin paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu birlikte mülkiyet ilişkisinde uygulanmalıdır. Çünkü TMK m. 223/2 düzenlemesi, eşlerin evlilik birliğinin devamı içerisinde birlikte tartışarak ve düşünerek paylı mülkiyet şeklinde edindikleri mallar için düzenlenmiş bir hükümdür. Hükümün amacı, eşlerin bu şekilde edindiği mallar

üzerinde, evlilik birliğinin zedelenmemesi amacıyla, birlikte hareket etmeleri ve yapılacak tasarruflarda birbirlerinin rızalarını almalarıdır. Netice olarak eşlerin birlikte paylı mülkiyet şeklinde hak sahibi olduğu ilişkinin başlangıcında, üçüncü bir kişinin bulunduğu durumda, artık TMK m. 223/2 düzenlemesinin uygulanma durumu gündeme gelemez. Eşlerin üçüncü kişilerle birlikte hak sahibi olduğu paylı mülkiyet ilişkisinde, TMK m. 223/2 düzenlemesinin uygulanmaması gerektiğine dair görüş tarafımızca kabul edildiğinden, burada ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır. Zira eşlerin yapacağı tasarruflarda diğer eşin rızasına ihtiyaç olmayacağından, çalışmamız açısından eşin taşınmazdaki payı devretmesi ile ilgili açıklamalar burada da geçerlidir.

Kaynakça

- Acar F, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin 2021)
- Akalp Demirtabak D, *Yasal Önalım Hakkı* (On İki Levha 2010)
- Akbel S, 'Yasal Önalım Hakkı, Hakkın Kullanılması ve Sonuçları' (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi 2019)
- Akbulut P E, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010)
- Akcan G, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2019)
- Akcaal M, *Eşya Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2024)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Cilt-II (25. Baskı, Beta 2024)
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta 2018)
- Antalya G ve Sağlam İ, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III* (5. Baskı, Seçkin 2021)
- Arslantürk M, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019)
- Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (9. Baskı, Adalet 2020)
- Ayan M ve Ayan N, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Adalet 2023)
- Ayan S, *Evlilik Birliğinin Korunması* (Türkiye Barolar Birliği 2004)
- Aydın Ö, *Muris Muvazaası* (Legal 2023)
- Aydos O S, 'Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 383-393
- Ayhan S S, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019)
- Ayiter N, *Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı)* (3. Baskı, Savaş 1987)
- Barlas N, 'Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları' Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınları (2004) 115-143
- Beleş M, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2007)
- Bulut M, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu' (2016) XX (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125-148
- Bük A, 'Türk Hukuk Sisteminde Mal Rejimleri' (Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi 2004)
- Can Bayhan D, 'Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası Olarak Değerlendirilmeyen İşlemler' (2022) 2 (2) Dicle Akademi Dergisi 179-200
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (2. Baskı, Oniki Levha 2022)
- , *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III* (Oniki Levha 2020)

- Çay C T, 'Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi)' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2007)
- Çelik M, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi 2024)
- Çiftçi B, 'Muris Muvazaası ve Muvazaa İddiasında Bulunulamayacak Bazı Durumlar' (2021) (154) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 135-153
- Demir P Ö, 'Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2005)
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (20. Baskı, Filiz 2025)
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021)
- Erbek Odabaşı Ö, 'Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması' (2021) 23 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1001-1056
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Yetkin 2020)
- , *Mülkiyet Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin 2021)
- , 'Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-126
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (6. Baskı, Legem 2024)
- Erenler M E, *Muris Muvazaası* (Seçkin 2023)
- Erkan V U, 'Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması' (2014) 5 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269-294
- , 'Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2006)
- Ertaş Ş, Cumalıoğlu E ve Serdar İ, *Eşya Hukuku* (16. Baskı, Barış 2021)
- Ertaş Ş, 'Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 915-932
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2019)
- Eviz E, *Muris Muvazaası* (On İki Levha 2019)
- Evren E G, 'Muvazaanın Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi 2021)
- Eyigül A, 'Yargıtay Kararları Işığında Miras Hukukunda Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi 2020)
- Feyzioğlu F N, *Şuf'a Hakkı* (Fakülteler 1959)

- Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Oniki Levha 2021)
- Göktimur M, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi 2022)
- Güneri Yener S, 'Olağanüstü Mal Rejimi' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2021)
- Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2. Baskı, Ankara 1984)
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (10. Baskı, On İki Levha 2023)
- , *Eşya Hukuku* (On İki Levha 2020)
- Hatipoğlu Z U, 'Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Mirasbırakanın Asıl İradesinin Tayini' (2017) 22 (36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109-135
- İlaldı H R, 'Taşınmazlar Açısından Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi 2021)
- İnan A N, Ertaş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2024)
- İnci O, *Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası* (Adalet 2020)
- Kayalı H, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Doğu Üniversitesi 2022)
- Kazancı D, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2024)
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (7. Baskı, Turhan 2024)
- , *Eşya Hukuku* (Turhan 2021)
- , *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler* (3. Baskı, Turhan 2014)
- Kılıçoğlu Yılmaz K, 'Eşlerin Paylı Mülkiyetleri' (2014) (114) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 79-104
- Kiraz B, 'Mal Rejimi Sözleşmeleri' (Yüksek Lisans Tezi, Türk-Alman Üniversitesi 2019)
- Köse E C, *Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar* (On İki Levha 2020)
- Kutlu N, 'Önalım Hakkının Kullanılması' (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi 2010)
- Midyat N A, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (On İki Levha 2023)
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Beta 2020)
- Oğuzman M K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-I (19. Baskı, Vedat 2021)
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (24. Baskı, Filiz 2022)
- Özayıtgu Ük M, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2024)
- Özdamar D, Kayış F, Yağcıoğlu B ve Akgün A, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi* (6. Baskı, Seçkin 2021)
- Özer Deniz M, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (Vedat 2016)
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015)
- Remzi M ve Aydın S, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2020)

- Saray Türe S M, 'Önalım Hakkı ve Sınırları' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019)
- Satılmış İ, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022)
- Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (9. Baskı, Seçkin 2024)
- Sirmen A L, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2025)
- Suata İ Z, *Kanuni Önalım Hakkı* (Yetkin 2020)
- Sun N, 'Muris Muvazaası' (Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi 2019)
- Şahin Caner A, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arasında Yapılan Satışların Muvazaalı Olduğuna İlişkin Fiili Karine ve Güncel Yargı Kararlarındaki Durum' 2025 10 (1) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 321-342
- Şıpka Ş T, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları* (Alfa 1994)
- Şıpka Ş, 'Türk Hukukunda Eşlerin İşlem Özgürlüğünün Sınırları' (2015) 35 (1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 47-58
- Şıpka Ş ve Akyasan Birsen G, 'Güncel Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası' (2022) 20 (234) Legal Hukuk Dergisi 1987-2038
- Şimşek S, 'Yasal Önalım Hakkının Şartları ve Bu Hakkın Kullanılamayacağı Haller' (2025) (75) Adalet Dergisi 783-810
- Takiş A, 'Yasal Önalım Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2005)
- Toprak R, 'Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimleri' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2006)
- Topuz M, 'Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler' (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 709-727
- Uzun N, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2009)
- Üçer M ve Göktimur M, 'Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Gerçek Değer Yerine Tapuda Gösterilen Satış Bedelinin Esas Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu' (2023) 28 (49) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 499-530
- Yavuz C, 'Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2019)
- Yılmaz A, *Türk Hukukunda Muris Muvazaası* (Yetkin 2023)
- Yılmaz S, *Medeni Hukuk Eşya Hukuku*, Cilt V (Yetkin 2024)
- , *Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası)* (Yetkin 2021)
- Yücer Aktürk İ, 'Hısımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa' (2015) 10 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-51
- Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (6. Baskı, Seçkin 2025)

Yargıtay Uygulamasına Yönelik Eleştirel Bir Yaklaşım: TBK m. 99/III Çerçevesinde Türk Parası Olarak İleri Sürülen Yabancı Para Alacağının Islah Yoluyla Yabancı Para Cinsinden Talep Edilmesinin Geçerliliği^(*)

Çiğdem YILMAZ^(**)

Öz

Bu çalışma, Türk Borçlar Kanunu'nun 99/III maddesi çerçevesinde yabancı para borçlarında alacaklıya tanınan seçim hakkının niteliğini ve bu hakkın kullanıldıktan sonra değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesini incelemektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, söz konusu seçim hakkı yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmekte ve geri alınamazlık ilkesi gereği, bu hakkın kullanılmasıyla birlikte alacaklının tercihinden dönemeyeceği kabul edilmektedir. Çalışmada öncelikle yabancı para borçlarına ilişkin genel çerçeve ve seçim hakkının hukuki niteliği ortaya konulmakta; ardından seçimlik yetki ile yenilik doğuran hak kavramları arasındaki ilişki doktrindeki görüşler ışığında incelenmektedir. Devamında, yenilik doğuran haklara ilişkin “*kullanılmakla sona erme*” ve “*geri alınamazlık*” ilkelerinin dogmatik biçimde uygulanmasının, TBK m. 99/III'ün amacı, dürüstlük kuralı ve taraflar arasındaki menfaatler dengesi bakımından nasıl

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 20.05.2026.

Atıf Şekli: Çiğdem Yılmaz, ‘Yargıtay Uygulamasına Yönelik Eleştirel Bir Yaklaşım: TBK m. 99/III Çerçevesinde Türk Parası Olarak İleri Sürülen Yabancı Para Alacağının Islah Yoluyla Yabancı Para Cinsinden Talep Edilmesinin Geçerliliği’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 645,678.

DOI: 10.52273/sduhfd..1930862.

Bu çalışma, TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında yürütülen araştırmalar sırasında elde edilen kaynak ve bulgulardan yararlanılarak hazırlanmıştır.

(**) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul-Türkiye.

E-posta: cigdem.yilmaz@live.com.

Orcid: 0000-0001-9154-2443.

değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Bu çerçevede çalışma, alacaklının seçim hakkını kullandıktan sonra bu tercihiyle mutlak surette bağlı kabul edilip edilemeyeceği sorusuna odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yabancı Para Borcu, Seçimlik Yetki, İus Variandi, Facultas Alternativa, Yenilik Doğuran Hak.

A Critical Approach to the Case Law of the Court of Cassation: The Validity of Amending a Claim Initially Asserted in Turkish Lira into the Foreign Currency Claim under Article 99/III of the Turkish Code of Obligations

Abstract

This study examines the legal nature of the creditor's right of choice in foreign currency denominated obligations under Article 99/III of the Turkish Code of Obligations and addresses whether this right may be altered once exercised. In the settled case law of the Court of Cassation, this right is characterized as a formative right, and it is accepted that, pursuant to the principle of irrevocability, the creditor may not withdraw from the choice once the right has been exercised. The study first sets out the general framework governing foreign currency denominated obligations and clarifies the legal nature of the creditor's right of choice. It then analyses, in light of doctrinal views, the relationship between *facultas alternativa* (the right to substitute) and formative rights. Subsequently, it discusses how the dogmatic application of the principles that formative rights are extinguished upon exercise and are irrevocable should be assessed in view of the purpose of Article 99/III, the principle of good faith, and the balance of interests between the parties. In this context, the study focuses on the question whether the creditor should be regarded as absolutely bound by the choice once the right of choice has been exercised.

Keywords

Foreign Currency Denominated Obligations, Right to Substitute, *Ius Variandi*, *Facultas Alternativa*, Formative Rig.

Extended Summary

This article examines the legal nature of the creditor's right of election under Article 99/III of the Turkish Code of Obligations and addresses whether that election may be altered after it has been exercised. The issue becomes particularly significant in periods of sharp exchange-rate fluctuations, where binding the creditor strictly to an initial choice may lead to outcomes that are difficult to reconcile with the purpose of the provision, i.e. to protect the creditor from the risks arising from such fluctuations in the event of debtor's default.

Under Turkish law, monetary obligations are in principle payable in Turkish Liras. Nevertheless, obligations may be denominated in foreign currency within the limits prescribed by law. Article 99 establishes a specific regime for such obligations: while the right of election initially belongs to the debtor, under paragraph three it passes to the creditor upon debtor's default. Accordingly, the creditor may demand either performance in the agreed foreign currency or payment in Turkish Liras based on the applicable exchange rate. However, the statute does not explicitly regulate whether this choice may be revised once exercised.

In practice, the problem arises when the creditor initially claims the debt in Turkish Liras, but the debtor continues to delay the payment while exchange rates are increasing. The question, then, is whether the creditor may subsequently convert the claim into a foreign currency claim. The Yargıtay (Court of Cassation) has consistently rejected this possibility, characterizing the right of election as a formative right (*yenilik doğuran hak*) and concluding that such a right is exhausted upon its exercise, which is therefore irrevocable.

This article critically evaluates that approach. It is argued that the mechanism under Article 99/III should be understood as a statutory facultative right (*facultas alternativa*), which grants the creditor the power to substitute the agreed mode of performance under certain conditions. Facultative rights are not regulated under a general and systematic framework in Turkish law; rather, they appear in a fragmented manner through specific provisions. Accordingly, the legal consequences of exercising such a right cannot be derived from a comprehensive statutory regime but must be determined through interpretation in light of the purpose of the relevant provision and the general principles of the law of obligations.

Doctrinal opinions differ on whether the right of election in such a structure should be classified as a formative right. While one view rejects this characterization, another adopts it and applies the principles of exhaustion and irrevocability. The article acknowledges that the creditor's right of election may indeed be characterized as a formative right. However, such characterization does not justify the rigid and automatic application of the principles traditionally associated with formative rights. The doctrine of formative rights is not expressly codified but has been developed in legal scholarship as a conceptual framework aimed primarily at preserving the balance of interests between the parties. In this context, only interests that merit legal protection should be taken into account in striking that balance. Accordingly, principles such as extinction upon exercise and irrevocability ultimately derive from

considerations of good faith and the balance of interests, as reflected in Article 2 of the Turkish Civil Code, and should not be treated as inflexible rules detached from their underlying rationale. Moreover, in accordance with Article 1 of the Turkish Civil Code, legal rules must be applied in light of both their wording and their underlying purpose. This requires that doctrinal constructions be interpreted in harmony with the spirit and objective of the statutory provision, rather than being applied in a manner that restricts the scope of rights granted by the legislature.

In this respect, the question of whether the election may be withdrawn should not be resolved by reference to an abstract and rigid rule. Instead, it must be assessed in light of the specific circumstances of the case, including the conduct of the debtor, the behaviour of the parties, and whether a legitimate reliance interest has arisen. Such an assessment should ultimately be guided by the principle of good faith.

In the case of debt payable in foreign currency, a strict application of the principle of irrevocability may allow the debtor to benefit from continued non-performance, thereby undermining the protective function of Article 99/III.

In conclusion, the creditor's right of election under Article 99/III should not be regarded as absolutely irrevocable. Within the framework of Article 99/III, and particularly where the dispute has reached the litigation stage, it may be accepted that a presumption operates in favour of the creditor where the debtor persistently refuses to perform. The presumption previously operating in favour of the debtor, according to which withdrawing the election would be contrary to the balance of interests (good faith), should at this stage shift in favour of the creditor; accordingly, it should be accepted that the withdrawal of the exercised right is, in principle, consistent with the balance of interests (good faith). However, even the existence of such a presumption does not eliminate the need for an assessment based on the specific circumstances of the case. Whether the creditor may alter the initial choice should be determined in light of the particular circumstances, including the conduct of the parties and the principle of good faith. Such an approach ensures a more balanced and equitable outcome and better reflects the purpose of the provision.

Giriş

Türk hukukunda para borçları ile ilgili kural, ödemenin ülke parasıyla yani Türk lirasıyla yapılmasıdır¹. Buna karşılık yasa koyucu bazı hallerde borcun yabancı para cinsinden kararlaştırılmasına imkân tanımıştır². Ancak borcun yabancı para borcu olarak kararlaştırılabilmesi, tarafların aksine bir anlaşmaya varmadıkları sürece, aynen ifasını zorunlu kılmamaktadır³. Türk Borçlar Kanunu'na göre seçim hakkı ilk aşamada borçluya tanınmış, borcun zamanında ifa edilmemesi halinde, bu hakkın alacaklıya geçmesi düzenlenmiştir⁴. Buna karşılık

¹ TBK m. 99/I - “Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir.”

² 13.09.2018 tarihine kadar borcun yabancı para cinsinden kararlaştırılması bakımından genel bir yasal sınırlandırma mevcut değildi. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da verilen yetkiye dayanarak çıkarılan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'a ve 13.09.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı Kararıyla eklenen (g) bendiyle yabancı para borcunu konu edinen sözleşmeler sınırlandırılmıştır: “Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarında akdedecekleri menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dahil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz.” Bu bendin yürürlüğe girmesinden önce yabancı para cinsinden kararlaştırılan borçların, Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde, taraflarca Türk parası olarak yeniden belirlenmesi de aynı kararın geçici 8. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Topuz (ed), *Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması* (Seçkin 2019).

³ Burada öğretilde gerçek yabancı para borcu ve gerçek olmayan yabancı para borcu ayrımı yapılmaktadır. Tarafların yabancı para borcunun aynen ifa edilmesini kararlaştırdıkları durumlarda gerçek yabancı para borcu, TBK m. 99/II ve III'te olduğu gibi taraflardan birinin ifa edilecek para birimi bakımından seçim hakkının olduğu durumlarda gerçek olmayan yabancı para borcu söz konusudur. Bkz. Karl Larenz., *Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil* (14. Auflage, C.H. Beck 1987) § 12 170; Serkan Ayan, ‘Yabancı Para Borçlarının İfası’ (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 511, 524 dn 22; Murat Topuz, ‘Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmelerinde Uygulama Alanı’ Murat Topuz (ed), *Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması* (Seçkin 2019) 113, 115. Kimi yazarlar bu ayrımı yaparken, gerçek ve gerçek olmayan yerine, efektif ve yalın ifadelerini tercih etmektedir. Buna göre aynen ifası kararlaştırılan yabancı para borçları efektif olarak nitelendirilirken, ifa tarzına ilişkin taraflardan birinin seçim hakkının mevcut olduğu yabancı para borçları yalın olarak ifade edilmektedir. Bkz. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (6. Baskı, Filiz 2014) § 8 para 6; Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992) 12; Cem Baygın, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri - Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler’ (2010) 14 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 127-129.

⁴ TBK m. 99/II ve III- “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.

alacağına kavuşmak isteyen alacaklının, seçim hakkını bir kez kullanmasının ardından, bu tercihini değiştirip değiştiremeyeceği hususuna ilişkin açık bir yasal düzenleme mevcut değildir. Seçim hakkının temerrütle birlikte alacaklıya geçmesi kuralı, Türk hukukunda ilk defa, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine 3678 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkrasının 11.08.1989'da yürürlüğe girmesiyle yer bulmuş⁵; 6098 sayılı Kanun'un 99. maddesinin üçüncü fıkrasında, kapsamı genişletilerek varlığını sürdürmüştür. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 83/III döneminde alacaklının seçim hakkı esasen Türk parası talebinde uygulanacak kurun belirlenmesiyle sınırlıyken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 99/III ile aynen ifayı talep edebilme imkânının açıkça tanınması, alacaklının seçim alanını genişletmiştir. Diğer taraftan mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda⁶ ve Alman hukukunda⁷ benzer bir düzenleme

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir."

⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine eklenen üçüncü fıkranın borçlunun seçim yetkisini tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışmalıydı. Bir görüşe göre borçlu, aynen ifa veya Türk lirası üzerinden ifa arasında seçim yapma yetkisini korumaktaydı. Anılan görüş uyarınca alacaklının seçim hakkının, ancak borçlunun Türk lirası cinsinden ödeme teklifinde bulunması hâlinde gündeme geleceği ve bu hakkın yalnızca uygulanacak kurun belirlenmesi ile sınırlı olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Barlas (n 3) 99. Buna karşılık diğer bir görüş, bu düzenleme ile borçlunun seçim yetkisinin ortadan tamamen kalktığını ve alacaklının aynen ifayı talep edebileceğini kabul etmekteydi. Bkz S Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993) 778. Ancak 6098 sayılı Kanunla birlikte tüm bu hususlardaki seçim hakkı alacaklıya tanındığından bu tartışma önemini yitirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ayan (n 3) 550-551; Baygın (n 3) 128-129; Evrim Erişir, 'Borçlar Kanunu m. 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m. 99 f. III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili' (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 873, 875-876; M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I (18. Baskı, Vedat 2020) para 946.

⁶ Yabancı para borçlarının ifası, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 84. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. TBK m. 99/II ile paralellik gösteren bu hükme göre, borcun aynen ifasının kararlaştırıldığı şekilde yorumlanabilecek bir kayıt olmadığı sürece, borcun vade tarihindeki kur üzerinden ülke parası ile ödenebileceği düzenlenmiştir. İlgili madde metninde, borçlunun temerrüdü halinde seçimlik yetkinin kullanımına veya uygulanacak kura ilişkin farklı ve özel bir düzenleme öngörülmemiştir.

⁷ Alman hukukunda yabancı para borcu, BGB § 244'te düzenlenmiştir. Buna göre, İsviçre ve Türk hukukuna benzer şekilde, Alman hukukunda da yabancı para borcunun aynen ifasına yönelik bir kayıt bulunmadığı sürece, ödemenin ülke parası olan Euro ile yapılması öngörülmüştür. Öte yandan uygulanacak kur bakımından taraflara tanınmış bir seçim hakkı bulunmamaktadır. Zira bu husus yasa koyucu tarafından fiili ödeme günündeki kura bağlanmıştır.

bulunmamaktadır. Dolayısıyla alacaklının buradaki seçim hakkını değiştirme yönünde bir hakkının (*ius variandi*) olup olmadığı meselesine ilişkin klasik anlamda bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapmak mümkün değildir; yapılabilecek değerlendirme ancak benzer hukuki yapıların işlevsel ve amaçsal yönden karşılaştırılmasıyla sınırlı kalmaktadır.

Bu mesele özellikle yabancı para değerlerinin oldukça kısa süre içerisinde çok ciddi miktarlarda artış gösterdiği durumlarda önem kazanmaktadır. Böyle bir ekonomik ortamda, borçlunun yabancı para borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının seçim hakkını kullanarak alacağını borçludan dava dışı veya dava yoluyla Türk lirası cinsinden talep etmesi karşısında, borçlunun borcunu ödememekte ısrar ettiği her an alacağın değeri azalmaktadır. Bu çalışma ile üzerinde durmak istediğimiz temel mesele, tam da bu noktada alacaklının tercihini sonradan değiştirmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Bu çalışmada öncelikle Yargıtay'ın meseleyi ele aldığı içtihatlarının ne yönde olduğu tespit edilecektir. Ardından Yargıtay'ın benimsediği çözüm, ilgili mevzuat ve genel hukuk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilerek meselenin çözümüne ilişkin görüş ve değerlendirmelerimize yer verilecektir.

I. Yargıtay'ın Yerleşik İçtihadı

Alacaklının TBK m. 99/III çerçevesinde seçim hakkını kullanarak alacağını Türk lirası ile talep etmesinin ardından talebini kararlaştırılan yabancı para cinsine değiştirmek istediği ve meselenin Yargıtay'a taşındığı çok sayıda karar mevcuttur. Bu kararlara bakıldığında alacaklının yapmış olduğu tercihi değiştirerek alacağını yabancı para cinsinden talep etmesini Yargıtay'ın istikrarlı bir şekilde reddettiği görülmektedir⁸.

Buna göre Yargıtay çeşitli daire kararlarında; alacaklıya TBK m. 99/III çerçevesinde tanınan seçim hakkını seçimlik hak olarak adlandırmış, bu hakkın yenilik doğuran hak olmasından hareketle alacaklının bu karardan dönemeyeceği sonucuna varmış ve ilk yapılan talep çerçevesinde Türk parası üzerinden hüküm

Borçlunun borcunu vadeden önce veya sonra ödemesi de uygulanacak kurun ödeme zamanına göre belirlenmesi esasını değiştirmez.

⁸ Çalışmamız sırasında incelenen kararlar çerçevesinde tespit edebildiğimiz kadarıyla, Yargıtay'ın aksi yönde bir kararına rastlanmamıştır. Yalnızca bazı kararlardaki muhalefet serhlerinde bu konuda farklı görüşler bildirildiği görülmüştür. Bkz Yargıtay 6 HD, E 2023/3124, K 2024/536, 06.02.2024.

kurulması gerektiğini kabul etmiştir⁹. Bunun dışında bazı kararlarda açıkça alacaklının seçim hakkı yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmese de başka bir gerekçe belirtilmeksizin benzer bir yargıya varılan içtihatlar da mevcuttur¹⁰.

⁹ Yargıtay 11 HD, E 2019/296, K 2019/7125, 12.11.2019 - “6098 Sayılı TBK’nın 99. maddesi uyarınca konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir. Ancak ödemenin ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödenmesi kararlaştırılmış ise alacak ödemenin bu para birimiyle veya ülke para birimiyle ödenmesini istemede seçimlik hakka sahiptir. Ancak yenilik doğurucu nitelikteki bu hakkın kullanılmasıyla birlikte hakkı kullanan kişi bu kararından geri dönebilir.”; Yargıtay 9 HD, E 2021/12219, K 2022/535, 18.01.2022 - “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 99’uncu maddesi uyarınca; borç ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ise borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir. Dolayısıyla, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklıya tanınan seçimlik bir hak söz konusu olup hakkın kullanılması bozucu yenilik doğurucu nitelikte olduğundan talep hakkını kullanan alacaklının artık bu tercihten dönmesi mümkün değildir.”; Yargıtay 3 HD, E 2023/3214, K 2024/1487, 30.04.2024 - “...Dairemizin 12.02.2024 tarihli, 2023/440 E., 2024/574 K. sayılı kararı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin emsal kararlarında da bahsedildiği üzere; TBK’nın 99 uncu maddesi uyarınca, konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir. Ancak, ödemenin ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödenmesi kararlaştırılmış ise; alacaklı ödemenin bu para birimiyle veya ülke para birimiyle ödenmesini istemede seçimlik hakka sahiptir. Ancak, yenilik doğurucu nitelikteki bu hakkın kullanılmasıyla birlikte hakkı kullanan kişi bu karardan geri dönebilir. Somut olayda; dava dilekçesinde açıkça her bir alacak kalemi için TL cinsinden talepte bulunan davacı vekilinin, yargılama sırasında bu tercihten dönerek ıslah dilekçesi vererek borcun yabancı para üzerinden tahsilini isteyemeyeceği gözetilerek; sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken Mahkemece hatalı değerlendirmeye dayalı olarak yazılı şekilde hem zamanaşımı savunmasına itibar edilmeden hem de yabancı para üzerinden hüküm tesis edilmiş olması usul ve kanuna aykırı olup, kararın bu nedenle de bozulması gerekir.”

¹⁰ Yargıtay 9 HD, E 2020/9125, K 2021/6983, 25.03.2021 - “İlk Derece Mahkemesince davacı tarafın, dava dilekçesiyle tercih hakkını kullandığı ve borcun Türk Lirası üzerinden ödenmesini istediği, bundan sonra tercihten dönüp yabancı para üzerinden tahsil isteyemeyeceği gözetilerek TL üzerinden hüküm kurulması gerekirken alacağın yabancı para cinsinden davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş, Bölge Adliye Mahkemesince de bu hususun göz ardı edilmesi hatalı bulunmuştur. Davalının temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmemiştir.”; Yargıtay 6 HD, E 2023/3124, K 2024/536, 06.02.2024 - Bu kararda Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesi’nin “...Euro olarak belirtilmiş ise de, davacı tarafça TBK’nın 99. maddesi gereğince seçimlik hakkını TL olarak kullandığı, taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenen akdi faizin döviz cinsinden ödenecek alacaklara ilişkin olduğu gerekçesiyle,” istinaf başvurusunu reddettiği kararı onayarak açık bir şekilde yenilik doğuran haklardan bahsetmeksizin yerleşik içtihatla paralel bir karar vermiştir. Öte yandan aynı kararın muhalefet şerhinde doktrine atıf yapılarak yenilik doğuran hak bağlamında farklı görüşlere değinilmiş ve “[ı]slah müessesesi ile her türlü usulî eksikliğin veya hatanın düzeltilmesi, davalının kabulüne bağlı olmadan davalının tek tarafı bir işlemi ile mümkün olmaktadır. Tam ıslahta ise tamamen ayrı bir davanın, eski dava yerine ikamesi de mümkündür. İşte ıslah ile taraflara bu kadar geniş yetki verilmişken TBK 99/3’te düzenlenen seçimlik yetki konusunda, davacının TL olarak istediği alacağını, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça hüküm altına alınan Euro’ya döndürememesi ıslah kurumunun amacı ile bağdaşmayacaktır.” şeklinde farklı bir görüş ortaya konulmuştur.

Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu meseleyi ele aldığı kararlarında ilgili hakkın yenilik doğuran hak olduğu sonucuna vararak yenilik doğuran hakların kullanıldıktan sonra geri alınamaması kuralı çerçevesinde, ıslah yoluyla da olsa hâlihazırda kullanılmış olan seçim hakkının değiştirilmesine müsaade etmemiştir¹¹.

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın anılan kararlarında, TBK m. 99/III kapsamında alacaklıya tanınan seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu ve bu nedenle kullanılmakla sona erip geri alınamayacağı kabul edilmektedir. Verilen kararlar, ağırlıklı olarak bu nitelendirme üzerinden gerekçelendirilmekte; hükmün amacı, taraflar arasındaki menfaat dengesi ve somut olayın özellikleri ise ayrıca ayrıntılı biçimde ele alınmamaktadır. Bu noktada, meselenin daha sağlıklı değerlendirilebilmesi için öncelikle seçim hakkının hukuki niteliğinin tespit edilmesi; ardından geri alınabilirlik meselesinin öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde tartışılması gerekmektedir.

II. Türk Hukukunda Yabancı Para Borçlarının İfasında Seçim Hakkına İlişkin Genel Kurallar

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere Türk hukukunda her ne kadar para borçlarında kural olarak ülke parası yani Türk lirası ile ödeme yapılması kabul edilmişse de bazı durumlarda borcun yabancı para cinsinden kararlaştırılmasına da imkân tanınmıştır. Mevzuatın çizdiği sınırlar çerçevesinde kararlaştırılan yabancı para borçlarının ifasına ilişkin kurallar TBK m. 99/II ve III'te düzenlenmektedir. Buna göre yabancı para borçlarının ifasında yasa koyucu duruma göre borçluya veya alacaklıya iki seçenek sunmaktadır. Borcun yabancı para cinsinden aynen ifası mümkün olduğu gibi Türk parası karşılığı ile ifa edilmesi veya talep edilmesine de imkân tanınmaktadır. Bir başka ifadeyle yasa koyucu taraflardan birine, ifa tarzına ilişkin iki seçenek sunmaktadır¹².

¹¹ Yargıtay HGK, E 2024/305, K 2025/368, 18.06.2025 - "Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 02.02.2021 tarihli ve 2017/(19)11-1660 Esas, 2021/2 Karar; 30.04.2025 tarihli ve 2024/11-816 Esas, 2025/265 Karar sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir...Anılan maddede belirtilen seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu hak tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılır ve karşı tarafa varmakla kendiliğinden sonuçlarını doğurur. Bunun değiştirilmesi ancak diğer tarafın muvafakati ile yani tarafların bir değiştirme sözleşmesi yapmaları ile mümkün olur. Bu nedenle inşai bir hak olan seçim hakkından rücu mümkün değildir. Seçim hakkı yenilik doğuran bir hak olduğu için bir defa kullanılmakla sona erer..."

¹² Halûk N Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2024) para 156.3; Halûk N Nomer, 'Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbiriyle Takas Edilebilirliği Problemi' (1999) 57 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 241, 241 vd. (Para Borcu).

İlgili fıkralara yakından bakıldığında, TBK m. 99/II'de aynen ifaya ilişkin bir kararlaştırma veya kayıt bulunmadığı sürece yabancı para borcunun aynen ifa edilebileceği veya “*ödeme günündeki*”¹³ Türk lirası karşılığı üzerinden ödenebileceği öngörülmüştür. Hükümde çok açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da hükmün ifadesinden bu çerçevedeki seçim hakkının borçluya ait olduğu anlaşılmaktadır¹⁴. Aynı maddenin üçüncü ve son fıkrasında borcun zamanında ödenmemesi halinde seçim hakkının alacaklıya geçmesi, alacaklının benzer şekilde yabancı para borcunun aynen ifasını veya “*vade*” ya da “*fiili ödeme günü*”ndeki Türk lirası karşılığını borçludan talep edebilmesi öngörülmüştür.

Bu çalışma çerçevesinde üzerinde duracağımız temel mesele TBK m. 99/III çerçevesinde, seçim hakkının borçlu temerrüdü üzerine alacaklıya geçmesi halinde, alacaklının bu hakkı Türk lirasından yana kullanması durumunda bundan geri dönüşün olup olmadığıdır. Seçim hakkını TBK m. 99/III ile alacaklıya tanıyan kanun koyucu, bu meseleye ilişkin özel bir kural getirmemiştir.

Bilindiği üzere hukuki bir meselenin çözümünde öncelikle uygulanacak hukuk kuralının tespit edilmesi mühimdir. Ne var ki seçim hakkının alacaklıya tanındığı TBK m. 99/III çerçevesinde alacaklının değiştirme hakkı (*ius variandi*) olup olmadığı ne bu hükmün ne de başka bir hükmün lafzından anlaşılmaktadır. Bununla birlikte TMK m. 1/I uyarınca lafzi yorum yeterli olmayıp amaçsal yorumun da muhakkak yapılması gerekir. Kanımızca TBK m. 99/III'ün alacaklıyı kur dalgalanmalarına karşı korumak için getirildiği dikkate alınarak¹⁵ alacaklının bu amaç doğrultusunda duruma göre tercihini değiştirme imkânı söz konusu olmalıdır.

¹³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na eklenen üçüncü fıkra ile mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Alman hukukunda da karşılığı olmayan bir ayrıma yer verilmesi, hükümlerin ne şekilde yorumlanacağına ilişkin bir karmaşaya yol açmıştır. Özellikle seçim hakkının borçluya tanındığı TBK m. 99/II'de yer alan “*ödeme günü*”nden ne anlaşılabileceği epey tartışmalıdır. Bu çalışma çerçevesinde ele aldığımız asıl mesele olmadığından bu tartışmaya detaylı bir şekilde girilmeyecektir. Görüşler ve tartışma için bkz Ayan (n 3) 540 vd; Erişir (n 5) 874 dn 4; Vedat Buz, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi’, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler* (Ankara Barosu 2012) 165, 167 vd; Serozan (n 3) § 8 para 6, 103; Oğuzman ve Öz (n 5) para 943.

¹⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem 2023) para 3040; Nomer (n 12) para 163; Barlas (n 3) 92.

¹⁵ Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinin ilk halinde temerrüt hâlinde alacaklıya seçim hakkı tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. 11.08.1989 tarihinde yürürlüğe giren 3678 sayılı Kanun ile 83. maddeye eklenen üçüncü fıkra ile, borçlu temerrüdü hâlinde döviz alacaklısına yabancı para alacağını vade veya fiili ödeme tarihindeki değeri üzerinden Türk parası cinsinden talep edebilme imkânı tanınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 99/III ile bu seçeneklere ek olarak alacaklıya aynen ifayı talep etme hakkı tanınmış-

Ne var ki gerek Yargıtay'ın bu husustaki kararlarında yapmış olduğu değerlendirmelerde gerekse de öğretideki kimi yazarların¹⁶ bu hususta ileri sürmüş olduğu görüşlerde amaca göre yorum yapılmaksızın alacaklının değiştirme hakkı olmadığı ifade edilmekte, bu ihtimal tamamen dışlanmaktadır. Bunun gerekçesi olarak da seçim hakkının yenilik doğuran hak olması gösterilmektedir¹⁷.

Yargıtay'ın anılan kararlarda içtihadını gerekçelendirmekte kullandığı yenilik doğuran hak öğretisini bu mesele bakımından gündeme getiren seçim hakkının niteliği üzerinde durmakta fayda görmekteyiz.

B. Yabancı Para Borçlarındaki Seçim Hakkının Niteliği ve Değiştirme Hakkı

1. Genel Olarak

Bu çalışma özelinde nitelik bakımından değerlendirilmesi gereken hak, yabancı para borçları bağlamında ifanın hangi para birimi ile gerçekleşeceği yani ifa tarzı¹⁸ üzerindeki seçim hakkıdır. Türk hukukunda seçim hakkı adı altında taraflardan birine borcun konusuna tek taraflı olarak müdahale yetkisi veren iki kurum akla gelmektedir: seçimlik borç ve seçimlik yetki. Bu iki kurum arasındaki en temel yapısal farklılık borcun konusunun belirli olup olmadığına ilişkindir¹⁹. TBK m. 87 ile kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olan seçimlik borçta,

tır. Türk yasa koyucusunun alacaklı lehine öngörmüş olduğu bu yeniliklerin döviz alacaklısını enflasyon ve devalüasyon gibi etmenlerden kaynaklanacak zararlara karşı koruma amacı taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz Barlas (n 3) 100; Ayan (n 3) 528; Baygın (n 3) 128-129. Böylesi özel bir korumanın sadece yabancı para alacaklısına tanınması, Türk parası alacaklılarına sadece para borçlarındaki aşkın zarar çerçevesinde talep edilebilecek tazminat hakkı gibi yollarla korunmasının anayasal eşitlik ilkesinin ihlali şeklinde yorumlandığı hususunda bkz Buz (n 13) 167; Serozan (n 3) § 8 para 6.

¹⁶ Ayan (n 3) 552; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Turhan 2024) para 4058; Serozan (n 3) § 7 para 27.

¹⁷ Serozan (n 3) § 7 para 27; Ayan (n 3) 552 dn 94. *Kılıçoğlu*, buradaki seçim hakkının seçimlik hak olduğunu belirtip doğrudan yenilik doğuran hak olduğunu ileri sürmemişse de, diğer seçimlik haklara uygulanan kurallara atıf yaparak hakkın kullanımının geri alınamazlığından söz etmiştir. Bkz Kılıçoğlu (n 16) para 4058. Yazar aynı eserinde seçimlik hakların olduğu hâllerde seçim hakkının yenilik doğuran hak olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz Kılıçoğlu (n 16) para 177, 4817, 5152-5155. Seçimlik yetkideki seçim hakkının alacaklıya tanındığı hâllerde, alacaklının seçim hakkını kullanmasının yenilik doğuran etkisi olduğu hususunda bkz. Larenz (n 3) § 12 161.

¹⁸ Nomer (n 12) para 156.3; Nomer, Para Borcu, (n 12) 241 vd.

¹⁹ Hans Merz, *Schweizerisches Privatrecht*, Band VI/1: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband: Einleitung §§ 1-3; Entstehung, Allgemeine Charakterisierung; Die Obligation §§ 4-20 (Helbing & Lichtenhahn 1984) 140, 141; Kılıçoğlu (n 16) para 3946; Eren (n 14) para

borcun konusu belirsiz olup, seçim hakkının kullanılmasıyla birlikte belirli hâle gelmektedir. Öte yandan seçimlik yetkide borcun konusunun en başından itibaren belirli olmasına karşılık, seçimlik yetki çerçevesinde verilen seçim hakkı ile hak sahibine edimi değiştirme yetkisi tanınmaktadır²⁰.

Bu çerçevede TBK m. 99/III'ü değerlendirdiğimizde, asli edim yabancı para olarak belirlenmiş olup borcun konusu bakımından bir belirsizlik söz konusu değildir. Öte yandan bu fıkra ile alacaklıya edimi Türk lirasına dönüştürme imkânı tanınmaktadır²¹. Burada her iki edim para borcu olsa dahi, taraflardan birine ifa tarzını değiştirme yetkisi tanınmış olması sebebiyle bu durum seçimlik borç değil, seçimlik yetki olarak nitelendirilmektedir²². Bu bakımdan yabancı para borçları, Türk-İsviçre ve Alman hukukunda seçimlik yetkinin en tipik örneği olarak ele alınmaktadır²³. Söz konusu yetki kanundan kaynaklandığından, kanuni seçimlik yetki niteliğindedir²⁴.

3019; Oğuzman ve Öz (n 5) para 897. Belirlilik kriteri seçimlik borç ve seçimlik yetki arasındaki yapısal farklılık olup böylesi bir seçim hakkının hangi hukuki kuruma ait olduğu; edimin (kusursuz) imkânsızlığı, hakkın bağlayıcılığı ve geri alınamazlığı gibi meseleler bakımından önem arz etmektedir. Seçimlik borçlarda edimlerden birinin imkânsızlığa uğraması prensip olarak borcu sona erdirmemektedir ve borç geri kalan edim veya edimler üzerinden devam etmektedir. Seçimlik yetkide ise prensip olarak, asli edim olması sebebiyle asıl edimin imkânsızlığa uğradığı durumlarda borcun ifa imkânsızlığı sebebiyle erdiği kabul edilmektedir. Yedek edimin imkânsızlığa uğramasının böyle bir etkisi bulunmamaktadır. Bkz. Nomer (n 12) para 156.2. Ancak seçimlik borç ve seçimlik yetkinin farkı ortaya konulurken sıklıkla dikkat çekilen bu önerme yabancı para borçları bakımından gerçeği yansıtmamaktadır. Zira yabancı para borçları bakımından yetki ifa tarzına ilişkindir. Asıl edim olarak belirlenen bir para biriminin tedavülünden kalkması para borcunun ifasını değil para borcunun belirlenen ifa tarzıyla yerine getirilmesini imkânsızlaştırır. Para borcunun bir değer sağlama olduğu dikkate alındığında sırf ifa tarzının imkânsızlaşması borcu sona erdirmez. Bkz. Nomer (n 12) para 156.3, 160.

²⁰ Eren (n 14) para 3019; Kılıçoğlu (n 16) para 3946. Sözleşme ile kararlaştırılan ifa yerini değiştirme yetkisi gibi asli edim dışındaki hususlar bakımından taraflara tanınan değiştirme yetkisi de kimi yazarlarca bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. Melek Bilgin Yüce, 'Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 3191, 3207. Yabancı para borçlarındaki seçim hakkının seçimlik yetki olduğu, ancak buradaki seçim hakkının ifa tarzına ilişkin olduğu hususunda bkz. Nomer (n 12) para 156.3.

²¹ Yabancı para borcunun karşılığı belirlenirken resmî rayiçler dikkate alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından belirlenen kurlar nazara alınarak Türk lirası karşılığı tespit edilmektedir. Bkz. Nomer (n 12) para 163.7; Eren (n 14) para 3040; Eren (n 14) para 3039.

²² Nomer (n 12) para 156.3.

²³ Nomer (n 12) para 163.1; Eren (n 14) para 3020, 3040; Ayan (n 3) 520; Merz (n 19) 139, 140; Serozan (n 3) § 8 para 7; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3. Auflage, Schulthess 1979) § 9 IV 65 dn 42; § 11 IV 82;

Seçimlik yetkide asli edim ve yedek edim olmak üzere iki edim söz konusudur. Seçimlik yetkide seçim hakkı sahibi²⁵, tanınan yetki çerçevesinde borcun başlangıçta kararlaştırılmış konusu olan asli (asıl) edimi, yedek edimle değiştirmektedir²⁶. Esasında asli edim yerine tercih edilen bu edim, seçim hakkı sahibinin sonradan rastgele belirleyebileceği herhangi bir edim olmayıp, en baştan taraflarca veya yasa koyucu tarafından belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir²⁷ hâle getirilmiş bir edimdir. Yabancı para borçları bakımından, kararlaştırılan yabancı parayı asli edim; Türk lirası karşılığını ise yedek edim olarak nitelendirmek mümkündür²⁸.

Öte yandan seçimlik yetki genel bir kanuni düzenlemeye sahip olmadığı için, buradaki seçim hakkının kullanımında ne gibi esasların uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple seçimlik yetkiye ilişkin kurallar öğreti tarafından ortaya konulan ve içtihat tarafından benimsenen hukuk ilkeleri ile şekillenmektedir. Ne var ki kanımızca benimsenen bu ilkeler, benzer durumlarda olduğu gibi zaman zaman kanunun özüne aykırı ve yerinde olmayan sonuçlara yol açabildiğinden dikkatle ele alınmalı ve uygulanmalıdır. Aşağıda bu ilkeler Türk Borçlar Kanunu'nun ruhu dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Mustafa Göktürk Yıldız, Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları (On İki Levha 2020) 142, 143; Topuz (n 3) 116.

²⁴ Eren (n 14) para 3019, 3020.

²⁵ Bu kişi taraflardan biri olabileceği gibi bu yetkinin üçüncü kişilere tanınması mümkündür. Bkz. Bilgin Yüce (n 20) 3206.

²⁶ Eren (n 14) para 3019, 3020; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 5) 817-818; Oğuzman ve Öz (n 5) para 37, 897; Thomas Bachmann, *Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR* (Duncker & Humblot 2010) 96, 345; Serozan (n 3) § 7 para 21; Bilgin Yüce (n 20) 3206; Nomer (n 12) para 156.2.

²⁷ Kanımızca tıpkı asli edimde olduğu gibi yedek edimin de en azından belirlenebilir olarak kararlaştırılması gerekmektedir. Josef Esser ve Eike Schmidt, *Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1* (8. Auflage, C.F. Müller 1995) § 14 II

²⁸ Türk hukukuyla benzer şekilde, İsviçre hukukunda OR m. 84 ve Alman hukukunda BGB § 244 hükümleri uyarınca yabancı para borçları bakımından kanuni bir seçimlik yetkiden söz edilebilir. Her iki hukuk sisteminde de, aynen ifa kararlaştırılmadıkça borçluya yabancı para borcunu ülke parasıyla da ifa etme imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte, ülke parasıyla ödeme hâlinde esas alınacak kur bakımından anılan hukuk sistemleri farklı çözümler benimsemektedir. Bkz. yuk. dn. 6 ve 7. Temerrütle birlikte seçim hakkının alacaklıya geçmesi ise, İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemelerden farklı olarak, Türk hukukuna özgüdür.

2. TBK m. 99/III Çerçevesinde Alacaklıya Tanınan Seçim Hakkının Niteliği

a. Seçimlik Yetkide Seçim Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlar

Seçim hakkı sahibinin tercihinin yedek edimden yana kullanmasının ardından bu tercihinin değiştirip değiştiremeyeceği meselesinin çözümünde doktrinde farklı yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Bu yaklaşımların ortak noktası, söz konusu hakkın niteliğinin tespitine, özellikle yenilik doğuran hak olup olmadığına odaklanılmasıdır. Bu bağlamda iki yaklaşım öne çıkmaktadır:

i. Seçim Hakkını Yenilik Doğuran Hak Olarak Kabul Etmeyen Görüş

Kimi yazarlara göre seçimlik yetkideki seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğinde değildir²⁹. Esasında bu görüş buradaki seçim hakkını nitelemek yerine, hakkın yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığına altını çizmekle yetinmektedir. Bunun sonucunda sadece seçim hakkının karşı tarafa ilan edilerek kullanılması, seçim hakkının kullanılmakla birlikte sona ermesi ve geri alınamaması gibi yenilik doğuran haklara özgü ilkelere alan açmamaktadır. Böyle bir kabul hak sahibinin yapmış olduğu seçimle bağlı olmadığı gibi bir sonuç ortaya koymaktadır. Burada çizilen sınır dürüstlük kuralıdır³⁰. Örneğin; karşı tarafın kendisine daha önce bildirilen tercih doğrultusunda hazırlık hareketlerine³¹ başlamasının ardından yapılan tercihin değiştirilmesi, somut olay özelinde dürüstlük kuralına aykırı kabul edilerek seçim hakkının değiştirilmesine engel teşkil edebilir.

ii. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Yargıtay'ın yukarıda anılan yerleşik içtihadıyla da paralel olan bir başka yaklaşıma göre, seçimlik yetkideki seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir³². Dola-

²⁹ von Tuhr ve Peter (n 23) § 11 IV 82.

³⁰ von Tuhr ve Peter (n 23) § 11 IV 82.

³¹ von Tuhr, vermiş olduğu örnekte, yedek edimin tercih edildiği bir durumda, eğer seçim hakkı borçludaysa alacaklının yedek edimin ifasını kabule yönelik hazırlık hareketi yapması; seçim hakkı alacaklıdaysa, borçlunun yedek edimin ifasına yönelik hazırlık yapması hâlinde yedek edimden vazgeçip asıl edimin talep edilmesi durumlarının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceğine dikkat çekmektedir. Bkz. von Tuhr ve Peter (n 23) § 11 IV 82.

³² Bachmann (n 26) 345, 347. Öte yandan seçimlik yetkide seçim hakkının borçluya ait olduğu durumlara ilişkin farklı bir yaklaşım daha söz konusudur. Kimi yazarlar seçimlik yetkideki seçim hakkının niteliğinin hak sahibinin kim olduğuna göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Edimi değiştirme yetkisinin alacaklıya ait olduğu durumlarda yenilik doğuran haktan söz edilmektedir. Bu yetkinin borçluya ait olduğu durumlarda, herhangi bir eylem olmaksızın salt irade açıklaması yoluyla yedek edimin ifa edileceğinin borçlu tarafından bildirilmesi borcun içeriğinin değişmesi bakımından yeterli görülmemekte, en azından borçlunun ifayı bilfiil

yısıyla bu hakkın kullanılması yenilik doğuran hakka ilişkin ilkelerin uygulanmasını da beraberinde getirmektedir. Bu ilkelerden konumuzla en ilgili olanları, yenilik doğuran hakların kullanılmakla sona ermesi ve geri alınamazlığı ilkeleridir. Yabancı para borçlarındaki alacaklıya tanınan seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunun kabul edilmesi halinde, bu ilkelerin katı biçimde uygulanması hakkın kullanımını geri alınamaz bir duruma getirmektedir. Nitekim Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu kararlar da bu yaklaşımın bir sonucudur.

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

i. Seçim Hakkını Yenilik Doğuran Hak Olarak Kabul Etmeyen Görüşün Değerlendirilmesi

Yenilik doğuran hakların kimilerince katı bir şekilde ele alınan ilkeleri karşısın-da zaman zaman kimi yazarlar, bu çerçevede sorgusuz ve orantısız bir şekilde uygulan bazı kısıtlamalardan kaçınmak maksadıyla, bazı hakları yenilik doğuran hak çatısı altından çıkarma çabasına girmektedir. Bu sayede yenilik doğuran hak olma statüsüne bağlanan ilkeler uygulanmayacağından, bilhassa geri alınamazlık ilkesinden kaçınabileceği düşünülmektedir. Bu düşünce ile hareket ederek seçim hakkına konu olan bazı hakları ayırıştırarak yenilik doğuran hak öğretisinden kurtarmaya çalışan bu çaba, son yıllarda seçim hakkının söz konusu olduğu çeşitli hukuki durumlarda daha güçlü bir şekilde kendini göstermektedir³³.

Hakkın muhatabının yapılan seçim doğrultusunda hareket etmek zorunda bırakılmasına karşılık, hak sahibini bu bağlayıcılıktan muaf tutmak kanımızca Türk Borçlar Kanunu'nun ruhuna uygun bir çözüm yolu değildir³⁴. Nitekim ye-

teklif etmesi aranmaktadır. Karara konu olan olayda temerrüt nedeniyle TBK m. 99/III'ün uygulama alanı bulması ve artık bu noktada alacaklının seçim hakkı söz konusu olduğundan bu ayırım üzerinde daha fazla durulmayacaktır. Bilgi için bkz. Merz (n 19) 140.

³³ Örneğin son zamanlarda Türk hukukunda giderek taraftar bulan bir görüş uyarınca kimi yazarlar; bazı seçimlik haklar üzerindeki seçim hakkını dikkate almaksızın, nitelikleri bakımından seçimlik hakları talep veya yenilik doğuran hak kategorilerine ayırmakta, talep niteliğindeki hakların ileri sürülmesinin bağlayıcı olmadığını savunmaktadır. Bkz. Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 171; Yeşim M. Atamer ve Ece Baş, 'Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Doğan Sorumluluk' (2014) 88 İstanbul Barosu Dergisi 19, 35; Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012) 117; Kadir Berk Kapancı, *Satış Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri* (On İki Levha 2012) 45, 46; Nafiye Yücedağ, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı (TBK ve CISG Uyarınca)* (On İki Levha 2018) 306, 307.

³⁴ Türk hukukunun aksine Alman hukukunda tek taraflı işlemlerin ne zaman itibarıyla bağlayıcı olduğu meselesine ilişkin daha doğrudan düzenlemeler mevcuttur. Alman hukukunda kural

dek edimi tercih eden hak sahibi; muhatabın hukuk alanında bir değişikliğe yol açmakta, edimin ifa tarzını teke indirgemektedir. Alacaklı tarafından bu doğrultuda kullanılan seçim hakkı, borçlu bakımından bağlayıcıdır. Yedek edimi tercih etmenin borçlu bakımından bağlayıcı olmasına karşılık alacaklı açısından bağlayıcı olmadığını söylemek silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun ruhuna da aykırıdır. Bu nedenle seçim hakkının kullanılmasıyla doğan bağlayıcılığın, taraflar bakımından asimetrik şekilde değerlendirilmesi isabetli değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nda seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcılığı hususunda açık bir hüküm bulunmuyorsa da benzer durumlara ilişkin düzenlemelerden hareketle kanunun ruhunun tespit edilmesi mümkündür. Bu bağlamda, tek taraflı hukuki işlemleri konu almasa da, öneri ve kabule ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması düşünülebilir³⁵. TBK m. 8/I'de bağlayıcı olmayan öneri düzenlenmiş olup buna göre *"Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz."* Görüldüğü üzere öneri, esasen yalnızca beyan sahibini bağlayan ve beyan sahibinin hukuk alanında doğrudan bir değişiklik yaratan bir irade açıklaması olmasına rağmen, yasa koyucu kural olarak önerinin bağlayıcılığını kabul etmiştir. Bunun dışında karşı tarafın bu öneriye duyduğu haklı bir güvenin oluşması veya bu öneri doğrultusunda çeşitli hazırlık çalışmalarına başlanmış olması gibi şartlar öngörülmemiştir. İlk bakışta bu karşılaştırma çerçevesinde TBK m. 99/III'teki seçim hakkı bakımından öneriye ilişkin kuralların dikkate alınması fikri, korunan taraf yönünden tereddüt uyandırabilir. Zira TBK m. 8/I ile henüz herhangi bir borca aykırı davranışı bulunmayan bir muhatabın korunmasına karşılık, bu hükmün TBK m. 99/III çerçevesinde uygulanması ile borcunu zamanında yerine getirmeyen bir borçlunun korunması söz konusu olmaktadır.

olarak başka birine yöneltilmesi gereken hazırlar arasında yapılmayan irade açıklamalarının ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğuracağı düzenlenmektedir. (BGB § 130 I) Buna rağmen Alman hukukunda seçimlik yarışma adı altında kanuni dayanaktan yoksun bir hukuki kurum aracılığıyla bazı talep ve alacakların ileri sürülmesinin bağlayıcı olmadığı yönünde görüşlerin ve içtihatların ortaya konulmasını eleştiren *Stamm*, bu yaklaşımın BGB ve genel hukuk öğretisi ile uyumlu olmadığına işaret ederek bu tür önermeleri eleştirmektedir. Bkz. Jürgen Stamm, 'Der Mythos von der elektiven Konkurrenz: Ein Plädoyer zur Rückbesinnung auf die Wahlschuld und die Ersetzungsbefugnis als Rechtsfiguren zur Bewältigung alternativer Leistungsmehrheiten' (2015) 70 JuristenZeitung 920, 921.

³⁵ Buz (n 33) 452.

Bu noktada sorulması gereken soru, borcunu zamanında yerine getirmeyen borçluya karşı ileri sürülen taleplerin bağlayıcılığında yasa koyucunun nasıl bir çözüm yolu benimsediğidir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki borçlu temerrüdünde, aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmek dışında alacaklının dönme ve olumlu zarar gibi başka çözüm yollarına başvurabilmesi için, bundan önce alacaklının borçluya aynen ifa için süre vererek³⁶ ikinci bir şans vermesi zorunlu kılınmıştır (TBK m. 123). Borçlunun temerrüde düşerek borcunu ihlal etmesi, sözleşme ilişkisinin yeniden şekillendirilmesine doğrudan bir sebebiyet vermemektedir. Sadece borçlunun ifada bulunmayacağına anlaşılmaması gibi süre verilmesinin faydasız olacağı durumlarla, alacaklının ifa yararının kalmadığının anlaşıldığı durumlarda süre verme zorunluluğundan vazgeçilmektedir (TBK m. 124)³⁷. Her ne kadar bu düzenleme ahde vefa ilkesi çerçevesinde asıl sözleşme ilişkisini korumayı hedef alması bakımından çalışmamız kapsamındaki mesele ile birebir uyuşmuyor görünse de, borçlunun sorumluluğunun alacaklı tarafından belirlenebileceği durumlarda dahi, borçlunun sözleşme ilişkisini ihlal etmiş olmasının tek başına alacaklıya özgür bir hareket alanı tanımadığını göstermesi bakımından önemlidir.

Karşılıklı borç ilişkilerinde yasa koyucunun benimsediği çözüm yöntemi, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasına dayanmakta olup bağlayıcılık da bu dengeyi sağlayan araçlardan biridir. Nitekim tarafların birbirlerine yönelttikleri irade beyanları, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) temelinde şekillenen güven teorisi çerçevesinde bağlayıcı kabul edilmektedir. Buna karşılık, bu tür bir karşılıklılığın bulunmadığı, özellikle de hakkın muhatabının herhangi bir karşı edim üstlenmediği durumlarda yasa koyucu, bağlayıcılık ilkesini aynı katılıklıta sürdürmemektedir. Zira karşı edim sağlamayan tarafın, menfaatler dengesi bakımından korunma ihtiyacı daha zayıf kabul edilmektedir. Nitekim TMK m. 542 uyarınca vasiyet eden, herhangi bir gerekçe göstermeksizin vasiyetinden dönebilmektedir.

³⁶ TBK m. 123- *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir."*

³⁷ TBK m. 124 - *"Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:*

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa.
2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.
3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa."

Hal böyleyken TBK m. 99/III çerçevesinde kullanılan seçim hakkı bakımından da bağlayıcılığı kabul etmek, Türk Borçlar Kanunu'nun ruhuna uygun olan çözümdür. Alacaklı en azından bir süre yapmış olduğu seçimle bağlı olmalıdır. Talep sırasında alacaklının ifa için borçluya süre vermesi halinde verilen süre içinde; böyle bir süre verilmemişse dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenecek uygun bir süre zarfında, alacaklı yapmış olduğu seçimle bağlı kabul edilmelidir. Öte yandan, borçlunun ifada bulunmayacağını anlaşıldığı hâllerde, alacaklının yaptığı seçimle bağlı olmadığını kabul etmek, taraf menfaatleri açısından daha uygun bir çözüm teşkil eder. Nitekim alacaklının, ifayı temerrüt tarihindeki kur üzerinden Türk lirası cinsinden talep etmesine rağmen borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi durumunda, bu bağlayıcılığın sona erdiği kabul edilmelidir.

ii. Yenilik Doğuran Hak Görüşünün Değerlendirilmesi

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında önemli bir yeri olmasına karşılık, yenilik doğuran hak kavramı, anılan ülke hukuklarının kanunlarında yer bulmamakla birlikte, doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanmış veya regüle edilmiş değildir. Bu hakka ilişkin ilkeler, öğreti tarafından ortaya konulmuş ve uygulama tarafından benimsenmiştir. Yukarıda anılan Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, açık bir yasal dayanağı olmamasına rağmen bu ilkeler Türk mahkemeleri tarafından öylesine benimsenmektedir ki, kanunen tanınan bazı haklar sırf bu ilkelere dayanarak kullanılamaz hale gelmektedir. Adeta yasa koyucunun tanıdığı hak, yenilik doğuran hak öğretisi ile geri alınmaktadır. Bu çalışma kapsamında ele aldığımız mesele de bu yönde bir hak mahrumiyetine ilişkindir. Yasa koyucunun TBK m. 99/III çerçevesinde alacaklıya tanıdığı iki seçenekten biri olan borcun Türk lirası cinsinden ödemesinin yalnızca talep edilmiş olması dahi, bu talep karşılanmamış olsa bile, diğer seçenek olan ifanın kararlaştırılan yabancı para cinsinden gerçekleştirilmesini talep etme hakkını geri dönülmez biçimde ortadan kaldırmakta ve alacaklıyı bu seçenekten mahrum bırakmaktadır. Zira alacaklının seçim hakkını kullanarak bu seçeneklerden birini tercih etmesinin ardından, tercih edilmeyen seçim hakkının akıbeti, yenilik doğuran hak öğretisinin ilkeleri ile tayin edilmektedir.

Yedek edimin tercih edilmesi doğrultusunda kullanılan seçim hakkının yenilik doğuran hak teşkil edip etmediğine ilişkin bir değerlendirmeden önce, yenilik doğuran hakların ortaya çıkışına kısaca değinmek faydalı olacaktır.

Yenilik doğuran haklar esas itibarıyla 19. yüzyılda süregelen hakların sınıflandırılması çalışmalarının bir sonucudur³⁸. Bu dönemde bazı yazarlar, belirli

³⁸ Buz (n 33) 29.

durumlarda bazı hak sahiplerinin muhataplarına nazaran çok daha güçlü bir konumda bulunduğunu fark etmiş; taraflar arasındaki bozulan menfaat dengesinin yeniden tesis edilebilmesi amacıyla bu tür hakların tespiti, tanımı ve esaslarının belirlenmesine yönelik çalışmalar ortaya koymuşlardır³⁹. Bu çalışmalarla yeni haklar yaratılmamış, var olan haklar belli başlıklar altında toplanmış ve nihayetinde birtakım ilkeler geliştirilerek hakların kullanımına çeşitli sınırlar çizilmiştir. Bu hakların üst başlığı olarak ilk defa 20. yüzyılın başında “*Gestaltungsrecht*” kavramı kullanılmıştır⁴⁰. Hukuk literatürünün önemli bir unsuru hâline gelen bu kavram, zaman içerisinde Türk hukukunda da “*yenilik doğuran hak*” olarak güçlü bir yer edinmiştir⁴¹.

Yenilik doğuran haklar, bugün gelinen noktada tek taraflı hukuki işlemle bir başkasının hukuk alanında kurucu, değiştirici ve sona erdirici etkiler meydana getiren haklar veya yetkiler olarak tanımlanmaktadır⁴². Bu tanımla yenilik doğuran hakların iki temel özelliğine vurgu yapılmaktadır: tek taraflı olmaları ve bir başkasının hukuk alanına müdahale edilmesi. Tek taraflı olmakla kastedilen hakkın muhatabının onayına ve rızasına tabi olunmaksızın sadece hak sahibinin kendi iradesi doğrultusunda hukuki sonucun ortaya çıkmasıdır⁴³. Yenilik doğuran haklar, prensip olarak irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla kullanılmış

³⁹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Buz (n 33) 29 vd.

⁴⁰ “*Gestaltungsrecht*” kavramı ilk defa Emil Seckel tarafından 20. yüzyılda kullanılmıştır. Bkz. Emil Seckel, ‘Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts’ in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden des Wirklichen Geheimen Rats Dr Richard Koch* (1903) 205.

⁴¹ “*Gestaltungsrecht*” yerine zaman zaman inşai hak gibi farklı terimler kullanılsa da öğretide “yenilik doğuran hak” ifadesi daha yerleşik bir kavramdır. Bu sebeple çalışmamızda bu ifade tercih edilmiştir.

⁴² Buz (n 33) 57; M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Baskı, On İki Levha 2023) para 555; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (18. Baskı, Filiz 2023) para 994, 1037; Halûk N Nomer ve Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş* (10. Baskı, Filiz 2024) para 262; Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar* (Vedat Kitapçılık 2007) 1; Eren (n 14) para 162; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 5) 16; Ergun Önen, *İnşai Dava (İnşai Hak, İnşai Hüküm, İnşai Tesir)* (Olgaç Matbaası 1981) 8; Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis* (J C B Mohr 1965) 92; Esser ve Schmidt (n 27) § 5 III 91; Dieter Medicus ve Jens Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB* (12. Auflage, C F Müller 2024) para 81; Rukiye Feray Durmuş, *Yenilik Doğuran Davalar* (On İki Levha 2021) 11, 12; Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (13. Auflage, C.H. Beck 2023) § 20 para 31. Zaman içerisinde yenilik doğuran haklara ilişkin getirilen çeşitli tanımlar için bkz. Buz (n 33) 55 dn. 1.

⁴³ Buz (n 33) 57 vd., 69; Eren (n 14) para 182; Neuner (n 42) § 20 para 31.

sayılırlar⁴⁴. Buradaki tek taraflılık karşı tarafın bu hakkın kullanımına ilişkin herhangi bir söz hakkının bulunmaması ve karşı çıkamaması şeklinde de kendini göstermektedir⁴⁵. Buna rağmen bu hakkın kullanılması, muhatabın hukuk alanında doğrudan değişiklik meydana getirmektedir.

TBK m. 99/III'teki seçim hakkı bakımından bir değerlendirmede bulunacak olursak, yedek edim olarak ifanın Türk lirası cinsinden yerine getirilmesinin tercih edilmesiyle karşı tarafın yükümlülüğü yedek edime dönüştürülmektedir. Bu aşamaya gelindiğinde artık karşı taraf konumundaki borçlunun bu tercihte söz hakkı prensip olarak bulunmamaktadır. Bu durumda borçlunun iradesi veya katılımı olmaksızın yükümlü olduğu ifa tarzının değiştirilmesi söz konusudur. Kanımızca bu çerçevede ortaya çıkan görünüm, yenilik doğuran hak tanımıyla doğrudan örtüşmektedir⁴⁶.

3. Alacaklının Seçim Hakkını Kullandıktan Sonra Bu Seçimle Bağlılığının Sınırları ve Olası Bir Değiştirme Hakkının Değerlendirilmesi

a. Yenilik Doğuran Hakka İlişkin İlkelerin Katı Bir Şekilde Uygulanması Meselesi

Yukarıda açıklandığı üzere yenilik doğuran haklar öğretisinin var oluş amacı, menfaat dengesinin tesisidir⁴⁷. Bu dengeye yenilik doğuran hakların ismiyle müsemma olacak kadar özdeşleşen bazı ilkelerin uygulanmasıyla ulaşılabileceği düşünülmüştür. Bu ilkeler; yenilik doğuran hakların usulüne uygun bir kullanım- la sona ermesi ve geri alınamaması, hak düşürücü süreye tabi olması, kullanımının şarta bağlanamamasıdır⁴⁸. Öğretinin ortaya koyduğu bu kurallar, birçok temel ders kitabında, getiriliş amacı yeterince tartışılmaksızın yer almakta, bilinmesi ve hatırlanması gereken başlıca hukuk kurallarından sayılmaktadır.

Ne var ki, bu hatırlama çabası zaman içerisinde ilkelerin getiriliş amacının önüne geçip bağlamından kopmasına sebep olmuş, taraflar arasındaki men-

⁴⁴ Kural ve istisnalar için bkz. Buz (n 33) 250 vd.; Eren (n 14) para 180 vd.; Oğuzman ve Barlas (n 42) para 610; Dural ve Sarı (n 42) para 1054; Önen (n 42) 11 vd.; Medicus ve Petersen (n 42) para 83; Neuner (n 42) § 20 para 35.

⁴⁵ Medicus ve Petersen (n 42) para 81.

⁴⁶ Yabancı para borçlarındaki seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu hususunda bkz. yuk. dn. 15.

⁴⁷ Krşl. Buz (n 33) 254, 255.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz (n 33) 256 vd.; Eren (n 14) para 184 vd.; Oğuzman ve Barlas (n 42) para 566 vd.; Dural ve Sarı (n 42) para 1057 vd.; Önen (n 42) 28 vd.; Durmuş (n 42) 14 vd.; Demirbaş (n 42) 28 vd.; Medicus ve Petersen (n 42) para 89.

faatler dengesini gözetmek için ortaya konulan bu öğretinin dogmatik bir şekilde uygulanmasına yol açmıştır⁴⁹. Zira menfaatler dengesi amacının anılan ilkelerde açıkça zikredilmemiş olması, hakkın sahibinin olası bir mağduriyetinin görmezden gelinmesine yol açmıştır. Muhatabın dezavantajlı olduğu düşüncesiyle menfaatler dengesini kurmak amacıyla getirilen bu kurallar, hak sahibinin haklı menfaati söz konusu olduğunda, menfaatler dengesinin aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Yasa koyucunun bir hukuki sorunun çözülmesi için tanıdığı bir hakkın, daha ilgili sorun çözülmeden üstünün çizilmesi, menfaatler dengesini değil; borcunu ihlal etmekte ısrar eden bir borçlunun menfaatini korumaktadır.

Yenilik doğuran hak ve bu hakkın geri alınması meselesinde, çalışmamız çerçevesinde tartışmaya açılması gereken ilkeler, yenilik doğuran hakkın usulüne uygun kullanılmakla birlikte sona ermesi ve geri alınamazlığıdır.

i. Yenilik Doğuran Hakların Usulüne Uygun Kullanılmakla Birlikte Sona Ermesi İlkesinin Değerlendirilmesi

Yenilik doğuran hakların kullanımına ilişkin irade açıklaması muhatabına ulaşmakla birlikte ilgili hukuki sonuç doğurmaktadır⁵⁰. Bu sonuç, her şeyden önce bu hak kullanımının her iki tarafı da bağlaması anlamına gelmektedir. Konumuz çerçevesinde örnek vermek gerekirse, alacaklı temerrüde düşen borçluya borcun Türk lirası olarak ödenmesi gerektiğini bildirdikten ve bu bildirim borçluya ulaştıktan sonra, ne alacaklı ne de borçlu tek başlarına bu tercihi değiştirememektedir. Bu aşamada borç, artık Türk lirası cinsinden ödenmesi gereken bir borç haline dönüşmektedir.

Kimi yazarlar, yenilik doğuran hakkın kullanılmakla birlikte hukuki sonuç doğurmasını, hakkın amacına ulaşması şeklinde yorumlamakta ve bu sebeple hakkın sona erdiğini ifade etmektedir⁵¹. Kanımızca bu yaklaşım çok önemli bir hususu göz ardı etmektedir. Yenilik doğuran haklar, kullanılmakla birlikte her ne kadar hukuki amacını gerçekleştirse ve hak sahibi bu hukuki sonuca tek başına ulaşabilse de, çoğu durumda ekonomik sonuçlar bakımından karşı tarafın iş birliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Ekonomik sonuç gerçekleşmeden yenilik do-

⁴⁹ Benzer bir şekilde geri alınamazlık ilkesinin zaman içerisinde temelinde yatan ana fikrin göz ardı edilerek bu kuralın dogma hâline getirildiği hususundaki görüş için bkz. Buz (n 33) 443, 444.

⁵⁰ Buz (n 33) 256.

⁵¹ Buz (n 33) 256, 443.

ğuran hak gerçek anlamda amacına ulaşmış sayılmaz⁵². Zira buradaki hakkın ortaya çıkış amacı, salt hukuki sonuç doğurmak değil, ilgili meseleye çözüm getirmektir. Örneğin; TBK m. 99/III'ün amacı, borçlu temerrüdünün söz konusu olduğu bir durum karşısında, alacaklıyı enflasyon ve devalüasyon gibi etmenlerden kaynaklanacak zararlara karşı korumaktır⁵³. Zira alacaklı yabancı para borcu ile birlikte sadece vade tarihine kadar olan süreçteki ekonomik dalgalanmalar sonucunda alacağının değerinin azalmasını göze almış olsa da vadeden sonra oluşabilecek zararlar bu kapsamda değerlendirilemez⁵⁴. Bu sebeple yasa koyucu vadeden sonra oluşacak değer kaybı için alacaklıyı TBK m. 99/III ile korumayı amaçlamıştır. Bu korumayı, yalnızca alacaklının bir anlık vermiş olduğu kararın borçluya açıklanması ve borçlunun buna karşı çıkamaması olarak değerlendirmek oldukça isabetsiz bir yaklaşımdır.

Bilhassa yenilik doğuran hakkın bir borç ihlaline çare olmak için getirilen bir seçim hakkı olduğu durumlarda hakkın kullanılmakla birlikte sona erdiği yönündeki ifade, gerektiğinde seçilmeyen alternatiflere başvurulamayacağı gibi bir anlayışın öncüsüdür. Bu anlayış, ileri sürülen hakkın tatmin edilmemesi ve hak sahibinin bu sebeple mağduriyet yaşadığı durumları görmezden gelen bir yaklaşımdır. Kanımızca, özellikle yarışan bazı hakları konu edinen seçim hakkı mahiyetindeki yenilik doğuran haklar bakımından, hakkın sona ermesi tercih edilen hakkın ekonomik sonuçlarının gerçekleşmesine bağlanmalıdır.

ii. Yenilik Doğuran Hakların Geri Alınamazlığı İlkesinin Değerlendirilmesi

aa. Geri Alınamazlık İlkesinin Yenilik Doğuran Hak Öğretisi İçinde Değerlendirilmesi

Bu ilkenin değerlendirilmesinde de dikkate alınması gereken en önemli ölçüt yenilik doğuran hak öğretisinin arkasındaki temel felsefe olan menfaatler dengesidir. Bu amaca ulaşmak için ortaya konulan geri alınamazlık ilkesi, menfaat durumu gözetilmeksizin uygulandığı takdirde, her şeyden önce yenilik doğuran hak öğretisinin ruhuyla çelişmektedir. Geri alınamazlık ilkesi ile muhatap,

⁵² Örneğin karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede kendi borcunu ifa etmiş olan bir alacaklı karşı alacağının zamanında ifa edilmemesi üzerine usulüne uygun bir şekilde sözleşmeden döndüğünde bu kişinin tek amacı söz konusu borç ilişkisini hukuken sona erdirmek değil, ifa etmiş olan borcun iadesi ve duruma göre varsa zararının tazminidir. Çoğu durumda hak sahibi için ekonomik sonuçlar çok daha önemlidir.

⁵³ Buz (n 13) 167.

⁵⁴ Yabancı paranın vadeye kadar değer kaybetmesinin borçlu bakımından bir avantaj olduğunu; ancak temerrüdün gerçekleşmesinin ardından meydana gelen değer kaybından borçlunun sorumlu olduğu hususunda bkz. von Tuhr ve Peter (n 23) § 9 IV 65.

söz hakkına sahip olmadığı bir hususta, olası bir belirsizlik halinden korunmaktadır⁵⁵. Ancak dikkat edilmelidir ki, menfaatler dengesinin korunması, muhatabın her türlü çıkarını gözetmek anlamına gelmemektedir. Bu terazide yalnızca korunmaya değer menfaatlerin dikkate alınması gerekmektedir⁵⁶. Muhatabın hukuken korunmaya değer olmayan çıkarlarının, yenilik doğuran hak sahibinin haklı menfaatleri karşısında korunması, yenilik doğuran hak öğretisinin kendi ortaya konuluş amacına aykırı davranmaktır.

Esasında öğretiyi bakıldığında, özellikle taraflar arasındaki menfaatler dengesi dikkate alınarak bazı durumlarda yenilik doğuran hakkın geri alınabileceğinden ve varsa başka bir seçim hakkının kullanılabileceğinden uzun bir süredir bahsedilse de bu durumu tartışan veya bu yönde sonuca varılan kararlara pek rastlanılmamaktadır⁵⁷.

bb. Geri Alınamazlık İlkesinin Türk Borçlar Hukuku Sistemi İçinde Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun ruhu bakımından bağlayıcılığın önemine ve prensip olarak hak sahibinin yapmış olduğu seçimlerle bağlı olduğu hususlarına yuvarıda değinilmiştir. Burada önemli olan bağlayıcılıktan ne anlaşıldığı ve mutlak olup olmadığıdır. Doğası gereği, geri alınamazlık ancak bağlayıcılığın varlığı hâlinde söz konusu olabilir. Öte yandan Yargıtay'ın geri alınamazlık ilkesine verdiği anlama baktığımızda, mutlak ve koşulsuz bir bağlayıcılık anlayışını gözettiği görülmektedir. Sorulması gereken soru, böyle bir bağlayıcılık anlayışının Türk borçlar hukuku sisteminde yeri olup olmadığıdır.

⁵⁵ Buz (n 33) 444; Abbas Samhat, *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB* (Mohr Siebeck 2012) 389, Bachmann (n 26) 381.

⁵⁶ Buz (n 33) 258, 447 vd.; Dural ve Sarı (n 42) para 1061, 1062; Oğuzman ve Barlas (n 42) para 569; Nomer ve Akbulut (n 42) para 267.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz (n 33) 443 vd. 454; Eren (n 14) para 392; Christian Hattenhauer, 'Zur Widerruflichkeit einer Anfechtungserklärung - Begriffliche Befangenheit in der Lehre vom Gestaltungsrecht' (2003) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 398, 412; Eduard Böttcher, 'Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht' in Ernst von Caemmerer, Arthur Nikisch ve Konrad Zweigert (eds), *Vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Döle, Band I* (Mohr Siebeck 1963) 41, 75; Nomer ve Akbulut (n 42) para 267; Medicus ve Petersen (n 42) para 90; Neuner (n 42) § 20 para 37, 41; Samhat (n 55) 169; Gaudenz P Zindel ve Urs Pulver, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2007) Art 368 OR para 62, 63. Kimi yazarlarsa geri almanın ve değişikliğin sadece muhatabın rızasının bulunduğu durumlarda mümkün olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Larenz (n 3) § 12 157. Buna karşılık bazı yazarlar, karşı tarafın onayıyla bile yenilik doğuran hakkın geri alınamayacağını savunmaktadır. Bkz. Önen (n 42) 29.

Yukarıda da değindiğimiz üzere mutlak bir bağlayıcılık anlayışı, TBK m. 99/III'ün getiriliş amacına aykırıdır. Daha önce de açıklandığı üzere hükmün getiriliş amacı, borçlunun ifayı geciktirerek bu durumdan menfaat sağlamasının önüne geçme arzusudur⁵⁸. Bu sayede borçlunun döviz kuruna ilişkin tahmin yürütmesi ve bu tahminlere dayalı spekülasyonlarla ifayı geciktirmesiyle alacaklıya zarar verecek şekilde bu durumdan menfaat elde etmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁹. Zira temerrüt faizi her zaman bu açığı kapatmakta yeterli değildir⁶⁰. Buradan anlaşılacağı üzere yasa koyucunun TBK m. 99/III'ü ortaya koymaktaki amacı, borcunu zamanında ifa etmeyen borçlunun, borca aykırı davranışlarından menfaat elde etmesini ve bu sebeple alacaklının zarar görmesini engellemektir. Bir başka ifadeyle menfaat dengesinin bozulmasının önüne geçmeye çalışmıştır. Ne var ki Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ile birlikte yenilik doğuran hak öğretisinin ortaya çıkışının arkasındaki menfaatler dengesi görmezden gelinmiş, bağlamından koparılan saf bir kavram hukukçuluğu karşısında yasa koyucunun iradesinin aksine bir sonuç ortaya konulmuştur.

Yasa koyucunun iradesine baktığımızda, karşı tarafın üzerine düşeni yapmadığı veya borcuna aykırı davrandığı durumlarda sözleşmeden dönme veya fesih gibi yollarla bu ihlalin muhatabı olan tarafın bağlayıcılıktan kurtarıldığı görülmektedir⁶¹. Hatta bunun da ötesinde, aşırı ifa güçlüğü halinde olduğu gibi, karşı tarafın borca aykırı davranışı söz konusu olmasa dahi, ifanın borçludan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu bazı zorlayıcı dış koşulların gerçekleşmesi halinde de sözleşmeden dönme imkânı tanınmaktadır⁶². Bu tercih,

⁵⁸ Buz (n 13) 167.

⁵⁹ Öte yandan İsviçre hukukunda kur farkı sebebiyle alacaklının zarara uğraması munzam zarar olarak değerlendirilmekte ve ayrıca talep edilebilmektedir. Bkz. von Tuhr ve Peter (n 23) § 9 IV 65. Ne var ki Türk mahkemeleri kur farkı dolayısıyla uğranılan zararı munzam zarar olarak değerlendirmekten kaçınmaktadırlar. Bilgi için bkz. Ayan (n 3) 547, 548.

⁶⁰ Ayan (n 3) 547. Öte yandan İsviçre hukukunda kur farkı sebebiyle alacaklının zarara uğraması munzam zarar olarak değerlendirilmekte ve ayrıca talep edilebilmektedir. Ne var ki Türk mahkemeleri kur farkı dolayısıyla uğranılan zararı munzam zarar olarak değerlendirmekten kaçınmaktadırlar. Bkz. Ayan (n 3) 547, 548.

⁶¹ Örn, TBK m. 125, 227, 235, 259, 271, 475, 480, 599'da düzenlenen dönme hakları ile TBK m. 126'da düzenlenen fesih hakkı buna örnek gösterilebilir. TBK m. 111'de görüldüğü üzere sadece borca aykırı davranış değil, alacağı kabul safhasında üzerine düşeni yapmama hâli bile karşı tarafa sözleşmeden dönme imkânı verebilmektedir.

⁶² TBK m. 138/1- *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa et-*

yasa koyucunun menfaatler dengesine, ahde vefa ilkesi olarak da ifade edilen sözleşmenin bağlayıcılığından daha fazla önem atfettiğinin güçlü bir göstergesidir. Dönme beyanına bir başka açıdan bakıldığında, esasında sözleşmeden dönmekle birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında yapılmış olan öneri ve kabul beyanlarının geri alınması söz konusudur⁶³. Bağlayıcılığa önem veren yasa koyucu, gerektiği takdirde bağlayıcılığı gözden çıkararak ikinci plana itebilmektedir. Esasında kanun koyucu bunu yaparken de yine menfaat dengesini gözetmektedir. Buradan hareketle, kanunun taraflardan birine sözleşmenin bağlayıcılığını sona erdirmeye imkânı tanıdığı durumlar esas alınarak, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan bağın kesilebilmesinin ve kullanılan hakkın geri alınabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁶⁴.

Mutlak bağlayıcılık anlayışının çatışması olası olan bir başka hukuk kuralı dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2). Örneğin; yabancı para alacaklısının alacağını ilk olarak Türk lirası olarak talep etmesi ve borçlunun borcunu ödemekte direnmesi üzerine alacaklının dava açması ve bu süreçte Türk parasının ilgili yabancı para birimi karşısında değer kaybetmesi halinde, borcun ekonomik değeri de azalmaktadır. Borcun değerinin azalması ise borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, alacaklının ifa menfaatinin azalması anlamına gelmektedir. Bu durumda sırf yenilik doğuran hakkın muhatabı olduğundan borçluyu korumak, borçlunun borca aykırı davranışından menfaat elde etmesine göz yummak ve böyle bir tutumu desteklemektir. Halbuki karşı tarafa zarar verme pahasına borçlunun borca aykırı eylemlerinden menfaat elde etmesi, açık bir şekilde dürüstlük kuralına aykırıdır.

TBK m. 99/III çerçevesinde uygulanan mutlak bir bağlayıcılık, alacaklının haklı menfaatlerini görmezden geldiği ve menfaatler dengesine aykırı bir sonuç ortaya koyduğunda, borcunu ihlal eden ve hatta bu ihlalde ısrarcı olan tarafı korumakta ve hatta duruma göre ödüllendirmektedir. Halbuki yasa koyucu böyle bir borçluyu prensip olarak korumamakta, ona gecikme tazminatı, temer-

memiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır."

⁶³ Fesihte de başlangıçta kararlaştırılan süreye ilişkin beyanın geri alındığı, kısaltılarak değiştirildiği söylenebilir.

⁶⁴ Aynı görüşte bkz. Buz (n 33) 258, 447 vd.; Dural ve Sarı (n 42) para 1061, 1062; Oğuzman ve Barlas (n 42) para 569; Nomer ve Akbulut (n 42) para 267.

rüt faizi gibi çeşitli sorumluluklar yüklemektedir⁶⁵. Borçlunun, ifa dışında bu tür sorumluluklardan kısmen veya tamamen kurtulabilmesi, ancak menfaatler dengesinin bunu gerektirdiği ölçüde mümkündür.

b. TBK m. 99/III Çerçevesinde Seçim Hakkının Geri Alınamazlığı Tezinin Hükmün Amacı Işığında Değerlendirilmesi

Yenilik doğuran hak öğretisi çerçevesinde geri alınamazlık ilkesi, tarafların korunmaya değer menfaatleri arasındaki dengenin korunması için benimsenen bir kuraldır⁶⁶. Bilhassa bu çalışmada üzerinde durulan esas meselenin merkezinde yer alan bu ilke, dürüstlük kuralına ve dürüstlük kuralının bir uzantısı olan menfaat hukukçuluğuna dayandırılmaktadır⁶⁷. Dürüstlük kuralının düzenlendiği TMK m. 2’de yasa koyucu dürüstlük kuralını tanımlamamış, sadece tarafların hakkını kullanırken ve borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranması zorunluluğunu getirmiştir. Bununla birlikte her bir somut olayda dürüstlük kuralına uygun davranışı belirlemek mümkün değildir. Öyle ki benzer hukuki meselelerde bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı somut olaya göre değişkenlik gösterebilmektedir⁶⁸. Bu sebeple somut olaya bakmaksızın bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ileri sürüp kanunda yer almayan ezberci bir kabul üzerinden hareket etmek kanımızca isabetsiz bir yaklaşımdır.

Yukarıda izah edildiği üzere, TBK m. 99/III borçlunun temerrüdüne bağlı olarak kur farklılıkları bakımından doğacak olası zararlara karşı alacaklıyı koru-

⁶⁵ TBK m. 118- “*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*”

Para borçları bakımından durum temerrüt faiziyle farklılaştığından bu husus özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, para alacağının yanı sıra TBK m. 120 ve 121 uyarınca temerrüt faizi talep edebilmektedir. Temerrüt faizi için borçlunun kusuru veya alacaklının zarara uğraması aranmamaktadır. Öte yandan alacaklının temerrüt faizinin üzerinde bir zarara (munzam zarar) uğraması hâlinde, TBK m. 122 uyarınca aradaki miktarı borçludan talep edebilmesine imkân tanınmıştır.

TBK m. 122 - “*Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.*”

Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder.”

⁶⁶ Hattenhauer (n 57), 412; Buz (n 33) 186, 190, 254, 494.

⁶⁷ Buz (n 33) 255.

⁶⁸ Örn; zamanaşımı def’i ileri sürmek yasa koyucu tarafından borçluya tanınmış bir savunma iken, borcunu ödeyeceğini söyleyerek alacaklıyı oyalayan bir borçlu tarafından ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırıdır.

maktadır. Bu amacı gerçekleştirmek için alacaklının, geç ifa dolayısıyla uğramış olduğu kur dalgalanması dolayısıyla alacağına meydana gelen değer eksilmelerini ortadan kaldırmak için diğer seçimlik haklarına başvurabilmesi, bu hükmün koruma amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla hükmün getiriliş amacı dikkate alınarak, alacaklının seçim hakkını değiştirmesine açık kapı bırakılmamıştır.

Nitekim ilk etapta alacaklının seçim hakkına sahip olmasına borçlunun borcuna aykırı davranışı yol açmıştır. Alacaklının seçim hakkını kullanarak belirli bir ifa tarzı ile alacağına kavuşma isteği yine borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle gerçekleşmemiştir. Hukuki uyumsuzluğun bu noktaya gelmesinin sebebi borçlunun ihmalkâr davranışlarıdır. Borcuna aykırı davranmakta ısrar eden bir borçluya, aynı borçla ilgili olarak hükmün koruma amacının sınırları çerçevesinde başvurunun dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde genel bir çıkarım yapmak ve bu çıkarımı mutlak bir şekilde uygulamak kanımızca hukuka uygun bir yaklaşım değildir.

Öte yandan alacaklının yapmış olduğu tercihi dava sırasında değiştirmesi, ıslahın yalnızca bir kez kullanılabilen istisnai bir usul kurumu olduğu dikkate alındığında, borçlu bakımından sınırsız veya öngörülemez belirsizlik teşkil etmez. Yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasında korunmaya değer menfaatler dengesinin tesis edilmesi için ortaya konulmuş olan yenilik doğuran hak öğretisi ve bu kapsamdaki geri alınamazlık ilkesi bu menfaatler dengesini gerçek anlamda gözettiği sürece geçerli olmalıdır.

TBK m. 99/III özelinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, borçlunun temerrüde düşmüş olması kanımızca alacaklı karşısında konumunu zayıflatmakta, alacaklıyı seçim hakkı ile bağlı olmaktan prensip olarak kurtarmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki bu durumda mutlak anlamda geri alınamazlığın ortadan kalktığını söylemek, ters istikamette başka bir kavram hukukçuluğuna yol açabilir. Geri alınamazlık ilkesinin korunmaya değer menfaatler dengesini gözettiği düşünüldüğünde, hâkim somut olayın koşullarını dikkate alarak hâlen geri alınamazlık ilkesi lehine karar verebilir. Bu noktada artık borçlu, menfaatler dengesi bakımından, alacaklının seçim hakkını geri almasına müsaade edilmemesinin gerektiğini ispatlamalıdır⁶⁹. Dikkat edilmelidir ki, salt borçlunun ekonomik

⁶⁹ Borçlu bakımından kur dalgalanmalarına karşı başvurulabilecek bir diğer hukuki imkân olarak aşırı ifa güçlüğü kurumu da düşünülebilir. Buna göre borçlu, şartlarının oluşması hâlinde TBK m. 138 çerçevesinde aşırı ifa güçlüğüne dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir.

olarak zarar görmesi bu savunmayı haklı çıkarmakta yeterli değildir. Zira bu aşamaya gelinebilmesi için borçlunun hem en başta borcunu zamanında ifa etmeyerek seçim hakkının alacaklıya geçmesine sebep olması hem de alacaklının seçim hakkını TBK m. 99/III çerçevesinde kullanmasının ardından verilen süre zarfında borcunu ifa etmeyerek, alacaklıyı yapmış olduğu seçimin bağlayıcılığından kurtarmış olması gerekmektedir. Bu kadar ısrarlı bir şekilde borcunu ihlal eden bir borçlunun, salt ekonomik menfaatleri bakımından zarar gördüğünü ileri sürmesi, bu bağlamda oldukça zayıf bir savunmadır.

Sonuç

Yabancı para borçlarında ifa tarzının TBK m. 99/III ile borçludan alınarak alacaklıya geçmesi kuralı Türk hukukunun İsviçre ve Alman hukuklarından ayrıldığı bir noktadır. Alacaklının seçim hakkını kullanmasının ardından değiştirip değiştiremeyeceği mevzuatına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Yargıtay, buradaki seçim hakkının kullanılmasını geri alınamaz kabul ederek mutlak bir bağlayıcılık atfetmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay uygulamasında, özellikle yabancı para borçları bakımından bu yöndeki taleplerin her zaman kabul edilmediği; nitekim Yargıtay HGK'nın 12.11.2014 tarihli, E. 2014/13-1614, K. 2014/900 sayılı kararında, Türkiye'deki devalüasyon ve kur değişikliklerinin öngörülemez nitelikte olmadığı, bu nedenle TBK m. 138'in unsurlarından biri olan öngörülemezlik şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle uyarılama talebinin reddedildiği görülmektedir. *"Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır."* Öte yandan Yargıtay başka kararlarında böyle bir kabulü genel bir kural olarak benimsemiş, her bir uyumsuzlukta somut olayın değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir karara varmıştır. Bkz. Yargıtay 13 HD, E. 2013/16898, K. 2014/18895, 13.06.2014 - *"Mahkemece, dövizle borçlanmalarda Türk Lirasının değer kaybettiğinin kolayca bilinebilecek ve öngörülebilecek bir husus olduğu vurgulanmıştır. Ancak, bu sonucu varılırken, hangi objektif kriterlerin bulunduğu açıklanmamış, sadece önceki krizler gösterilmiştir. Yukarıda anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere talep halinde, sözleşme şartlarının bir taraf aleyhine, öngörülemez şekilde, aşırı derece değişmesi durumunda hakime sözleşmeye müdahale etme görevi yüklenmiştir. Bu nedenle hakim, bu koşulların bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlü olup, gerekirse bilirkişi incelemesi yapmalı ve uzman bilirkişilerden görüş almalıdır... Mahkemece, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin açıklanan kural ve yöntemler gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."* Benzer şekilde Yargıtay yakın tarihli bir kararında uyumsuzluk konusu bir yabancı para borcuna ilişkin olmasa da yapmış olduğu değerlendirmede, ani kur dalgalanması sebebiyle uyarlanma istenebileceğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 3 HD, 10.03.2025, E. 2024/1083, K. 2025/1439 (lexpera.com.tr) *"...döviz kurlarındaki çok ani ve aşırı iniş ve çıkışlar ile ülkeyi sarsan ciddi ekonomik kriz, salgın hastalık, savaş, darbe nedeniyle kira sözleşme unsurlarının bu yeni koşullara göre yeniden düzenlenmesi amaçlı olarak uyarılama istenebilir."*

Kanımızca Yargıtay'ın da belirttiği üzere TBK m. 99/III çerçevesinde alacaklıya tanınan seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu çerçevede, seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliği kabul edilse dahi, bu hakka ilişkin “*kullanılmakla sona erme*” ve “*geri alınamazlık*” ilkelerinin katı ve mutlak biçimde uygulanması isabetli değildir. Yenilik doğuran hak öğretisinin amacı, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak olup, bu amacın göz ardı edilerek şekli bir yaklaşımla alacaklının aleyhine sonuçlar doğuracak şekilde uygulanması, öğretinin kendi varlığıyla ve Türk borçlar hukuku sisteminin getirdiği çözüm anlayışıyla çelişmektedir.

Buna rağmen geri alınamazlık ilkesi adı altında mutlak bağlayıcılık anlayışı, gerek yenilik doğuran hak öğretisinin ortaya çıkışındaki düşünce çerçevesinde gerekse Türk borçlar hukuku sistemi içerisinde anlamlandırılmamakta, ne yazık ki Türk mahkemeleri tarafından oldukça katı bir şekilde uygulanmaktadır. Mahkemeler yenilik doğuran hak olarak tespit ettikleri hukuki ilişkilerde herhangi bir menfaat değerlendirmesi yapmaksızın hakkın geri alınması ve değiştirilmesi doğrultusundaki talepleri reddederek, yenilik doğuran hakların kullanımına mutlak bir bağlayıcılık atfetmektedir. Gerekçelere bakıldığında genellikle kanunda yer verilmeyen ilkelerin tekrar edildiği, ancak somut olayın koşullarının ayrıca değerlendirilmediği görülmektedir. Durum öyle bir hâl almıştır ki, hak sahibinin dava sürecinde seçim hakkını değiştirmeyi talep ettiği hemen her durumda mahkemeler, söz konusu hakkın yenilik doğuran hak olması sebebiyle geri alınamazlığına işaret ederek talepleri reddetmektedir. Bu durum adeta yenilik doğuran hak olmanın otomatik bir sonucu olarak görülmeye başlanmıştır. Bu derece katı bir uygulamayı haklı gösteren ikna edici bir gerekçeye ulaşılamamıştır.

Mesele TBK m. 99/III'ün getiriliş amacı ve konuyla ilgili olabilecek çeşitli hükümlerin amaçları ve çözüm yöntemleri çerçevesinde değerlendirildiğinde dogmatik bir geri alınamazlık ilkesinin hiçbir amaca hizmet etmediği anlaşıldığından kural olarak benimsenmemesi gereken bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Kanaatimizce, alacaklının seçim hakkını kullandıktan sonra bu tercihinin değiştirilmesi, somut olayın özellikleri ve özellikle menfaatler dengesi dikkate alınarak ele alınmalıdır. Öyle ki, menfaatler dengesi bunu gerektirdiğinde belirli koşullar altında bu bağlılığın esnetilmesine imkân tanınmalıdır. Özellikle borçlunun temerrütte ısrar ettiği, alacaklının ise kur değişimleri nedeniyle ciddi zarara uğrama tehlikesi altında olduğu durumlarda, seçim hakkının değiştirilmesine izin verilmesi hem kanunun amacına hem de dürüstlük kuralına daha uygun düşecektir.

Sonuç olarak, TBK m. 99/III kapsamında alacaklının seçim hakkının değiştirilmesine kategorik olarak karşı çıkan Yargıtay içtihadının, kanunun ruhu ve menfaat dengesi ilkesi doğrultusunda yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Daha esnek, somut olay odaklı ve menfaatler dengesini gözeten bir yaklaşımın benimsenmesi hem alacaklının korunması hem de borçlar hukukunun temel ilkeleriyle uyum açısından daha isabetli bir sonuç ortaya koyacaktır.

Kaynakça

- Atamer Y M ve Baş E, 'Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk' (2014) 88 İstanbul Barosu Dergisi 19-60
- Ayan S, 'Yabancı Para Borçlarının İfası' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 511-570
- Bachmann T, *Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR* (Duncker & Humblot 2010)
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992)
- Başoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012)
- Baygın C, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri - Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler' (2010) XIV (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119-144
- Bilgin Yüce M, 'Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 3191-3238
- Bötticher E, 'Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht' in Ernst von Caemmerer, Arthur Nikisch ve Konrad Zweigert (eds), *Vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle, Band I* (Mohr Siebeck 1963) 41-77
- Bucher E, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis* (J C B Mohr 1965)
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005)
- -, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi' *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler* (Ankara Barosu 2012) 165-177
- Demirbaş H, *Yenilik Doğuran Haklar* (Vedat Kitapçılık 2007)
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (18. Baskı, Filiz 2023)
- Durmuş R F, *Yenilik Doğuran Davalar* (On İki Levha 2021)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem 2023)
- Erişir E, 'Borçlar Kanunu m. 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m. 99 f. III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili' (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 873-894
- Esser J ve Schmidt E, *Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1* (8. Auflage, C.F. Müller 1995)

- Hattenhauer C, 'Zur Widerruflichkeit einer Anfechtungserklärung - Begriffliche Befangenheit in der Lehre vom Gestaltungsrecht' (2003) Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 398-417
- Kapancı K B, *Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri* (On İki Levha 2012)
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Turhan 2024)
- Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil* (14. Auflage, C.H. Beck 1987)
- Medicus D ve Petersen J, *Allgemeiner Teil des BGB* (12. Auflage, C.F. Müller 2024)
- Merz H, *Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband: Einleitung §§ 1-3; Entstehung, Allgemeine Charakterisierung; Die Obligation §§ 4-20* (Helbing & Lichtenhahn 1984)
- Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (13. Auflage, C.H. Beck 2023)
- Nomer H N, 'Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbiriyle Takas Edilebilirliği Problemi' (1999) 57 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 241-264
- -, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2024)
- Nomer H N ve Akbulut P E, *Medeni Hukuka Giriş* (10. Baskı, Filiz 2024)
- Oğuzman M K ve Barlas N, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Baskı, On İki Levha 2023)
- Oğuzman M K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (18. Baskı, Vedat 2020)
- Önen E, *İnşai Dava (İnşai Hak, İnşai Hüküm, İnşai Tesir)* (Olgaç Matbaası 1981)
- Samhat A, *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB* (Mohr Siebeck 2012)
- Seckel E, 'Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts' in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden des Wirklichen Geheimen Rats Dr Richard Koch* (1903) 205-254
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (6. Baskı, Filiz 2014)
- Stamm J, 'Der Mythos von der elektiven Konkurrenz: Ein Plädoyer zur Rückbesinnung auf die Wahlschuld und die Ersetzungsbefugnis als Rechtsfiguren zur Bewältigung alternativer Leistungsmehrheiten' (2015) 70 JuristenZeitung 920-929
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993)
- Topuz M, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmelerinde Uygulama Alanı', Murat Topuz (ed), *Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması* (Seçkin 2019) 113-135

von Tuhr A ve Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3. Auflage, Schulthess 1979)

Yıldız M G, *Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları* (On İki Levha 2020)

Yücedağ N, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değişirme Hakkı (TBK ve CISG Uyarınca)* (On İki Levha 2018)

Zindel G P ve Pulver U, in Honsell H, Vogt N P ve Wiegand W (eds), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2007)

Yargıtay Kararları

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <<https://lib.kazanci.com.tr>>

LegalBank Elektronik Hukuk Bankası <<https://legalbank.net>>

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr>>

Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Yönlendirilmesi İlkesi ve Bu İlkenin Hukuki Sonuçları^(*)

Mehmet Celal UZUNKAYA^(**)

Öz

Nükleer zararların tazmini konusunda ihdas edilen uluslararası ve ulusal düzenlemelerde öngörülen özel sorumluluk rejiminde, genel sorumluluk rejiminden ayrılan önemli noktalardan birini sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi oluşturmaktadır. Bu ilke, nükleer zararların tazmininde münhasıran tesis işleteninin sorumlu tutulması şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, sorumluluğa etki edip etmediğine bakılmaksızın işleten dışındaki aktörler sorumluluktan başışık tutulmaktadır. Yine anılan ilke gereğince, zararı ödeyen tesis işleteninin diğer aktörlere rücu hakkı kural olarak sınırlandırılmıştır. En nihayetinde, bu ilke, mutazarrırların nükleer zararların tazminine ilişkin öngörülen özel sorumluluk rejimi dışındaki hukuki sebeplere dayanmalarını da engellemektedir. Görüldüğü üzere, nükleer zararların tazmininde işlerlik kazanan sorumluluğun hukuken işletene yönlendirilmesi ilkesi, genel sorumluluk rejimindeki müteselsil sorumluluk ve sebeplerin yarışması müesseselerine önemli bir istisna teşkil etmektedir. Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletene yönlendirilmesi ilkesi ve sonuçlarının ele alındığı bu makalede, anılan ilkenin hukuki neticeleri genel sorumluluk rejimindeki karşılıkları ile birlikte işlenmiştir. Temel olarak bu gaye çerçevesinde hareket edilmekle birlikte, konunun daha iyi anlaşılması

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.30.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 19.05.2026.

Atıf Şekli: Mehmet Celal Uzunkaya, 'Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Yönlendirilmesi İlkesi ve Bu İlkenin Hukuki Sonuçları', (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 679,730.

DOI: 10.52273/sduhfd..1918980.

^(**) Hakim, Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi Başkanı, Diyarbakır-Türkiye;

Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara-Türkiye;

E-posta: mcuzunkaya@gmail.com.

Orcid: 0000-0001-9323-7485.

adına nükleer zararların tazmini için öngörülen özel sorumluluk şartları kısaca irdelenmiş ve yine bu çerçevede sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin karşılaştırmalı hukuktaki görünümüne de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Sorumluluğun Hukuken Yönlendirilmesi İlkesi, Nükleer Zarar, Müteselsil Sorumluluk, Rücu Hakkı, Sebeplerin Yarışması.

The Principle of Legal Channeling of Liability in the Compensation of Nuclear Damage and Its Legal Consequences

Abstract

In the special liability regimes established by international and national regulations regarding the compensation of nuclear damage, the principle of legal channeling of liability constitutes one of the most significant points of departure from the general regime of liability. This principle is defined as holding the facility operator exclusively liable for the compensation of nuclear damages. Consequently, actors other than the operator are granted immunity from liability, regardless of whether they contributed to the occurrence of the harm. Furthermore, pursuant to the aforementioned principle, the operator's right of recourse against other actors is, as a rule, restricted. Ultimately, this principle also precludes aggrieved parties from relying on legal grounds outside of the specific liability regime prescribed for nuclear damages. As such, the principle of legal channeling serves as a major exception to the doctrines of joint and several liability and the concurrence of claims found within the general regime of liability. The primary objective of this study is to elucidate the relationship between the principle of legal channeling and the fundamental institutions of general liability law. While proceeding within the framework of this objective, the specific conditions of liability for nuclear damage are briefly examined to ensure a better understanding of the subject, and the manifestation of the legal channeling principle in comparative law is also addressed.

Keywords

Principle of Legal Channelling of Liability, Nuclear Damage, Joint and Several Liability, Right of Recourse, Concurrence of Cause.

Extended Summary

The extraordinary developments in technology and industry since the 20th century have generated a demand for energy far greater than in previous eras. Consequently, humanity has turned toward discovering energy sources that are more efficient and less environmentally harmful than their predecessors. Within this search, nuclear energy has emerged as one of the primary solutions to the need for clean and efficient energy. Since the mid-20th century, nuclear energy has been recognized as a viable alternative to traditional fossil-based energy sources.

Beyond its relative environmental advantages, the efficiency of nuclear energy surpasses that of fossil fuels. However, while it is generally accepted as a safer alternative regarding its routine environmental footprint, accidents occurring during the production of nuclear energy can result in catastrophic consequences. These devastating effects are not confined to the borders of the country where the accident occurs. Furthermore, the damages resulting from nuclear accidents may manifest over a very long period; indeed, it is widely accepted that the primary impact of such damages emerges only after 30 years. Consequently, the compensation for high-magnitude damages resulting from nuclear accidents constitutes a significant legal problem, necessitating systematic legislative efforts in both national and international legal orders.

In this context, there are two primary special liability regimes established in international platforms regarding the compensation of nuclear damages: the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (July 29, 1960) and the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (May 21, 1963). It should be noted that in legal doctrine, besides these two regimes, the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage—which was opened for signature as an additional protocol to the Vienna Convention on September 12, 1997, and entered into force on April 15, 2015—is also considered to establish a distinct regime.

The special liability regimes contained in these international initiatives have been largely adopted by national legal systems. These regimes, specifically codified to encourage nuclear energy production while addressing the high destructive potential of nuclear accidents, diverge from general liability regimes in several aspects. Undoubtedly, one of the most significant features distinguishing the special regime for nuclear damages from general liability is the principle of “Legal Channeling of Liability” to the operator.

According to this principle—which was derived from the requirements of nuclear liability law and subsequently imported into other disciplines such as maritime and environmental law—no person other than the operator can be held liable for damages, regardless of whether they contributed to the occurrence of the harm. Literature suggests that without this principle, no supplier would provide fuel or essential materials, and no designer would engage in the construction of nuclear facilities. Given the magnitude of potential damages from nuclear accidents, actors unwilling to assume such risks could not be expected to participate in the industry. For this reason, the principle defining liability as belonging exclusively to the operator first gained

prominence in 1959 through a joint study by the U.S. National Atomic Industrial Forum and Harvard University, eventually becoming integrated into national and international legal texts. (The first fundamental regulation regarding legal liability in the field of nuclear energy is the American Atomic Energy Act of 1946. This Act stipulated that liability rests with the operator of the nuclear facility, and it enacted provisions for insurance and limited liability. Liability was structured as strict liability (objective liability). This Act served as a source for both the Paris and Vienna Conventions, as well as the domestic laws of other countries.)

In accordance with this general trend, Article 6 of the Paris Convention adopts the principle of legal channeling of liability, or in other terms, the principle of exclusive liability. Paragraph (a) of the aforementioned provision explicitly states that the right to claim compensation for nuclear damage caused by a nuclear incident may only be exercised against an operator liable for nuclear damage, or against the insurer or other financial guarantors if a right of direct action against them is provided by national law. Subsequently, paragraph (b) stipulates that, subject to the exceptional circumstances specified therein, “no person other than the operator shall be liable for nuclear damage caused by a nuclear incident.” Furthermore, the same article establishes another dimension of the legal channeling principle by providing that “no liability shall be imposed upon the operator of a nuclear installation on any legal grounds other than the provisions of the Paris Convention.

In general liability regimes, it is accepted that joint and several liability arises if multiple persons jointly cause harm or are held responsible for the same damage for different reasons. In such cases, the aggrieved parties have the right to choose among the jointly liable parties to claim their total damages. Furthermore, those who pay more than their share of the compensation are granted a right of recourse against other liable parties. In contrast, under the 1960 Paris Convention and Law No. 7381 (Act of Nuclear Regulation), the aggrieved parties are not granted the right to claim damages from any party of their choosing when multiple actors are involved. Pursuant to the aforementioned principle, as a rule, victims of a nuclear incident can claim compensation for their damages solely from the operator, even if other actors bear responsibility for the occurrence of such damage; likewise, as a rule, the operator who pays the compensation cannot recourse the amount paid in excess of their share to another liable party. Undoubtedly, it should not be overlooked that in special legal instruments governing the compensation of nuclear damages, joint and several liability is accepted among operators in cases where multiple operators are held liable for the same nuclear incident, or operators are granted a right of recourse against certain persons responsible for the damage. Furthermore, by virtue of this principle, those who suffer nuclear damage do not possess the elective right to claim their damages based on any legal ground of their choosing, as would be the case under the concurrence of claims applicable in general liability regimes.

Giriş

Günümüzde bilim, fen, teknoloji ve endüstri alanında meydana gelen baş döndürücü gelişmeler, önceki dönemlere nazaran daha fazla enerji ihtiyacını doğurmaktadır. Hakikaten, insanoğlu tarihsel süreçte teknoloji ve sanayideki hızlı gelişim karşısında, çölde su arayan bir canlı gibi enerji arayışı içerisinde olmuştur. Bu doğrultuda, insanlık, özellikle 20. yüzyıldan itibaren önceki enerji kaynaklarına göre, daha verimli ve nispeten çevreye karşı daha az zarar verici enerji kaynakları keşfetmeye yönelmiştir. Kuşkusuz, bu arayış içerisinde temiz ve verimli enerji kaynağı ihtiyacına yönelik sunulan reçetelerden biri de nükleer enerjidir. Nitekim 20. yüzyılın ortalarından sonra nükleer enerji, klasik fosil temelli enerji kaynaklarına alternatif enerji kaynağı olarak kabul edilmeye başlanmıştır.¹

Nükleer enerji, çevreye daha az zarar verici olmanın yanında, verimliliği yönünden petrol, kömür ve doğal gaz gibi fosil kökenli enerji kaynaklarından daha üstündür. Bununla birlikte, çevreye zaman içerisinde verdiği etkiler itibarıyla daha güvenli olduğu kabul edilen nükleer enerjinin üretimi esnasında vuku bulabilecek olan kazalar, meydana getirdikleri zararların çapı bakımından yıkıcı etkiye neden olabilmektedir. Hatta bu yıkıcı etkiler, nükleer kazanın vuku bulunduğu yer ve ülke ile sınırlı kalmamaktadır. Aynı şekilde nükleer kazalardan kaynaklı zararların etkisi çok uzun bir dönem içerisinde de görülebilmektedir. Nitekim nükleer kazalarda zararın asıl etkisinin 30 yıl sonra ortaya çıktığı kabul edilmektedir.² Dolayısıyla nükleer kazalar neticesinde ortaya çıkan ve tahrip gücü yüksek olan zararların tazmini konusu hukuken önemli bir mesele şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu mesele karşısında gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk düzenlerinde sistem kurma çabaları hasıl olmaktadır.

Uluslararası hukuk düzleminde nükleer kazalardan kaynaklanan sorumluluk ile ilgili başlıca iki hukuki rejimin olduğu kabul edilmektedir. Bu hukuki rejimlerin yer aldığı düzenlemeler; 29/07/1960 tarihinde imzalanan Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi³ ve 21/05/1963 tarihinde akdedilen Nükleer Zararlar Hakkında Hukuki

¹ Ahmet Ege, *Nükleer Enerji Atomdan Elektrik Sağlıktan Silaha* (Hece Yayınları 2019) 50.

² Murat Aydoğdu, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu* (Adalet 2009) 272.

³ 29/07/1960 yılında imzalanan 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluk Hakkındaki Sözleşme (Paris Sözleşmesi)' 01/04/1968 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme daha sonra 28/01/1964, 16/11/1982 ve 12/02/2004 tarihli protokollerle değiştirilmiştir.

Sorumluluğa ilişkin Viyana Sözleşmesi⁴’dir. Belirtmek lazım gelir ki, doktrinde nükleer kazalardan kaynaklanan zararların tazmini konusunu uluslararası anlamda düzenleyen bu iki rejimin dışında, 12/09/1997 tarihinde Viyana Sözleşmesi’nin ek protokolü şeklinde imzaya açılan ve 15/04/2015 tarihinde yürürlüğe giren Nükleer Zararların Ek Tazminine İlişkin Sözleşme’nin de ayrı bir rejim öngördüğü ifade edilmektedir.⁵

Ülkemizin de taraf olduğu 1960 tarihli Paris Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi tadil eden 1964, 1982 ve 2004 tarihli Ek Protokoller ile 08/03/2022 tarihinde yürürlüğe giren 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu, nükleer kazalardan kaynaklanan sorumluluğun giderimi konusunda kusursuz sorumluluk hali öngörmüştür. Buna göre, nükleer tesis işleteni, nükleer hadiselerden kaynaklı zararları kusuru bulunmasa dahi tazmin etmekle yükümlüdür. Esasında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinde düzenlenen “*genel tehlike sorumluluğu*”nun özel görünümülerinden birini teşkil eden nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğu, bu manada kusura dayalı genel sorumluluk hukuku rejiminden ayrılmaktadır. Nükleer kazalardan meydana gelen zararların giderimi konusunu ele alan mezkur düzenlemelerde, genel sorumluluk halinin hüküm ve sonuçları bakımından farklılaşan diğer bir husus da nükleer zararların tazmininde mesuliyetin münhasıran işletene kanalize edilmesi şeklinde tarif edilen sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesidir.⁶

tir. 2004 yılında revize edilmiş hali şu an yürürlükte olan halidir. Ülkemiz, 1960 tarihli Paris Sözleşmesi ile bu sözleşmeyi tadil eden Ek Protokolleri imzalamış ve iç hukuka aktarma için öngörülen prosedürleri ikmal etmiştir. Sekreteryasını Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün (OECD) yürüttüğü Paris Sözleşmesi’ne; Türkiye, Danimarka, Belçika, Fransa, Finlandiya, Almanya, Birleşik Krallık, Hollanda, Yunanistan, Portekiz, Norveç, İsveç, Slovenya, İspanya, İsviçre ve İtalya taraftır. Anılan Sözleşme ve ek protokollerin imza, onay ve yürürlüğe girme prosedürü ile ülkemiz açısından iç hukuka aktarılma süreçleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zehra Korkmaz, *Nükleer Enerjinin Uluslararası Hukuku* (Adalet 2024) 212 vd.

⁴ 21/05/1963 tarihinde imzaya açılan Viyana Sözleşmesi, onay prosedürlerinin ikmalı ile birlikte 12/11/1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Mezkur Sözleşme, 12/09/1997 tarihinde imzalanan protokolle tadil edilmiştir. Bu protokolle tadil edilmiş hali, günümüz itibarıyla yürürlüktedir. Birleşmiş Milletler bünyesinde teşkil ettirilen Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu’nun (IAEA) sekreteryası işlerini yürüttüğü Viyana Sözleşmesi ve tarafları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz (n 3) 195 vd.

⁵ Korkmaz (n 3) 28; Mezkur Sözleşme, Viyana Sözleşmesi’nin ek protokolü şeklinde imzaya açılmış ise de, Viyana Sözleşmesi’nden farklı olarak küresel bir sorumluluk rejimi ihdas etme gayesi gütmekte ve Viyana Sözleşmesi’ne taraf olmayan devletlerin katılımını da kabul etmektedir. Bkz. Korkmaz (n 3) 28.

⁶ Nükleer sorumluluk rejimine hakim olan ve bu sorumluluk türünü genel sorumluluk rejiminden ayıran pek çok ilke vardır. Bunlar; kusursuz sorumluluk, sorumluluğun yönlendirilmesi,

Bilindiği üzere, 6098 sayılı Kanun'un 61. maddesinde, birden çok kişinin birlikte zarara neden olmaları yahut aynı zarardan farklı sebeplerden ötürü sorumlu tutulmaları durumunda müteselsil sorumluluğun gündeme geleceği kabul edilmiştir. Buna göre, belirtilen hallerde, mutazarrır zararını talep etme hususunda müteselsilen sorumlu tutulan kişiler arasında tercih hakkına sahip olmaktadır. Eş söyleyişle, zarar gören zararının tümünü istediği zarar verenlerden talep etme imkanına sahip olmaktadır. Yine, 6098 sayılı Kanun'un 62. maddesinde, tazminatın payına düşeninden fazlasını ödeyen kimselere (zarar verenlere) diğer sorumlulara rücu imkanı tanınmıştır. Diğer taraftan, 6098 sayılı Kanun'un 60. maddesinde, zarar verenin sorumluluğunun birden fazla hukuki sebebe dayanabildiği hallerde mutazarrıra kural olarak bu sebeplerden birini tercih ederek zararının tazminini talep etme imkanı sunulmuştur. Oysa, ülkemizin taraf olduğu 1960 tarihli Paris Sözleşmesi ile 7381 sayılı Kanun'da, mutazarrırlara aynı zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olması durumunda, zararlarını dilediği sorumludan talep etme imkanı sunulmamıştır. Hakikaten, nükleer zararların tazmini konusunda kabul edilen bu özel düzenlemelerde sorumluluğun münhasıran işletene yöneltilmesi ilkesi benimsenmiştir. Aynı şekilde, bu ilke gereğince tazminatın tamamını yüklenen nükleer tesis işleteni, kural olarak zararlara sebep olan diğer kimselere rücu hakkından mahrum bırakılmıştır. En nihayetinde, münhasır sorumluluk ilkesi mucibince, nükleer zarara maruz kalanların nükleer tesis işletenlere karşı diğer hukuki sebeplere -örneğin genel sorumluluk rejimine- dayanarak tazminat talebinde bulunamayacakları kabul edilmiştir.

Esas olarak nükleer zararların tazmini konusunda sorumluluğun münhasıran işletene yönlendirilmesini konu edinen işbu makalemizde öncelikle nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğunun koşullarını ele almaya çalışılacaktır. Kuşkusuz, bu husustaki açıklamalar ülkemizin taraf olduğu 1960 tarihli Paris Sözleşmesi ve bilhassa bu Sözleşmeyi tadil eden 2004 tarihli Ek Protokol ile 7381 sayılı Kanun hükümleri esas alınarak gerçekleştirilecektir.

Makalemizin ana konusunu teşkil eden nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletene hukuken yönlendirilmesi (kanalize edilmesi) ilkesinin hukuki neticelerini inceleyeceğimiz ikinci kısımda ise, Paris Sözleşmesi'nin 2004 tarihli Ek Protokolle tadil edilmiş hali ile 7381 sayılı Kanun'un bu konudaki düzenlemelerini literatürdeki görüşlerle birlikte aktarma çabası içerisinde olaca-

sorumluluğun miktar itibarıyla sınırlandırılması, sorumluluğun mali güvenceye bağlanması, sorumluluğun zaman itibarıyla sınırlandırılması ve ayrımcılık yapmama ilkeleri şeklinde sıralanabilir. Bu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz (n 3) 178 vd.

ğız. Tüm bu hususları irdelerken diğer ülke uygulamalarına değinmeye gayret edeceğiz. En nihayetinde, ayrı bir başlık altında nükleer zararların tazmininde sorumluluğun ekonomik olarak yönlendirilmesi ilkesine de değinerek anlatımlarımızı tamamlayacağız.

1. Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğunun Koşulları

A. Genel Olarak

Yukarıda da değinildiği üzere, 1960 tarihli Paris Sözleşmesi ile nükleer kazalardan kaynaklı zararların tazmini konusunda kusura dayanmayan objektif sorumluluk rejimi kabul edilmiştir. Buna göre, bir nükleer tesis işleteni, nükleer hadise neticesinde vuku bulan zararların tazmininde kusurlu olmasa dahi sorumludur.⁷ Nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin kusursuz sorumluluk hali 7381 sayılı Kanun'un 12. maddesinin dördüncü fıkrasında daha net bir şekilde vurgulanmıştır. Hakikaten, mezkur düzenlemeyle açık bir şekilde, nükleer tesis işletenin, nükleer hadisenin vuku bulmasında kendisinin, çalışanlarının ve tesis ile ilgili teknoloji, hizmet yahut mal tedarikçilerinin herhangi bir kusuru olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için; nükleer hadisenin (kazanın) vuku bulması, bunun neticesinde bir zararın oluşması ve meydana gelen nükleer hadise ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğunun koşullarını irdelemeye gayret edeceğimiz bu kısımda, evvela nükleer tesis ve nükleer tesis işleteni kavramlarına değinmek gerekmektedir. Bu bağlamda, mezkur kavramları kısaca Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanun çerçevesinde açıkladıktan sonra sorumluluğun koşullarını izah etme çabasında olacağız.

B. Nükleer Tesis Kavramı

Nükleer tesisler en genel manası ile reaktörler ve radyoaktif maddeler ile çalışan fabrikalar şeklinde tanımlanmaktadır.⁸

⁷ Zehra Korkmaz, 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nun Mukayese ve Değerlendirmesi' (2023) 13 (1) SDÜHFD 417, 444.

⁸ Necip Kağan Kocaoğlu, 'Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi' (2010) (2) ABD 33, 83.

Paris Sözleşmesi uygulamasında nükleer tesisin ne manaya geldiği Sözleşme'nin 1. maddesinin (a) fıkrasının (ii) numaralı bendinde izah edilmiştir. Buna göre nükleer tesis kavramından, *“herhangi bir ulaştırma aracında yer alanlar haricindeki reaktörler, nükleer yakıtı izotoplarını ayırma tesisleri, nükleer madde imalat veya işleme tesisleri, ısılanmış nükleer yakıtı yeniden işleme tabi tutan tesisler, nükleer maddelerin taşınması sırasında gerçekleştirilen geçici depolamalar dışındaki nükleer madde depolama tesisleri, nükleer maddelerin bertarafının gerçekleştirildiği tesisler, işletmeden çıkarma sürecinde bulunan herhangi reaktör, tesis, fabrika veya işletmeler ile Nükleer Enerji Yönetim Komitesi tarafından zaman zaman tespit edilen içinde nükleer yakıt, radyoaktif ürün veya atık bulunduran diğer tüm tesisler”* anlaşılır.⁹ Bu bağlamda genel olarak nükleer tesis kavramını dört temel başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; reaktörler, nükleer maddeleri üreten veya işleyen fabrikalar, nükleer madde depoları ve yetkilendirilmiş kurul tarafından belirlenecek diğer tesisler şeklindedir.

Paris Sözleşmesi'nde reaktörlere ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Bununla birlikte, OECD bünyesinde teşkil ettirilen Nükleer Enerji Yönetim Komitesi, 08/06/1967 tarihli kararıyla, yalnızca kendi kendine zincirleme nükleer reaksiyon sürecini idame ettirebilen reaktörlerin sözleşme anlamında nükleer tesis olarak kabul edilebileceğini yorum yoluyla belirtmiştir.¹⁰ Bu bağlamda, Paris Sözleşmesi'ne göre, nükleer reaksiyon zincirini tek başına devam ettiremeyen reaktörler nükleer tesis olarak muamele görmemektedir. Paris Sözleşmesi'nin yukarıda içeriğine değinilen 1. maddesinin (a) fıkrasının (ii) numaralı alt bendinde sarıh bir şekilde, *“herhangi bir nakliye aracında yer alan nükleer reaktörlerin”* nükleer tesis tanımının kapsamında bulunmadığı öngörülmüştür. Dolayısıyla, nakliye araçlarında itici gücün temini veya aydınlatma gibi genel enerji ihtiyacının sağlanması amacıyla bulunan nükleer reaktörler, Paris Sözleşmesi gereğince nükleer tesis değildir.¹¹

⁹ Paris Sözleşmesi'nin 1. maddesinin (a) fıkrasının (ii) numaralı bendinin güncel çevirisi için bkz. Burcu Yardım, '28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol, 16 Kasım 1982 Tarihli Protokol ve 12 Şubat 2004 Tarihli Protokol ile Değişikliğe Uğrayan 29 Temmuz 1960 Tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme (Paris Sözleşmesi) - Güncel Gelişmeler ve Alternatif Bir Çeviri ile Birleştirilmiş Sözleşme Metni' (2022) 71 (4) AÜHFD 1589, 1597.

¹⁰ Korkmaz (n 3) 253, dn. 1034; Buna karşılık Paris Sözleşmesi'ne göre, her türden taşıma araçları dışında kalan tüm reaktörlerin ayırım gözetmeksizin nükleer tesis kavramı içerisinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Arda İnal, 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması' (Uzmanlık Tezi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu 2017) 74; Benzer yönde bkz. Kocaoğlu (n 7) 84.

¹¹ İnal (n 9) 75.

Paris Sözleşmesi'nde, nükleer yakıtları yeniden işleyen fabrikalar ve nükleer yakıtları izotoplarına ayıran tesisler, nükleer maddeleri işleyen veya üreten fabrikalar olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde Paris Sözleşmesi'nde, nükleer madde depolarının fabrika kapsamında kullanılması halinde nükleer tesis oldukları, buna karşın nükleer maddelerin taşınması esnasında kullanılan geçici depoların nükleer tesis kapsamında mütalâa edilmeyeceği öngörülmektedir.¹² Paris Sözleşmesi'ni tadil eden 2004 tarihli Protokol ile *"nükleer maddeleri saf dışı bırakan tesisler"* ile *"işletmeden çıkarma sürecinde bulunan reaktör, fabrika, işletme yahut tesisler"* de nükleer tesis tanımının içerisine dahil edilmiştir.¹³ En nihayetinde Paris Sözleşmesi'ne göre Nükleer Enerji Yönetim Komitesi, nükleer tesis kapsamında olmasa da, içinde nükleer yakıt, radyoaktif ürün veya atık bulunan tesisleri nükleer tesis kapsamına alabilecektir. Böylece, teknolojik ilerlemeye bağlı olarak ileride ortaya çıkabilecek nükleer faaliyetlerin görüldüğü tesislerin de sözleşme kapsamına alınabilmesinin yolu açılmıştır.¹⁴

Paris Sözleşmesi'nin nükleer tesisin tanımlandığı 1. maddesinin (a) fıkrasının (ii) numaralı bendinde, *"taraf devletlerin bir işletenin aynı sahada yer alan iki yahut daha fazla nükleer tesisinin, nükleer yakıt ya da radyoaktif madde yahut atığın tutulduğu müstemilatlar ile birlikte tek bir nükleer tesis olarak kabul edebileceği"* hükme bağlanmıştır. Literatürde, *"nükleer tesislerde birlik karinesi"* şeklinde formüle edilen bu düzenleme ile birlikte, aynı işletene ait bulunan tesislerin grup halinde sigortalanması olanaklı kılındığı gibi mutazarrırların kazanın vuku bulduğu yere bakmaksızın muhatabını kolayca belirleyebilmesi sağlanmış olmaktadır.¹⁵

Paris Sözleşmesi yukarıda zikredildiği şekilde tanımlama yapmakla birlikte, bazı tesislerin nükleer tesis olarak kabul edilmeyeceğini de öngörmektedir. Paris Sözleşmesi'nde öngörülen sisteme göre, nükleer maddelerin geçici olarak depolandığı tesisler, bu tesislerin geçici nitelikte olması hasebiyle nükleer tesis kavramı içerisinde kabul edilmemektedir.¹⁶ Nükleer maddelere ilişkin madenci-

¹² Kocaoğlu (n 7) 84-85.

¹³ Korkmaz (n 3) 181.

¹⁴ İnal (n 9) 76; Ayrıca, Komitenin düşük risk grubunda olduğunu gördüğü bazı tesisleri nükleer tesis kavramı dışına çıkarabileceği yönünde bkz. Korkmaz (n 3) 268.

¹⁵ Ezgi Damla Saruhan, 'Türkiye'de Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Yasal Çerçeve: 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu' (2025) (180) TBBD 69, 76; Kocaoğlu (n 7) 83-84; İnal (n 9) 75.

¹⁶ Aslı Arda, 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi Kapsamında Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniver-

lik faaliyetleri de, bu faaliyetler kapsamında yer alan uranyum cevherinin çıkarılması ve işlenmesi fiziksel konsantrasyonunun yüksek miktarda radyasyon içermemesi nedeniyle kapsam dışında tutulmuştur.¹⁷ Yine, askeri amaçla nükleer maddelerin işlendiği tesisler ve füzyon yöntemi ile enerji üreten tesislerin¹⁸ Paris Sözleşmesi bağlamında nükleer tesis olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmektedir.¹⁹

7381 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendinde nükleer tesis tanımı yapılmıştır. Mezkur düzenlemede nükleer tesis, *"nükleer madde çıkarmak, üretmek, işlemek, kullanmak, bulundurmak, yeniden işlemek veya depolamak amacıyla kurulmakta olan veya işletilen tesisler"* şeklinde tanımlanmıştır. Aynı fıkranın (k) bendinde de nükleer maddelerin, *"uranyum, toryum, plütonyum ile diğer bölünebilir maddelerin Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen izotopları ile fiziksel ve kimyasal formları"* olduğu kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, 7381 sayılı Kanun'da Paris Sözleşmesi'ne göre daha genel bir nükleer tesis tanımı yapılmıştır. Öte yandan, Paris Sözleşmesi'nin aksine, 7381 sayılı Kanun'da açık bir biçimde *"kurulum aşamasındaki tesislerin"* de nükleer tesis olduğu vurgulanmıştır. Keza, 7381 sayılı Kanun'un 12. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, *"tek bir işleten tarafından aynı sahada işletilen birden fazla nükleer tesisin tek bir tesis olduğu"* belirtilmek suretiyle, *"nükleer tesislerde birlik karinesi"* benimsenmiştir.

C. Nükleer Tesis İşleteni

Nükleer tesis işleteni kavramı, nükleer kazalardan kaynaklı zarardan ortaya çıkan sorumluluğun süjesinin tespiti bağlamında ehemmiyet arz etmektedir. Bahsi geçen kavram, Paris Sözleşmesi'nde 1. maddenin (a) fıkrasının (vi) numaralı bendinde tanımlanmaktadır. Mezkûr hükme göre, *"yetkili resmi makamlar-*

sitesi 2005) 28; Agah Kürşat Karauz, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (2014) (1) NBD 1, 9.

¹⁷ Başak Başoğlu, 'Nükleer Santral İşletenlerin Hukuki Sorumluluğu' (2018) 16 (187) LHD 3209, 3219; Arda (n 15) 28; Saruhan (n 14) 76; Korkmaz (n 3) 183.

¹⁸ Nükleer enerji, en basit tanımla maddenin en küçük birimini teşkil eden atomların parçalanması (filyon) veya birleştirilmesi (füzyon) neticesinde ortaya çıkan enerjidir. Atom; elektron, proton ve nötron şeklindeki üç ana parçacıktan oluşmaktadır. Filyon, atomun nötron bombardımanına maruz kalarak parçalanması suretiyle oluşan tepkimedir. Füzyon ise, hafif atom çekirdeklerinin birleşme suretiyle oluşturdukları tepkimedir. Atomun yapısı ve nükleer tepkimeler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Halit Korkusuz, *Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2012), s. 28, dn. 19 ve 20; Ege (n 1) 123 vd.

¹⁹ Korkmaz (n 3) 267; Karauz (n. 15) 10.

ca tesisin işleteni olarak atanmış veya tanınmış olan kimseler” işleten olarak kabul edilmektedir. Bahsi geçen tanımda da yer alan “kimse” ibaresinin gerçek veyahut özel ya da kamu tüzel kişilerini kapsadığı izahtan varestedir.²⁰ Bu bağlamda bir kimsenin nükleer tesisin işleteni olarak kabul edilmesi için yetkili makamlarca veya tesisin yer aldığı devletçe nükleer tesisin işletilmesinde yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bu yetkilendirme, ilgili devletin mevzuatına göre, lisanslandırma veya sözleşme akdetme şeklinde de olabilir.²¹

Paris Sözleşmesi’nde nükleer tesislerde meydana gelen kazaların tazmininde sorumluluğun süjesi olarak nükleer tesis işleteni kabul edilmiş iken, nükleer maddelerin taşınması esnasında meydana gelen hasarların tazmini hususunda ise Sözleşme’nin 4. maddesi devreye girmektedir. Bu hüküm tetkik edildiğinde kural olarak, nükleer maddelerin taşınması esnasında meydana gelen zararlardan gönderen işletenin sorumlu olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bunun altında yatan sebep de, işin mahiyeti gereğince, nükleer maddelerin taşınmaya elverişli hale getirilmesi ve muhafazasına ilişkin güvenlik tedbirlerini gönderen işletenin alması gerektiği hususudur.²² Bununla birlikte Paris Sözleşmesine göre bazı hallerde gönderen işletenin üzerindeki mesuliyetin kalkacağı da kabul edilmektedir. Bu haller şu şekilde sıralanabilir:

- Bir başka nükleer tesis işleteni açık bir yazılı sözleşmeyle nükleer kazadan kaynaklı mesuliyeti üstlenmişse artık sorumluluk üstlenen tesis işletenine geçecektir.²³
- Bir başka nükleer tesis işletenin sorumluluğu üzerine aldığına dair açık bir muvafakati olmasa dahi, gönderilen maddelerin gönderilen tesis işletenin hâkimiyeti altına girmesi halinde artık gönderen tesis işletenin mesuliyeti söz konusu olmayacaktır.²⁴
- Nükleer maddelerin taşıma araçlarında bulunan reaktörlerde kullanılması maksadıyla yapılan taşımalarda, gönderilen maddelerin reaktör işletenin hâkimiyetine girmesi ile birlikte gönderen işletenin sorumluluğu sona erer.²⁵

²⁰ Arda (n 15) 15.

²¹ İnal (n 9) 79.

²² Kocaoğlu (n 7) 93.

²³ Paris Sözleşmesi md. 4/(a)-i.

²⁴ Paris Sözleşmesi md. 4/(a)-ii.

²⁵ Paris Sözleşmesi md. 4/(a)-iii.

- Nükleer maddelerin Paris Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlete gönderilmesi halinde nakledilen nükleer maddelerin taraf olmayan devletin sınırları dâhilinde boşaltıldığı anda gönderen tesis işleteninin sorumluluğundan bahsedilemez.²⁶

Belirtmek lazım gelir ki, Paris Sözleşmesi'ni tadil eden 2004 tarihli Ek Protokol ile 4. maddeye eklenen (c) fıkrasında, yukarıda belirtilen ilk iki durumda gönderen tesis işletenin dışındaki tesis işleteninin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için bu tesis işleteninin nakil aşamasındaki maddelerde doğrudan ekonomik bir çıkarının bulunması şartı getirilmiştir. Mezkur düzenleme, Paris Sözleşmesi'ne taraf konumunda bulunan diğer devletlere nazaran daha düşük bir sorumluluk tutarı²⁷ öngören taraf devletteki işletenin, sırf sorumluluk tutarı daha az olması nedeniyle ucuz sorumluluk sigortası priminden kaynaklı nakliye masrafını azaltma amacıyla sorumluluğu üstlenmesini önlemek amacıyla ihdas edilmiştir.²⁸

Keza, Paris Sözleşmesi'nin 4. maddesinin (e) fıkrasında da, bir akit tarafın, taşıyanı, iç mevzuatındaki düzenlemeler ve Sözleşme'nin 10. maddesinin (a) bendinde yer alan yükümlülüklerin²⁹ taşıyanca yerine getirilmesi, taşıyanın istemi, nükleer tesis işleteninin muvafakati ve yetkili kurumun onayına bağlı olarak işletenin yerine zararların tazmininden sorumlu tutulabileceği hükme bağlanmaktadır.³⁰

7381 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (z) bendinde, “yetkilendirilen kişi” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, kanun kapsamındaki faaliyetlerin

²⁶ Paris Sözleşmesi md. 4/(a)-iv.

²⁷ Paris Sözleşmesi'nde kabul edilen sorumluluk rejiminin genel sorumluluk hukukunda ayrılan bir diğer yönü de işletenin nükleer kazadan dolayı meydana gelen sorumluluğunun miktar itibarıyla bir üst had ile sınırlandırılmasıdır. Gerçekten, Paris Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, kural olarak taraf devletlerin vuku bulacak herhangi bir nükleer kazadan kaynaklı nükleer zararlarla ilgili olarak işletenin sorumluluğunun 700 milyon avronun altında olmamasını temin edeceği hükme bağlanmıştır. Böylece, taraf devletlere nükleer zararlardan kaynaklanan sorumlulukta işletenlerin sorumlu tutulacağı tutarın miktar olarak sınırlandırılması konusunda muhtariyet tanınmış olmakla birlikte, bu miktarın kural olarak 700 milyon avrodan aşağı olmaması öngörülmüştür. Mezkur düzenleme mucibince, taraf devletler nükleer tesis işletenlerin herhangi bir nükleer kazadan ötürü sorumlu tutulacakları miktarı farklı belirleyebilmektedir. Nükleer tesis işletenlerin sorumluluğunun miktar itibarıyla sınırlandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz (n 3) 355 vd.

²⁸ Korkmaz (n 3) 216-217.

²⁹ Bu yükümlülükler zorunlu sigorta veya mali güvence sağlanmasına yöneliktir.

³⁰ Mezkur düzenleme ile nükleer zararlardan yalnızca işletenin sorumlu tutulması ilkesine istisnasına getirildiği yönündeki görüş için bkz. Korkmaz (n 3) 308.

yürütülmesi için Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından kendisine lisans, izin veyahut yetki belgesi verilen gerçek ya da tüzel kişiler “yetkilendirilen kişi” kavramını ifade eder. Yine, aynı Kanun’un “Yetkilendirme” başlıklı 4. maddesinin 2. fıkrasında, nükleer tesisi işletmek için Nükleer Düzenleme Kurumu’ndan lisans alınmasının zorunlu olduğu ve yalnızca Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına göre kurulmuş tüzel kişiler ya da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının lisans alabileceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, mezkur hükümler bir arada ele alındığında, nükleer tesis işleteninin Nükleer Düzenleme Kurumu’ndan lisans alarak faaliyette bulunan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı veyahut Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına göre kurulan tüzel kişiler olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte, 7381 sayılı Kanun’un 12. maddesinin 3. fıkrasında, nükleer hadiselerden kaynaklı zararların tazmini konusunda, Nükleer Düzenleme Kurumu veyahut ülkesindeki makamlarca bir nükleer tesisi işletmek üzere yetkilendirilmiş tüzel kişi, nükleer tesisin işletilmesi için verilecek olan lisanstan önceki süreçte nükleer tesisi kuran tüzel kişi ile nükleer tesisin işletilmesi için verilen lisans iptalinden sonra yeni bir işleten belirlenene kadarki süreçte lisansı iptal olunan tüzel kişinin işleten olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de, “Paris Sözleşmesi’ne uyumlu olacak şekilde işleten kavramının kapsamının belirlendiği” vurgulanmaktadır.³¹ Bu bağlamda, her ne kadar 7381 sayılı Kanun’un tanımlar kısmı ile yetkilendirmeyi düzenleyen hükmünde gerçek kişilerin de nükleer tesis işletebileceği anlaşılmakta ise de, nükleer tesis işletenin sorumluluğunun düzenlendiği hükümde nükleer zararların tazmini konusunda yalnızca tüzel kişilerin işleten olarak kabul edildiği görülmektedir. Esasında, 7381 sayılı Kanun’un 4. maddesinin sekizinci fıkrasının verdiği yetki çerçevesinde 17/03/2023 tarih ve 32135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği”nin genel sistematığında, nükleer tesis kurmak, işletmek ya da işletmeden çıkarmak için yalnızca Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına göre kurulan tüzel kişilerin yetkilendirileceğinin düzenlendiği nazara alındığında, bunun çelişkili bir durum arz etmediği, 7381 sayılı Kanun’daki gerçek kişilerin nükleer tesisi kurmak, işletmek ya da işletmeden çıkarmak dışında kalan kanun kapsamındaki diğer faaliyetler için yetkilendirilebileceği için tanımlar kısmında gerçek kişilerin yetkilendirilen kişi tanımı kapsamında zikredildiği kolaylıkla anlaşılabilir.

³¹ Madde gerekçesi için bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y5/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/c5e3756e-19a9-4059-b58d-0f81f5045d4e.pdf>>, Erişim Tarihi 04 Aralık 2025.

D. Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğunun Şartları

1. Nükleer Hadisenin Vuku Bulması

Paris Sözleşmesi'nde nükleer hadise 1. maddenin (a) fıkrasının (i) numaralı bendinde tanımlanmıştır. Nükleer hadiseyi tarif eden bahse konu hüküm Paris Sözleşmesi'ni tadil eden 2004 tarihli Ek Protokol ile birlikte köklü bir değişime uğramıştır. Mezkûr düzenlemenin önceki halinde, nükleer hadise, *“radyoaktif özelliklerinden veya radyoaktif özelliklerin zehirli ve patlayıcılarla veya nükleer yakıtın veya radyoaktif ürünlerin ve artığın diğer zararlı özellikleri ile veya bunlardan herhangi biri ile birleşmesinden veya bir nükleer tesis içindeki radyasyon kaynağından yayımlanan iyonlaştırıcı radyasyonlardan doğan veya bunların neticesi olarak ortaya çıkarak zarara neden olan herhangi bir olay veya birbiri arkasından gelen olaylar dizisi”* şeklinde tarif edilmiştir. Buna göre, nükleer hadisenin mutlaka ani bir patlama ile meydana gelen kaza şeklinde anlaşılması gerekmemektedir. Dolayısıyla meydana gelen ani patlamaların yanında, radyasyondan kaynaklı uzun süreli olaylar da nükleer hadise kavramı kapsamında kabul edilmektedir.³² Misalen, belli bir zaman dilimi boyunca tesisten kaynaklanan radyasyon sızıntısı, kesintiye uğramış olsa dahi, tek bir kaynaktan doğması hasebiyle nükleer hadise vasfındadır.³³

2004 tarihli Ek Protokol ile öngörülen değişiklik sonrasında nükleer hadise, *“nükleer zarara neden olan aynı menşeli herhangi bir olay ya da olay dizisi”* şeklinde ele alınmıştır.³⁴ İlk görünüş itibarıyla, 2004 tarihli Ek Protokol ile birlikte daha kapsayıcı bir nükleer hadise tanımı yapıldığı akla gelmektedir. Bununla birlikte, literatürde, Paris Sözleşmesi'nin nükleer zararı tanımlayan 1. maddesinin (a) fıkrasının (vii) numaralı bendinde bir zararın, *“iyonlaştırıcı radyasyonun; bir nükleer tesis içindeki herhangi bir radyasyon kaynağı tarafından yayılmasından yahut bir nükleer tesisten gelen, çıkan ya da nükleer tesise gönderilen nükleer yakıttan veya radyoaktif ürünlerden veya nükleer maddelerin içindeki ya da bu maddelere ait atıklardan yayılmasından kaynaklanması”* halinde nükleer zarar kapsamında bulunduğu öngörüldüğünden, 2004 tarihli değişiklik ile nükleer hadise kavramının genişletildiğinden söz etmenin mümkün olmadığı isabetli bir biçimde ifade edilmektedir.³⁵

³² Aydoğdu (n 2) 221-222.

³³ Arda (n 15) 30.

³⁴ Bkz. Yardım (n 8) 1597.

³⁵ Korkmaz (n 3) 274-275.

Hemen belirtmek lâzım gelir ki, Paris Sözleşmesi'nde sadece nükleer tesislerde meydana gelen hadiselerin değil, aynı zamanda, nükleer maddelerin taşınması esnasında meydana gelen olayların da nükleer hadise olarak kabul edilmesi gerektiği öngörülmektedir.³⁶ Nükleer maddelerin taşınması esnasında meydana gelen kazalardan sorumluluk hali yukarıda ifade edildiği üzere Paris Sözleşmesi'nin 4. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, Paris Sözleşmesi'nin 3. maddesinin (b) fıkrası mucibince zarara, nükleer hadise ile birlikte nükleer hadise haricindeki bir olay neden olmuş ise ve nükleer hadisenin sebep olduğu zarar ayırt edilemez durumda ise diğer olayın neden olduğu zarar nükleer hadisenin neden olduğu zarar olarak kabul edilir. Diğer bir anlatımla, nükleer hadisenin ve nükleer hadise dışındaki bir olayın beraberce zarara yol açtığı durumlarda, nükleer hadisenin neden olduğu zarar makul ölçüde diğer olayın meydana getirdiği zarardan ayırt edilemediği müddetçe, zararın tamamı nükleer hadise zararı gibi hukuki muameleye tabi tutulacaktır.³⁷

7381 sayılı Kanun'da nükleer hadise kavramını tarif eden herhangi bir düzenleme bulunulmamaktadır. Bununla beraber, 7381 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında, nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında hüküm bulunmayan hallerde Paris Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı öngörüldüğünden, nükleer hadise ile ilgili yukarıda yer alan tanımlama ve belirlemelerin 7381 sayılı Kanun için de geçerli olacağı açıkça anlaşılmaktadır.

2. Nükleer Zararın Meydana Gelmesi

Paris Sözleşmesi'nde, 2004 tarihli Ek Protokole kadar nükleer zarar kavramının herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, 2004 tarihli Ek Protokol değişikliğinden önce Paris Sözleşmesi'nin 3. maddesinin (a) fıkrasında, nükleer zarardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir emare bulunmaktaydı. Mezkur hükümde, nükleer tesis işleteni şahsın ölümü veya hayatına karşı ika edilen zararlardan ve malın yok edilmesi veyahut zarara maruz bırakılmasından sorumlu tutulmaktaydı.³⁸

³⁶ Arda (n 15) 30.

³⁷ Arda (n 15) 31; Saruhan (n 14) 84; Karauz (n 15) 11.

³⁸ Andrea Gioia, 'Demege Giving Rise to Compensation Under the International Nuclear Liability Regime' in *Nuclear Law Institute a Coolective View on a Decade of Capacity Bulding and Development in Nuclear Law* (IAEA 2022) 141; Korkusuz (n 17) 112; Arda (n 15) 36.

2004 tarihli Ek Protokol ile birlikte, Paris Sözleşmesi'nin 1. maddesinin (a) fıkrasının (vii) bendinde altı başlık altında detaylı nükleer zarar tarifi yapılmıştır. Paris Sözleşmesi'nin uygulama alanını belirleme bakımından ehemmiyet arz eden işbu hükme göre; ölüm veya kişilerin yaralanmasından kaynaklanan zararlar, malvarlığı değerinin tamamen yok edilmesi veya tahrip edilmesinden kaynaklı zararlar, ölüm veya cismani zararlar ile malvarlığı zararlarına dahil olmayıp bu türden zararlardan doğan kayıp veya zararlara ilişkin olarak tazminat talep etme hakkına sahip bir kimsenin maruz kaldığı diğer maddi zararlar, önemli bir ölçüde tahrip olan çevrenin eski hale getirilmesi için gerekli olan giderler, önemli bir ölçüde tahrip olan çevrenin herhangi bir şekilde kullanılamaması veyahut bu çevreden yararlanılamamasından kaynaklanan gelir kaybı, önleyici tedbir giderleri veyahut bu tedbirlerden doğan diğer zararlar nükleer zarar olarak kabul edilmiştir.³⁹ Paris Sözleşmesinde, ölüm veya kişilerin yaralanmasından kaynaklanan zararlar ile malvarlığı zararları dışında kalan zararların yetkili mahkemenin iç hukukunun belirlediği ölçüde karşılanabileceği ifade edilmektedir.⁴⁰ Yine, önleyici tedbir giderleri veyahut bu tedbirlerden doğan diğer zararlar dışında kalan zararların Paris Sözleşmesi uyarınca tazmininin gündeme gelebilmesi için bu zararların *“iyonlaştırıcı radyasyonun; bir nükleer tesis içinde herhangi bir radyasyon kaynağı tarafından yayılmasından yahut bir nükleer tesisten gelen, çıkan ya da nükleer tesise gönderilen nükleer yakıttan veya radyoaktif ürünlerden veya nükleer maddelerin içindeki ya da bu maddelere ait atıklardan yayılmasından kaynaklanması”* gerekmektedir.⁴¹

Belirtmek lazım gelir ki, Paris Sözleşmesi'nde nükleer zarar türlerinin sıralandığı altı kalemde ayrıca manevi zararların da nükleer zarar kapsamında yer aldığına yönelik açık bir belirleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, Paris Sözleşmesi'nde manevi zararları dışlayan herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi Sözleşme'nin 1. maddesinin (a) fıkrasının (vii) bendinin birinci alt bendinde ölüm ve kişisel yaralanmalardan kaynaklanan zararların maddi veya manevi zarar ayırımına gidilmeksizin nükleer zarar tanımının kapsamına alındığı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “Manevi tazminat” başlıklı 56. maddesinde

³⁹ Korkmaz (n 3) 195.

⁴⁰ Taraf devletlerin; söz konusu zarar türlerini tamamen nükleer zarar kavramı dışına çıkarma konusunda takdir hakkına sahip olmadığı, ancak bu zarar kalemlerinin miktarını, mahiyetini ve şeklini belirleme yetkisini haiz olduğu yönünde bkz. Korkmaz (n 3) 285.

⁴¹ Hollanda, İspanya ve Polonya gibi bir kısım ülkelerde bazı zarar kalemlerinin tazmini için öncelik tanındığına yönelik açıklama için bkz. Saruhan (n 14) 88.

ölüm ve bedensel tahribatın vuku bulması halinde manevi zararın gündeme gelebileceğinin kabul edildiği nazara alındığında, nükleer hadiselerden kaynaklanan ölüm ve bedensel yaralanmalar halinde ilgililerin maruz kaldıkları manevi zararların nükleer zarar kapsamında tazmin edilebileceğini düşünmekteyiz. Diğer bir anlatımla, Paris Sözleşmesi'nde ölüm ve kişisel yaralanmaların nükleer zarar olarak kabul edildiği gözetildiğinde, ölüm veya kişisel yaralanmaların yarattığı destekten yoksun kalma, işgücü kaybı veyahut kazanç kaybı gibi maddi zararların yanında, ölüm ve kişisel yaralanmalar neticesinde ilgililerin kişilik değerlerinde iradeleri dışında vuku bulan manevi zararların da nükleer zarar olarak kabulü gerekmektedir.⁴²

7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nda, Paris Sözleşmesi'nde olduğu gibi nükleer zararı tarif eden herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bununla birlikte, anılan Kanun'un "Nükleer zararların tazmini" başlıklı 16. maddesinde, *"nükleer zararların tazmininin şekli ve tutarının, kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkeleri esas alınarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirleneceği"* kabul edilmiştir. Dolayısıyla, 7381 sayılı Kanun mucibince nükleer tesis işletenin sorumluluğunda zararın kapsamı 6098 sayılı Kanun'un 50 ve devamındaki hükümlere göre belirlenecektir.⁴³ Şu kadar ki, 6098 sayılı Kanun'un 55. maddesinde, kısmen veyahut tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin zararın hesabında gözetilerek tazminattan indirilemeyeceği öngörülmüş iken, 7381 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında, rücu edilip edilmediğine bakılmaksızın nükleer zarara maruz kalan kişiye olay nedeniyle sosyal sigortalar mevzuatına göre yapılan ödemelerin tazminattan düşüleceği hükme bağlanmıştır.⁴⁴

⁴² Aynı yönde bkz. Ezgi Damla Saruhan, *Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Nükleer Risk Sigortaları*, (On İki Levha 2024) s. 119-120; Benzer yönde bkz. Başoğlu (n 16) 3225; Aydoğdu (n 2) 233.

⁴³ Saruhan (n 38) 117.

⁴⁴ 7381 sayılı Kanun'un 16. maddesinin gerekçesinde, *'...sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortası kapsamında zarar görene yapılan ödemelerin bu Kanun kapsamında alacağı tazminat miktarından düşüleceği hususu düzenlenerek Paris Sözleşmesi'nin 6/(h) maddesi ile tanınan yetki kullanılmıştır.'* şeklinde açıklamaya yer verilerek bu hüküm izah edilmiştir. Madde gerekçesi için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y5/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/c5e3756e-19a9-4059-b58d-0f81f5045d4e.pdf>, Erişim Tarihi 06 Aralık 2025.

3. Nükleer Hadise ile Nükleer Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Sorumluluk hukukunun temel prensiplerinden biri illiyet bağıdır. İlliyet bağı, sorumluluğun kaynağını teşkil eden fiil veya olay ile ika edilen zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisidir.⁴⁵ İlliyet bağı sorumluluk için gerek kusura dayalı sorumluluk hallerinde gerekse de kusursuz sorumluluk hallerinde aranan şarttır. Hatta kusura dayanan sorumluluk haline nazaran kusursuz sorumluluk halinde illiyet bağının varlığı daha fazla ehemmiyet arz etmektedir. Zira kusursuz sorumlulukta mesuliyetin yegâne dayanağı, olay ya da tehlikeli faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağıdır.⁴⁶

Zararı doğuran fiil ya da olay ile zarar arasındaki illiyet bağının tespitinde çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Bu yaklaşımlardan biri, illiyet bağının temelini mantık kurallarına dayandırmaktadır. Mantıkî illiyet bağı şeklinde de ifade edilen bu yaklaşıma göre, zararın doğmasında etkisi olan her durum zarara sebebiyet verir. Bu nedenle anılan yaklaşımda, her durum ile zarar arasında illiyet bağının var olduğu kabul edilir.⁴⁷ Oysa böyle bir yaklaşım sorumluluğun sınırını adalet duygusunun hilâfına gereğinden fazla genişlettiğinden karşılık görmemektedir.⁴⁸ Bu nedenle illiyet bağındaki neden-sonuç ilişkisini adalet duygusuna daha uygun şekilde izah etmek maksadıyla uygun illiyet bağı teorisi ortaya koyulmuştur. Buna göre, hayatın olağan akışında zarar onu meydana getiren fiil veya olayın uygun sonucu olarak görülebiliyorsa, illiyet bağının var olduğu kabul edilir.⁴⁹

⁴⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Yetkin 2024) 615; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 1; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) 321; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 328; Fırat Korkmaz ve Gülüstan Sarkurt, 'Uygun İlliyet Bağı Teorisinde Önceden Tahmin Görüşü ile Sonradan Tahmin Görüşünün Mukayesesi' (2025) 31 (2) MÜHF-HAD 1447, 1449.

⁴⁶ Nuri Erişgin, 'Tehlike Bağı' (2000) 49 (1) AÜHFD 137, 138; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 615; Korkmaz ve Sarkurt (n 41) 1450; Saruhan (n 14) 88.

⁴⁷ Korkmaz ve Sarkurt (n 41)1451; Literatürde bu türden illiyet bağına şart teorisi veya şartların eşitliği teorisi adı da verilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 41) 21; Ayrıca bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan 2021) 400; Osman Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,2 (2. Baskı, Seçkin 2019) 279.

⁴⁸ Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı* (Yetkin 1994) 53; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 619; Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 41) 28.

⁴⁹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 41) 52; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen (n 41) 324; Korkmaz ve Sarkurt, (n 41) 1452; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 620; Kılıçoğlu, (n 43) 401; Antalya (n 43) 281.

Doktrinde bazı hallerde uygun illiyet bağıını kesen nedenlerin varlığı da kabul edilmektedir. Hukukumuzda illiyet bağıını kesen haller; mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru veya zarar görenin ağır kusuru şeklinde sıralanmaktadır.⁵⁰ Mücbir sebep, sorumlu tutulan kişinin faaliyet ve işletmesi haricinde meydana gelen, genel davranış normunun ihlâline mutlak surette yol açan ve önceden öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü olaylar şeklinde tarif edilmektedir.⁵¹ Bu nedenle mücbir sebep halinde sorumluluk ortadan kalkmakta, niteliği değişmekte veya sorumluluğun vadesi gecikmektedir.⁵² Sorumluluğu engelleyen mücbir sebep hallerine, doğal afetler, sosyal patlamalar, büyük ekonomik krizler, salgın hastalıklar örnek olarak verilebilir.⁵³ Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru ise, her zaman illiyet bağıını kesmez. Bunların illiyet bağıını kesmeleri için belli bir yoğunlukta olmaları lâzım gelir.⁵⁴

Paris Sözleşmesi'ne göre nükleer tesis işletenin nükleer kaza neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, tipik tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağıının varlığı aranmaktadır.⁵⁵ Paris Sözleşmesi'nde buna ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu durum sorumluluğun dayanağını teşkil eden tehlike sorumluluğu prensibinin doğasından kaynaklanmaktadır. Dolayısı ile meydana gelen nükleer kaza ile nükleer zarar arasında hayatın olağan akışına uygun bir bağıın bulunması sorumluluktan bahsetmek için ehemmiyet arz etmektedir.

Paris Sözleşmesi'nde sorumluluk için uygun illiyet bağıının varlığının şart olduğu açıkça zikredilmiş olmamasına rağmen, illiyet bağıını kesen nedenlere ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Sözleşme'nin 9. maddesinde, nükleer tesis işletenin; "*doğrudan*"⁵⁶ bir silahlı çatışma, düşmanca hareketler, iç harp veya

⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 637; Tiftik (n 44) 107 vd; Korkmaz ve Sarkurt (n 41) 1476; Kılıçoğlu (n 43) 406; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen (n 43) 326; Ayan (n 41) 332; Basoğlu (n 16) 3227.

⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 638; Kılıçoğlu (n 43) 406; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen (n 41) 326; Antalya (n 43) 301; Korkusuz (n 17) 129; Ayan (n 41) 332.

⁵² Aydoğdu (n 2) 258.

⁵³ Korkusuz (n 17) 129.

⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 644, 649; Aydoğdu (n 2) 258.

⁵⁵ Aydoğdu (n 2) 240 vd.; Korkusuz (n 17) 129; Saruhan (n 38) 84.

⁵⁶ Mezkur hükümde yer alan "*doğrudan*" ibaresi 1963 tarihli Ek Protokol ile hükme derç edilmiştir. Bu ibare ile birlikte, hükümde zikredilen hallerin sadece doğrudan neden olduğu nükleer hadiselerden vuku bulan zararlardan nükleer tesis işletenin sorumlu olmayacağı, dolayısıyla bahse konu hallerin dolaylı olarak neden olduğu nükleer hadiselerden vuku bulan zarar-

isyan nedeniyle meydana gelen nükleer hadiselerden kaynaklı zararlardan sorumlu tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. Belirtmek lazım gelir ki, 2004 tarihli Ek Protokol ile yapılan değişiklikten önce nükleer tesisin yer aldığı taraf devletin iç hukukunda aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, nükleer tesis işleteninin olağanüstü nitelikteki ağır doğal afetlerden kaynaklanan nükleer zararlardan sorumlu tutulmayacağı öngörülmekteydi. Ancak, 2004 tarihli Ek Protokol ile bu hüküm ilga edilerek, işletenin olağanüstü nitelikteki ağır doğal afetlerden kaynaklanan nükleer hadiselerin doğurduğu zararlardan da sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu haliyle nükleer kazanın doğa olayları nedeniyle meydana gelmesi halinde dahi illiyet bağının varlığı ve dolayısı ile nükleer tesis işletenin mesuliyeti söz konusu olacaktır.⁵⁷ Yine, Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (e) fıkrasında, işletenin nükleer zararın kısmen veya tamamen mutazarrırın ağır kusurundan ya da zarara yol açmak kastıyla gerçekleştirdiği ihmal veya eyleminden kaynaklandığını ispat etmesi durumunda, iç hukukun elverdiği ölçüde tazminat ödeme yükümlülüğünden tamamen ya da kısmen muaf tutulabileceği hususunda hüküm sevk edilmiştir.⁵⁸

7381 sayılı Kanun'un 12. maddesinin beşinci fıkrasında da Paris Sözleşmesi'ne paralel bir şekilde, işletenin doğrudan silahlı çatışma, düşmanca hareketler, iç savaş veya isyandan ötürü vuku bulan nükleer hadiselerden kaynaklı (nükleer) zararlardan sorumlu tutulmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Yine, aynı maddenin sekizinci fıkrasında, işletenin nükleer zarara sebebiyet veren nükleer hadisenin mutazarrırın kasıt ya da ağır ihmalinden vuku bulduğunu kanıtlaması durumunda, sadece bu kişiye yönelik olarak kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabileceği Paris Sözleşmesi ile aynı minvalde olmak üzere hükme bağlanmıştır.

4. Sorumluluğun Varlığı İçin Zorunlu Olmayan Koşul: İşletenin Kusuru

Paris Sözleşmesi, nükleer kazalardan kaynaklı zararların tazmini konusundaki diğer uluslararası düzenlemelerle eş değer bir biçimde kusura dayanmayan objektif sorumluluk rejimini kabul etmiş ve işletenin sorumluluğunu bu temel üzerine inşa etmiştir. Buna göre, bir nükleer tesis işleteni, nükleer hadise

ların tazmini konusunda işletenin sorumluluğunun devam edeceği anlaşılmaktadır. Benzer yöndeki yaklaşım ve '*doğrudan*' ibaresi nedeniyle doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz. Korkmaz (n 3) 320

⁵⁷ Korkusuz (n 17) 131.

⁵⁸ Korkmaz (n 3) 323.

neticesinde vuku bulan zararların tazmininde kusurlu olmasa dahi sorumludur.⁵⁹

7381 sayılı Kanun'da ise işletenin kusursuz sorumluluğu hali, açıkça düzenleme altına alınmıştır. Gerçekten, anılan Kanun'un 12. maddesinin dördüncü fıkrasında net bir şekilde, nükleer tesis işleteninin, nükleer hadisenin vuku bulmasında kendisinin, çalışanlarının ve tesis ile ilgili teknoloji, hizmet yahut mal tedarikçilerinin herhangi bir kusuru olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Binaenaleyh, işletenin sorumluluğunun tespitinde, işletenin kusurlu olup olmamasının kıymeti harbiyesi bulunmamaktadır. Bu nedenle de sorumlu olarak tutulan kişinin kusur ehliyetine sahip olup olmadığı da ehemmiyet arz etmemektedir.⁶⁰

II. Nükleer Hadiselerden Kaynaklanan Sorumluluğun Hukuken Yönlendirilmesi

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere, 6098 sayılı Kanun'un 61. maddesi mucibince, haksız fiilden kaynaklı genel sorumluluk hukuku rejiminde, bir zarara birden fazla kimsenin birlikte sebebiyet vermeleri yahut aynı zarardan çeşitli sebeplerden ötürü sorumlu olmaları durumlarında kural olarak müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmaktadır. Gerçekten mezkur hükümde, *"birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı"* sarih bir biçimde öngörülmüştür. Buna göre, mutazarrırlar, uğradıkları zararlarının tamamını veya bir kısmını diledikleri sorumlulardan talep edebilirler.⁶¹

Yine, genel sorumluluk hukuku rejiminde, zarar verene karşı birden fazla sorumluluk nedeni ile talepte bulunma imkanı var ise zarar görenlerin bu sorumluluk sebeplerinden dilediğini tercih edebileceği kabul edilmektedir. Yazın-sal eserlerde sebeplerin yarışması (telahuku) olarak ifade edilen bu müessese, 6098 sayılı Kanun'un 60. maddesinde düzenlenmiştir. Zikredilen düzenlemede,

⁵⁹ Korkmaz (n 6) 444.

⁶⁰ Korkusuz (n 17) 116.

⁶¹ Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk*, (Seçkin 2015) 50; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 933; Kılıçoğlu (n 43) 578; Antalya (n 43) 659.

“zarar verenin sorumluluğunun birden çok sebebe dayandığı hallerde, zarar görenin aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, hakim zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği” hükme bağlanmak suretiyle, zarar görenlere sorumluluk sebepleri arasında seçimde bulunma hakkı tanınmıştır.⁶²

Nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğunda ise, genel sorumluluk hukukunda hakim olan bu iki prensibe sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi ile istisna getirilmiştir. En genel tabiri ile, nükleer zararlarından kaynaklanan sorumluluğun münhasıran nükleer tesis işletenine yöneltilebilmesi şeklinde tarif edilen bu ilke tarihsel süreçte ilk olarak, Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Atom Sanayi Forumu ile Harvard Üniversitesi’nin birlikte 1959 yılında hazırladıkları çalışma ile gündeme gelmiş;⁶³ zaman içerisinde de nükleer tesis işletenlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen ulusal ve uluslararası hukuk metinlerine dahil olmuştur.

Paris Sözleşmesi’nin 6. maddesinde de, bu genel eğilime uygun bir biçimde sorumluluğun hukuken kanalize edilmesi veya farklı bir tabirle münhasır sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Anılan hükmün (a) fıkrasında sarıhen, *“bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararın tazminini talep etme hakkının, sadece nükleer zarardan sorumlu olan bir işletene yahut ulusal hukuk tarafından sigortacı veya diğer malî güvence verenlere karşı doğrudan bir dava hakkı tanınıyorsa, sigortacıya veya diğer malî güvence verenlere karşı kullanılabileceği”* belirtildikten sonra (b) fıkrasında, *“hükümde belirtilen istisnai haller haricinde bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarardan, başka hiçbir kişinin sorumlu olmayacağı”* kabul edilmiştir. Yine, aynı maddede, sorumluluğun hukuken kanalize edilmesi ilkesinin diğer bir boyutunu oluşturan *“nükleer tesis*

⁶² Kılıçoğlu (n 43) 571.

⁶³ Akın Ünal ve Nagehan Çakır, ‘Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu Bağlamında Sorumluluğun İşletene Kanalize Edilmesi’ (2025) (75) AD 639, 654; Michael Faure ve Tom Vanden Borre, ‘Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes’ (2008-2009) 33 (1) William & Mary Environmental Law and Policy Review, <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=wmelpr>> Date of Access 10 December 2025, 264; Amerikan nükleer enerji tedarikçileri ile nükleer tesis tasarımcılarının olası sorumluluklarını sınırlandırma saiki ile türetilen sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi, çok ilginçtir ki, Paris ve Viyana Sözleşmeleri ile birlikte nerdeyse tüm ulusal hukuk düzenlemelerine girmesine rağmen, Amerikan Hukuk sisteminde kabul görmemiştir. Bu yöndeki tespitler için bkz. Koray Güven, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Nükleer Santrallerden Kaynaklanan Zararlardan Hukuki Sorumluluk’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2017) 96-97.

işletenine karşı Paris Sözleşmesi hükümleri dışında herhangi bir hukuki sebebe dayanılarak sorumluluk yükletilmeyeceği” hususu da hükme bağlanmıştır.

7381 sayılı Kanun’da sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi Paris Sözleşmesi’ndeki gibi hukuki sonuçları da ele alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla, 7381 sayılı Kanun’da, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi tüm boyutları ile hüküm altına alınmış değildir. Ancak, bu durum, 7381 sayılı Kanun’da nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğu bakımından sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin geçerli olmadığı anlamını taşımamaktadır. Nitekim, 7381 sayılı Kanun’un “Nükleer zararların tazmini” başlıklı 16. maddesinin birinci fıkrasında, “*nükleer zararın tazmininin şekli ve tutarının, kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkesi esas alınarak 6098 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tayin edileceği*” düzenleme altına alınmıştır.⁶⁴

Makalemizin esas konusunu teşkil eden nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi veyahut eş anlamıyla münhasır sorumluluk ilkesi ile bu ilkenin hukuki neticelerini ele alacağımız bu kısımda, konunun daha iyi anlaşılması adına öncelikle genel sorumluluk hukuku rejiminde geçerli olan müteselsil sorumluluk ve sebeplerin yarışması (telahuku) kavramlarını irdelemeye gayret edeceğiz. Nitekim yukarıda da ifade olunduğu üzere, nükleer kazalardan kaynaklı zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi gereğince kural olarak zararın yalnızca işletenden talep edilebilmesi şeklindeki hukuki netice⁶⁵, genel haksız fiil sorumluluğunda birden fazla kimse- nin zarara birlikte sebebiyet vermesi durumunda işlerlik kazanan müteselsil sorumluluk prensibinin önemli bir istisnasını teşkil etmektedir. Yine aynı ilke mucibince nükleer tesis işleteninin yalnızca Paris Sözleşmesi’nde öngörülen hukuki sebebe istinaden sorumlu tutulabilmesi, genel sorumluluk hukukunda hakim olan mutazarrırın zararının giderimini dilediği hukuki sebebe istinaden talep edebileceği yönündeki sebeplerin yarışması ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Bu suretle, müteselsil sorumluluk ve sebeplerin yarışması kurumlarını kısaca ele aldıktan sonra nükleer kazalardan kaynaklı zararların gideriminde

⁶⁴ Doktrinde, 7381 sayılı Kanun’da da Paris Sözleşmesinde olduğu gibi sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş mevcuttur. Korkmaz (n 6) 449.

⁶⁵ Paris Sözleşmesi’nin 5. maddesinin son fıkrasında, aynı nükleer zarardan birden fazla işletenin sorumlu tutulabildiği hallerde bu işletenlerin müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bu düzenleme, nükleer zararın yalnızca işletenden talep edilmesi yolundaki prensip yönünden ayrıksı bir duruma işaret etmektedir. Söz konusu düzenleme ile ilgili bkz. Korkmaz (n 3) 312-316.

sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin hukuki neticelerini ve diğer ülke uygulamalarındaki halini incelemeye çalışacağız. Nihayetinde, nükleer kazaların gideriminde sorumluluğun yönlendirilmesi ilkesinin diğer bir türünü oluşturan ve Amerikan Hukuk sisteminde işlerlik kazanan sorumluluğun ekonomik olarak yönlendirilmesi ilkesini irdedeceğiz.

B. Genel Sorumluluk Hukuku Rejiminde Müteselsil Sorumluluk ve Sebeplerin Yarışması

1. Genel Sorumluluk Rejiminde Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Hukuki Sonuçları

Bazı olaylarda, birden fazla kimsenin aynı zarardan dolayı sorumlu olması gündeme gelebilir. İşte bu gibi durumlarda sorumluluğun nasıl paylaştırılacağı hususu hukuken çözümlenmesi gereken mühim bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirtmek lazım gelir ki, bu sorunun çözümü için hukuk sistemlerinde üç ayrı alternatif ilke türetilmiştir. Bu ilkelerden ilki, sorumluluğun paylaştırılması prensibidir. Buna göre, aynı nedenle zararın oluşmasına sebebiyet veren kişiler, zarara sebebiyet verdikleri oranda mesul kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, sorumluluğun paylaştırılması ilkesinde, sorumlular zararın tamamından değil de zarara sebebiyet verdikleri ölçüde mutazarrıra karşı sorumlu olmaktadır. Birden fazla kimsenin aynı zarardan ötürü sorumlu olduğu hallerde sorumluluğun nasıl taksim edilmesi ile ilgili hukuken kabul gören çözüm hallerinden ikincini ise sorumluluğun toplanması ilkesi teşkil etmektedir. Bu halde, sorumlulardan her biri diğerlerinden ayrı olarak zararın tamamından mesuldür. Bununla birlikte sorumlulardan biri tarafından zararın tazmin edilmesi diğerlerin mesuliyetini ortadan kaldırmamaktadır. Zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine neden olabilecek nitelikte olduğundan bu çözüm önerisinin iltifat görmesi kanaatimizce pek olanaklı değildir. En nihayetinde önerilen çözüm hallerinden üçüncüsü olarak karşımıza çıkan sorumluluğun yarışması ilkesinde, zarardan mesul olanların her biri zararın tamamından sorumlu tutulmakla birlikte, mesul olanlarından birinin zararı tazmin etmesi durumunda diğer sorumluların zarar görene karşı olan mesuliyeti sona ermektedir.⁶⁶ İşte günümüzde daha hakkaniyetli bir çözüm olduğu için çoğu hukuk sisteminde kabul gören sorumluluğun yarışması haline müteselsil sorumluluk da denmektedir.

⁶⁶ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 925.

Hemen ifade etmek gerekirse, Türk hukukunda da hakim olan ilke sorumluluğun yarışması ilkesidir.⁶⁷ Hakikaten, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde, *“birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, bu kişiler hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı”* düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu 6098 sayılı Kanun'da haksız fiilde müteselsil sorumluluğun kaynağını iki farklı olguya dayandırmıştır. Bunlar; *“birden fazla kimsenin beraberce aynı zarara sebebiyet vermesi”* ile *“birden fazla kimsenin çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olması”* olgularıdır.⁶⁸

6098 sayılı Kanun mucibince haksız fiilde müteselsil sorumluluğun kaynağını teşkil eden olgulardan ilki olan *“birden fazla kimsenin beraberce aynı zarara sebebiyet vermesi”* halinin gündeme gelebilmesi için sorumluların aynı hukuki sebep ile zarara neden olması gerekmektedir. Doktrinde bir görüş, aynı hukuki sebep kavramından aynı türden hukuki sebebin anlaşıldığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, aynı hukuki sebep, ortak kusur olabileceği gibi kanun veyahut sözleşme de olabilir.⁶⁹ Buna karşın bir diğer görüş, aynı hukuki sebepten yalnızca ortak kusur halinin anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre; ortak kusur, kasıt şeklinde gerçekleşebileceği gibi ihmal şeklinde de vuku bulabilir. Ortak kusur; kasıt şeklinde gerçekleştiğinde zarara sebebiyet verenler azmettiren, asıl fail yahut yardımcı fail olarak rol üstlenebilir.⁷⁰

⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 926.

⁶⁸ 6098 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda birden fazla kimsenin haksız fiilden kaynaklı sorumluluğunu iki ayrı madde ile (50. ve 51. maddeler) düzenlemekteydi. 818 sayılı Kanun'un 50. maddesinde, birden fazla kimsenin ortak kusurları ile zarara sebebiyet vermeleri hali hükme bağlanmış iken, aynı Kanun'un 51. maddesinde, birden fazla kimsenin farklı hukuksal olgulara dayalı olarak sorumlu olması keyfiyeti kural altına alınmıştı. Yazınsal eserlerde de bu iki hükümde düzenlenen müteselsil sorumluluk hallerini birbirinden ayırt etmek için 50. maddedeki müteselsil sorumluluk haline tam teselsül, 51. maddedeki müteselsil sorumluluk haline eksik teselsül adı verilmekteydi. Bu iki müteselsil sorumluluk türü arasındaki en temel farklılığın borcu ifa eden sorumluların diğer borçlulara borcu rücu ederken alacakların haklarına halef olup olmadığı hususundan kaynaklandığı kabul edilmekteydi. Tam teselsülde borcu ifa eden sorumluların diğer borçlulara borcu rücu ederken alacaklının haklarına halef olduğu kabul edilmekte iken, eksik teselsülde ise bu türden halefiyetin mümkün olmadığı belirtilmekteydi. Bkz. Kılıçoğlu (n 43) 575-576; 818 sayılı Kanun'da bu türden ayırımın yer almadığı, bu ayırımın doktrin ve yargı kararları ile türetildiği ile ilgili görüş için bkz. Dalcı Özdoğan (n 57) 76

⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 927.

⁷⁰ Kılıçoğlu (n 43) 576; 6098 sayılı Kanun'da *“birden fazla kimsenin beraberce aynı zarara sebebiyet vermesi”* ile *“birden fazla kimsenin çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olması”* hallerinin hukuki hüküm ve sonuçları arasında bir farklılaşmaya gidilmediği nazara alındığında, bu tar-

6098 sayılı Kanun uyarınca haksız fiilde müteselsil sorumluluğu gündeme getirebilen diğer bir durum da “birden fazla kimsenin aynı zararın meydana gelmesinde farklı hukuki sebeplerle etki etmesi” halidir. Kuşkusuz, aynı zararı doğuran farklı hukuki sebepler; kusura dayalı sorumluluk, kusursuz sorumluluk veya sözleşme olabilir.⁷¹ Müteselsil sorumluluğun bu görünümünün en tipik örneğini, işletenin çalışanınca kullanılan motorlu taşıtın karıştığı kazada yaralanan yolcunun zararının gideriminde; motorlu taşıt işleteninin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesinde öngörülen tehlike sorumluluğu, aracı kullanan kişinin kusur sorumluluğu ve varsa sigorta şirketinin sözleşme kapsamında mesul olması hali teşkil etmektedir.⁷²

Türk borçlar hukukunda, haksız fiilde müteselsil sorumluluğun hüküm ve sonuçları ikili başlık altında incelenmektedir. Bunlar; zarar gören ile zarar verenler arasındaki münasebetin ele alındığı “dış ilişki” ile zarar verenlerin kendi arasındaki münasebetin ele alındığı “iç ilişki”dir.⁷³

6098 sayılı Kanun’un 61. maddesinde sarihien mutazarrır ile zarar verenler arasında dış ilişkide müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin tatbik olunacağı hükme bağlanmıştır. Bu cümleden olmak üzere, mutazarrır maruz kaldığı zararın tamamını, zarar verenlerin tümünden veyahut bir kısmından talep edebileceği gibi sadece tek bir zarar verenden de talep edebilir. Keza, zarar gören zararının bir kısmını belli bir zarar verenden, diğer bir kısmını da diğer zarar verenden isteme imkanına da sahiptir. Bununla birlikte, “zararın tekliği ilkesi” mucibince, zararın tazmini belli bir zarar verenden sağlandığı ölçüde, diğer zarar verenlerin mutazarrıra karşı olan sorumluluğu nihayete ermektedir.⁷⁴ Yine, meydana gelen zararın tazmininden müteselsilen sorumlu olan zarar verenler, zarar görene karşı kişisel ve ortak def’i veya itirazları ileri sürebilirler. Kişisel def’i veya itirazlar, zarar verenin şahsından veyahut zarar gören ile olan özel ilişkiden kaynaklı sebeplerle tazmin borcunu ifa etmekten kaçınmasını sağlayan savunma araçlarıdır. Bu anlamda, genel haksız fiil sorumluluğunda her zarar verenin şahsından yahut zarar gören ile olan kişisel ilişkisinden kaynaklanan

tışmanın yersiz olduğunu düşünmekteyiz. Diğer bir anlatımla, 818 sayılı Kanun’daki gibi eksik ve tam teselsül ayrımı 6098 sayılı Kanun’da yer almadığından aynı hukuki sebep kavramı üzerinde gerçekleştirilen bu tartışmanın hukuken gerekli olmadığı kanaatindeyiz.

⁷¹ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 932; Kılıçoğlu (n 43) 579.

⁷² Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 932.

⁷³ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 933.

⁷⁴ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 934; Kılıçoğlu (n 43) 578-579; Dalcı Özdoğan (n 57) 46.

kişisel def'i ve itirazlar, diğer zarar verenleri ilgilendirmemektedir. Dolayısıyla, diğer zarar verenlerin hukukunu etkilemeyen bu kişisel def'i ve itirazların kendisinden talepte bulunulan zarar verence ileri sürülme zorunluluğu ya da yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷⁵

Müteselsil sorumlulukta, zarar verenler arasındaki iç ilişki 6098 sayılı Kanun'un 62. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Mezkur hükümde, *"tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşulların, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı"* ifade edilmiştir. Belirtmek lazım gelir ki, mülga Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumlulukta iç ilişki, ortak kusurları ile zarar sebebiyet verenler ve farklı hukuki nedenlerle aynı zarara sebebiyet verenler yönünden ayrı ayrı düzenlenmekteydi. Mülga Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde, ortak kusurları ile zarara sebebiyet verenler yönünden iç ilişkide diğer zarar verenlere karşı kusurları nispetinde zarardan sorumlu oldukları kabul edilmekteydi. Aynı Kanun'un 51. maddesinde, farklı hukuki nedenlerle aynı zarara sebebiyet veren müteselsil sorumlular bakımından ise, rücu ilişkisi belli bir sıraya bağlanmaktaydı. Buna göre, rücu sırası kanunen zarardan sorumlu tutulanlar, sözleşme mucibince zarardan sorumlu tutulanlar ve nihayetinde kusurları nedeniyle zarardan sorumlu tutulanlar şeklinde düzenlenmekteydi. Dolayısıyla, anılan hüküm uyarınca, meydana gelen zararı kanunen zarardan sorumlu tutulan zarar veren tazmin etmiş ise aynı zarara sözleşme yahut kusuru nedeniyle sebebiyet verenlere, sözleşmeye dayalı olarak zarar veren zararı tazmin etmiş ise kusuru nedeniyle zarara sebebiyet verenlere rücu imkanına sahip olabilmekteydi. Ancak, kusuru nedeniyle zarara sebebiyet verenin zarar tazmin edilmiş ise sözleşmeye ya da kanuna dayalı olarak zarardan sorumlu olanlara, sözleşmeye dayalı olarak zararı tazmin eden müteselsil sorumlunun ise kanuna dayalı olarak zarardan sorumlu olana rücu imkanı bulamamaktaydı.⁷⁶ Her ne kadar 6098 sayılı Kanun'da rücu sıralaması ile ilgili bu şekilde açık bir düzenleme yer almamakta ise de, doktrinde mülga yasa öngörülen rücu sıralamasının somut olayı özelliğine uygun düştüğü ölçüde yeni kanun bakımından da uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁷⁷ Gerçekten, 6098 sayılı Kanun'un 62. maddesinde, tazminatın müteselsil sorumlular arasında paylaştırılmasında *"bütün durum ve koşulların", "müteselsil sorumlulara*

⁷⁵ Kılıçoğlu (n 43) 952-954.

⁷⁶ Kılıçoğlu (n 43) 581.

⁷⁷ Eren, *Borçlar Hukuku* (n 41) 938 vd.; Kılıçoğlu (n 43) 582.

yüklenilecek kusurun ağırlığı ve ortaya çıkardıkları tehlikenin yoğunluğunun” gözetileceğini ifade ederek, eski yasadaki çözümlemeye kapı aralamıştır.⁷⁸

2. Genel Sorumluluk Rejiminde Sebeplerin Yarışması Kavramı ve Hukuki Sonuçları

Sorumluluğun yarışması kurumu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde düzenleme altına alınmaktadır. Mezkur hükümde, *“zarar verenin sorumluluğunun, birden çok sebepten kaynaklanması halinde hâkimin, zarar gören tarafından aksi istenmiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği”* düzenleme altına alınmıştır.

Doktrinde, sebeplerin yarışması ilkesinin kapsamı konusunda tam bir birlik-telik bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, 6098 sayılı Kanun’un 60. maddesi ile ihdas olunan sebeplerin yarışması müessesinin hangi sorumluluk sebepleri arasında uygulanabileceği konusu doktrinde tartışılmaktadır. Bu tartışmaya katılan yazarlardan olan BUZ, 6098 sayılı Kanun’un 60. maddesi uyarınca tazminat taleplerini içeren sebeplerin yarışmasının söz konusu olduğunu belirtmekte ve haksız fiil sorumluluğu anlamında mehzar kanun niteliğinde bulunan İsviçre’nin *“Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesak Hale Getirilmesine İlişkin Ön Tasarısı”*’nın 53. maddesinden hareketle mezkur hükmün tehlike sorumluluğu ile diğer sorumluluk sebepleri arasındaki münasebeti düzenlediğini kabul etmektedir.⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ ise, 6098 sayılı Kanun’un 60. maddesinde düzenlenen sebeplerin yarışması ilkesinin kapsamını belirlerken, üç ihtimalden söz etmektedir. Yazarlara göre; borca aykırılık ve haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu yahut iki kusursuz sorumluluk hallerinin yarışması durumunda anılan düzenleme işlerlik kazanabilir.⁸⁰ Sebeplerin yarışması ile ilgili düzenlemenin kapsamı hakkında fikir beyan eden diğer bir yazar olan KILIÇOĞLU, yarışan sebeplerden birinin mutlak surette haksız fiil sorumluluğuna dayanan sebeplerden olması gerektiği yolundaki fikri reddetmektedir. Yazar, sebeplerin yarışması ilkesinin pozitif hukuktaki düzenlemesinin haksız fiillerden doğan borçların ele alındığı kısımda yer aldığı-

⁷⁸ Kılıçoğlu (n 43) 582.

⁷⁹ Vedat Buz, ‘Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler’ (2013) 29 (2) BATİDER 19, 49.

⁸⁰ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (10. Baskı, Vedat Kitapçılık 2013) 285.

nı, bununla birlikte 6098 sayılı Kanun'un 114. maddesi mucibince haksız fiil sorumluluğuna yönelik düzenlemelerin sözleşmeye aykırılık hallerine kıyasen uygulanabileceğini vurgulayarak, yarışan sebeplerin haksız fiil sorumluluğu dışındaki sözleşmeye dayalı sebepler de olabileceğini belirtmektedir.⁸¹ 6098 sayılı Kanun'un 60. maddesinde yer alan "*giderim*" ifadesinin sözlükteki anlamının, "*tazminat*" kavramından daha kapsayıcı olduğu fikrinden hareket eden diğer bir yazar da, yarışan sebeplerin zarar görenin zararını tazminatı da kapsayacak şekilde dindiren her türlü hukuki müessese olabileceğini savunmaktadır. Bu yazara göre, haksız fiil sorumluluğu, sebepsiz zenginleşme, sözleşmeye aykırılık ya da vekaletsiz iş görme yarışan sebepler olabilir.⁸²

Sebeplerin yarışması ilkesinin işlerlik kazanabilmesi, mutazarrırın zararının giderimi için birden fazla hukuki sebebe dayanabilmesine ve bu hukuki sebeplerin somut olay yönünden tüm şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.⁸³ Bu minvalde, zarar göreninin zararının giderimi için dayandığı hukuki sebeplerden birinin somut olayda uygulanması için gerekli olan şartların gerçekleşmemiş olması halinde, birden fazla hukuki sebepten ve buna bağlı olarak sebeplerin yarışmasından söz etmek mümkün değildir.

Hemen ifade etmek lazım gelir ki, sebeplerin yarışması ilkesinden söz edebilmek için somut uyuşmazlıkta tatbik kabiliyeti bulunan birden fazla hukuki sebebin bulunmasının yanında, kanun koyucunun sebeplerin yarışması ilkesi bakımından aksini öngörmemiş olması da gerekmektedir. Gerçekten, 6098 sayılı Kanun'un 60. maddesinde çok açık bir şekilde sebeplerin yarışması ilkesinin uygulanabilmesi için kanunda aksinin öngörülmemiş olması şartı hükme derç edilmiştir. Esasında makalemizin konusunu teşkil eden nükleer zararların tazmininde münhasır sorumluluk ilkesi, bu duruma güzel örnek teşkil etmektedir. Nitekim, 7381 sayılı Kanun'un 12. maddesinin altıncı fıkrasında sarıh bir biçimde, nükleer tesis işletenlerin, bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararların gideriminde yalnızca Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanun'da öngörülen hukuki rejime göre sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

Sebeplerin yarışması ilkesinin konumuz açısından en önemli hukuki sonucu, zarar görenlere, zararlarının giderimi konusunda (varsa) birden fazla hukuki

⁸¹ Kılıçoğlu (n 43) 571, 573.

⁸² Esmagül Doğan, 'TBK m. 60'ın "Iura Novit Curia" İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi', (2023/1) (70) AD 305, 309-311.

⁸³ Doğan (n 77) 311.

sebepten dilediğini seçme imkanının tanınmasıdır. Diğer bir anlatımla, 6098 sayılı Kanun'un 60. maddesinde, zarar görenlerin zararlarının gideriminde birden fazla hukuki sebebin varlığı halinde dilediğine dayanabileceği açık bir şekilde kurala bağlanarak, sebeplerin yarışması halinde -kanunda aksi öngörülmedikçe- zarar görenlerin iradesi üstün kabul edilmiştir.

C. Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Hukuken Yönlendirilmesi (Kanalize Edilmesi) İlkesi

1. Kavramsal Çerçeve

Sorumluluğun yönlendirilmesi ilkesi, herhangi bir olay nedeniyle meydana gelen tazminat yükümlülüğünün tek bir muhataba yükletilmesidir. Bu ilke, nükleer sorumluluk hukuku orijinli olmakla birlikte, zaman içerisinde deniz hukuku ve çevre hukuku gibi disiplinlere de yayılmıştır. Fakat, bu ilkenin nükleer sorumluluk hukukundaki görünümü ile diğer disiplinlerdeki görünümü farklılaşmaktadır. Hakikaten, deniz ve çevre hukuku disiplinlerindeki sorumluluğun yönlendirilmesi ilkesinde, sorumluluk belli bir muhataba yöneltilmekle birlikte bu muhatapın diğer sorumlulara rücu hakkı sınırlandırılmamakta iken, nükleer sorumluluk hukukunda ise kural olarak rücu hakkı da sınırlandırılmaktadır.⁸⁴

Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi⁸⁵, en genel hatlarıyla, nükleer hadisenin kimin kusuru, ihmali ya da eyleminden sadır olduğuna bakılmaksızın zarar görenlerin zararlarının tazminini yalnızca nükleer tesis işletenlerinden talep edebilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁶ Günümüzde nükleer tesis işletenlerin hukuki sorumluluğunun ele alındığı tüm ulusal ve uluslararası düzenlemelerde neredeyse ittifakla kabul edilen bu ilkenin fiktisel temelleri ilk olarak, yukarıda da değinildiği üzere, Harvard Üniversitesi ve ABD Atom Sanayi Forumu tarafından 1959 yılında ortaklaşa hazırlanan

⁸⁴ Ünal ve Çakır (n 59) 651, dn. 51.

⁸⁵ Doktrinde nükleer zararların tazmininde sorumluluğun yönlendirilmesi (kanalize edilmesi) ilkesi, münhasır sorumluluk ifadeleri ile de kavramlaştırılmaktadır. Bkz. Korkmaz (n 3) 181; Saruhan (n 38) 38.

⁸⁶ Saruhan (n 38) 38; Öğretide, anılan ilkenin, 'nükleer hadisenin gerçek nedeninin kimin eyleminden veya ihmalden kaynaklandığına bakılmaksızın bu tür zararlardan hukuken tek sorumlu varlığın nükleer tesis işleteni olduğu esasına dayandığı' belirtilerek benzer tarifler yapılmaktadır. Bu yöndeki belirlemeler için bkz. Korkmaz (n 6) 445; Julia A. Schwartz, 'International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl', International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period, OECD 2006, <<https://www.oecd-neo.org/upload/docs/application/pdf/2019-12/nea6146-iaea-chernobyl.pdf>> Date of Access 14 January 2026, 40.

çalışmada atılmıştır. Bu çalışmayı sipariş eden asıl aktörler ise, 1950’li yılların sonu itibarıyla Avrupa’da gelişmeye başlayan nükleer enerji sektörüne girmeye çabalayan Amerikan nükleer enerji tedarikçileri ile nükleer tesis tasarımcılarıdır.⁸⁷

Doktrinde kimi yazarlarca, bu ilkeye nükleer enerji sektörünün gelişimi için hayati bir rol biçilmektedir. Mezkur yaklaşımı savunan bu yazarlara göre, nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletene yönlendirilmemesi durumunda, hiçbir tedarikçi nükleer tesislere yakıt veyahut muhtelif malzeme tedarikine girişmeyecek, hiçbir tasarımcı nükleer tesis imal etmeyecektir.⁸⁸ Nükleer zararlardan kaynaklanan sorumluluğun nükleer tesis işleteninde toplanması ile birlikte, gereksiz sigorta maliyetlerinin de önüne geçeceği ve sigorta yükünün münhasıran işletene tahsis edilerek dağılmasının önlenebileceği bu görüş yanlılarınınca vurgulanmaktadır.⁸⁹ Öte taraftan, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin, nükleer hadise neticesinde zarara maruz kalan mağdurların taleplerini ileri sürme konusunda kolaylıklar sağladığını da ifade edilmektedir.⁹⁰ Esasında, nükleer zararlardan kaynaklanan sorumluluğun işletene hukuken yönlendirilmesi ilkesinin benimsendiği Paris Sözleşmesi’nin Açıklayıcı Metninde⁹¹ de, bu ilke ile “*yasal olarak kimin sorumlu olduğunu belirlemek için karmaşık ve uzun süren dava ile karşı davalardan kaçınma*”nın amaçlandığı zikredilmektedir.⁹²

⁸⁷ Güven (n 59) 96-97; Faure ve Vanden Borre (n 59) 264; Bu çalışmada, işletmeci dışındaki tedarikçi veya tasarımcıların tedarik ettiği şeyi ya da tasarladıkları reaktörü işletmeciye teslim ettikleri anda hukuki hakimiyetlerinin sona ereceği, bu nedenle de işletmeci haricindeki aktörlerin meydana gelebilecek kazalardan sorumlu tutulmasının hakkaniyetli olmayacağı, ayrıca kendisine yönelen tazminat taleplerini savurmak amacıyla işletenin ileri sürebileceği iddiaların tazminat süreçlerini akamete uğratacağı ve hukuki belirsizliklere sebebiyet verebileceği belirtilerek sorumluluğun yönlendirilmesi ilkesinin gerekliliği müdafaa edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal ve Çakır (n 59) 654-655.

⁸⁸ Korkmaz (n 6) 447; İnal (n 9) 39.

⁸⁹ Norbert Pelzer, ‘Nuclear New Build - New Nuclear Law?’, Nuclear Law Bulletin, (2009/2) (84), <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2009/12/nuclear-law-bulletin-volume-2009-issue-2_g1gh9aff/nuclear_law-v2009-2-en.pdf> Date of Access 14 January 2026, 17; İnal (n 9) 38; Schwartz (n 81) 40.

⁹⁰ Korkmaz (n 3) 182; İnal (n 9) 38.

⁹¹ Açıklayıcı Metin, Paris Sözleşmesi’nin şerhi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Korkmaz (n 6) 437, dn. 84.

⁹² Bkz. <https://oecd-neo.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-neo/nlc/doc-2020-1/final?details=true> Date of Access 15 January 2026, 11.

Paris Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Metninde, nükleer zararların tazmini konusunda bu ilkenin kabul edilme sebepleri -aşağı yukarı- bu ilke lehine görüş beyan eden yazarların gerekçeleri ile örtüşecek şekilde ele alınmaktadır. Mezkur metinde, nükleer kazaların doğurduğu zararların boyutu nazara alındığında, bu sorumluluğun nükleer tesis imalatçısı ve tedarikçilerinin üzerinden alınarak, ilgili süjeler yönünden sorumluluk sigortası yaptırma yükünün ortadan kalktığı, böylece mevcut sigorta kapasitesinin işletene yoğunlaştırılmasının olanaklı hale geldiği vurgulanmaktadır. Diğer yandan, mutazarrırların nükleer kazanın meydana gelmesinde asıl kimin sorumlu olduğunu belirlemek için uzun süren karmaşık davalara maruz bırakılmaması da bu ilkenin kabul edilme sebeplerinden bir diğeri olarak gösterilmektedir.⁹³

Hemen ifade etmek gerekir ki, mezkur ilkenin getiriliş sebepleri olarak gösterilen bu iki olgudan ikincisine katılmak kanaatimizce olanaklı değildir. Zira, müteselsil mesuliyetin uygulandığı sorumluluk rejiminde zarar görenlerin sahip olduğu farklı hukuki sebeplerle sorumlu olan kişilerden dilediğine veya aynı anda tamamına -tüm zararını giderme amacıyla- başvurabilme hakkının daha değerli ve lehlerine olduğu açıktır. Her ne kadar, nükleer sorumluluğun tazmini ile ilgili tasarlanan özel hukuki rejimlerde işletenlerin zorunlu mali güvenceye sahip olmaları ve kusursuz sorumluluklarının bulunması nedeniyle rasyonel zarar görenlerin büyük ölçüde işletenlere müracaat edecekleri, yine oldukça teknik bir konu olan nükleer enerji üretiminde diğer aktörlerin kusurlu bulunmadıklarının uzun sürecek yargılamalarla anlaşılabilir olmaları karşısında zarar görenlerin daha fazla mağduriyet yaşayabilecekleri akla gelse de, nükleer hadiselerin doğurduğu zararların büyüklüğü ve işletenlerin sorumluluğunun miktar itibarıyla bir üst hadle sınırlandırılması olguları bir arada değerlendirildiğinde, (özellikle nükleer hadisenin meydana gelmesinde ağır kusurlu olduğu belli olan) işleten dışındaki kişilere müracaatın önüne geçilmesinin zarar görenlerin mağduriyetini gidermeye yönelik bir yaklaşımın ürünü olmadığını kuvvetli bir şekilde düşündürmektedir. Bu bağlamda, mezkur ilkenin esasında, yukarıda da değinildiği üzere nükleer tesis imalat ile tedarikçilerinin ve dolayısıyla nükleer enerji sektörünün korunması amacına hizmet etmek için türetildiğini düşünmekteyiz.

⁹³ Nazlı Çoban, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK M.71'in Karşılaştırılması' (2019) 23 (3-4) EBYÜHFD 361, 388; İnal, (n 9) 38; Arda (n 15) 16-17; Karauz (n 15) 16; Paris Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Metnindeki benzer açıklamalar için bkz. <https://oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-nea/nlc/doc-2020-1/final?details=true> Date of Access 15 January 2026, 11.

Ayrıca öğretilerde, nükleer tesis imalatının karmaşık ve teknik hale gelmesi sebebiyle, imalatçıların nükleer tesisin imalatından kaynaklanan kazalardan vuku bulan zararların tazmininden dahi sorumlu tutulmaması tartışılmakta ve bu durumun adaletsiz olduğu güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır. Hatta bu bağlamda, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinde işlerlik kazanan işletenin üstlendiği zararı kural olarak bir başkasına rücu edemeyeceği yönündeki hukuki neticenin iyi tanımlanmış bir şekilde ve sınırlı durumlarla genişletilebileceği de önerilmektedir.⁹⁴

Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin gerekliliği ve sebepleriyle ilgili tartışma bir tarafa bırakılacak olursa, mezkur ilkenin hukuki sonuçlarının üç temel noktada toplandığını söyleyebiliriz. Kuşkusuz, bu hukuki sonuçlardan en önde geleni, mezkur ilke gereğince nükleer kazalar neticesinde vuku bulan zararların gideriminden yalnızca işletenin sorumlu tutulmasıdır. Bu bağlamda, nükleer zararın meydana gelmesinde işleten dışındaki kişilerin kusuru veya kusursuz sorumluluğu söz konusu olsa bile zarar görenler zararlarının tazminini münhasıran işletenden talep edebileceklerdir. Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin bir diğer hukuki sonucu, işletenin nükleer kaza neticesinde meydana gelen zararları karşılamasına rağmen, ödediği tutarları kural olarak başka kimseye rücu edememesi şeklinde tezahür etmektedir. Dolayısıyla, münhasıran sorumlu tutulan işletenin karşıladığı zararları diğer sorumlulara rücu etmesi kural olarak sınırlandırılmıştır. Nihayetinde, mezkur ilkenin hukuki neticelerinden sonuncusu, nükleer tesis işleteninin nükleer zararların tazmini konusunda genel sorumluluk hukuku rejimindeki kusurlu veya kusursuz sorumluluk rejimine tabi kılınmaması, yalnızca nükleer sorumluluğa ilişkin özel düzenlenen rejime göre sorumlu tutulmasıdır. Genel sorumluluk hukukunda geçerli olan sebeplerin yarışması ilkesinin nükleer zararların tazmininde işlerlik kazanmaması anlamını taşıyan bu hukuki netice nispeten diğerlerine göre daha az ilgi görmektedir. Diğer bir anlatımla, doktrinde nükleer zararların gideriminde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin diğer hukuki sonuçlarına daha fazla dikkat çekilmektedir.

Nükleer kazalar neticesinde ortaya çıkan zararların işletmeciye yönlendirilmesi ilkesinin genel hatlarıyla kavramsal çerçevesini ele almaya çalıştığımız bu kısımdan sonra bir önceki paragrafta değindiğimiz bu ilkenin hukuki neticelerini daha detaylı bir şekilde irdelemeye gayret edeceğiz.

⁹⁴ Bu yöndeki belirlemeler için bkz. Pelzer (n 84) 17.

2. Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Hukuken Yönlendirilmesi İlkesinin Hukuki Sonuçları

a. Sorumluluğun İşletende Toplanması

Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin en göze çarpan sonucu, nükleer kaza neticesinde vuku bulan zararın oluşumunda kusurlu eylemleri ile sorumlu tutulabilecek veya kusursuz sorumluluk halleri nedeniyle mesuliyeti gündeme gelebilecek kişilerin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, münhasıran nükleer tesis işleteninin veya belli koşullarda sigortacısı yahut mali garantörünün sorumlu tutulmasıdır.⁹⁵ Bu husus Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (a) fıkrasında yer alan *"Bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararın tazminini talep etme hakkı, bu Sözleşme uyarınca sadece nükleer zarardan sorumlu olan bir işletene, yahut, ulusal hukuk tarafından, 10 uncu maddeye göre gerekli teminatı sağlayan sigortacı veya diğer malî güvence verenlere karşı doğrudan bir dava hakkı tanınıyorsa, sigortacıya veya diğer malî güvence verenlere karşı kullanılabilir."* şeklindeki düzenlemeyle açıkça hükme bağlanmıştır.⁹⁶

Esasında, yukarıda da değinildiği üzere sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin bu hukuki sonucu, genel sorumluluk rejiminde kabul edilen müteselsil sorumluluk müessesinin önemli bir istisnasını teşkil etmektedir. Hakikaten, birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları durumunda zarar görene dilediği sorumluya karşı tüm zarar tutarınca başvurabilme imkanı sunan müteselsil sorumluluk ilkesinin aksine, nükleer zarara maruz kalan kişiler, sorumluluğun münhasıran işletene yöneltilmiş olması sebebiyle işleten dışındaki kişilere müracaat edemeyecektir. Dolayısıyla nükleer zararın meydana gelmesine kusurlu davranışıyla sebebiyet veren ya da bu zarardan kusursuz sorumluluk prensiplerinden birine göre sorumlu tutulabilen -işleten dışındaki- diğer kişilerden zararların tazmini hukuken olanaklı değildir.

Belki de nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletende toplanması ve diğer kişilerin sorumlu tutulmaması yolundaki hukuki neticenin en çarpıcı uygulaması, Japonya'nın Fukushima Eyaleti'ne bağlı Futaba mevkiinde bulunan nükleer güç santralinde 11 Mart 2011 tarihinde meydana gelen -Richter ölçeği-

⁹⁵ Saruhan (n 38) 38; Güven (n 59) 82; Korkmaz (n 3) 181-182; Schwartz (n 81) 40.

⁹⁶ Mezkur hükmün çevirisi için bkz. Yardım (n 8) 1604.

ne göre 9.0 şiddetindeki- depremde sonra oluşan tsunami sonucunda yaşanan kazada gözlemlenmiştir. Bünyesinde 6 adet ünite bulunan Fukushima Daiichi Nükleer Güç Santralinde 2011 yılındaki deprem meydana geldiğinde sadece ilk üç ünite faal durumdaydı.⁹⁷ Bunlardan birinci ve ikinci ünite General Electric (GE), üçüncü ünite ise Toshiba Corp. isimli firmalar tarafından inşa edilmiş, fakat tüm reaktörler GE tarafından tasarlanmıştı.⁹⁸ Üniteler tasarlanırken yedek güç jeneratörleri ünitelerin bodrum katında konumlandırılmıştır. Deprem sonrasında ortaya çıkan yaklaşık 14 metrelik tsunami dalgaları reaktörlerin soğutulması için çalışması gereken bu jeneratörlere ulaşarak devre dışı kalmalarına neden olmuştur. Neticesinde soğutulmayan reaktörlerde meydana gelen kazada binlerce kişi zarara maruz kalmıştır.⁹⁹ Üstelik 1972 yılında Amerika Atom Enerjisi Komisyonunda görev yapan Stephen H. Hanauer isimli bir güvenlik uzmanının söz konusu ünitelerin kabul edilemez güvenlik riskleri içerdiği için durdurulması yolundaki önerisine¹⁰⁰ ve dahası GE bünyesinde görev yapan üç mühendisin 1976 yılında ünitelerin kazaya sebep olma ihtimalinin yüksek olduğunu belirterek görevlerinden istifa etmelerine rağmen bu kaza yaşanmıştır.¹⁰¹ Buna rağmen, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi gereğince bahse konu kazadan kaynaklı zararların tazmininden Fukushima Nükleer Güç Santral'i'nin işleteni olan Tokyo Elektrik Güç Şirketi (TEPCO) mesul tutulmuş, zararın asıl müsebbibi olduğu anlaşılan nükleer santral imalatçısı GE vuku bulan zararlardan sorumlu tutulmamıştır.¹⁰²

⁹⁷ Eri Osaka, 'Corporate Liability, Government Liability, and the Fukushima Nuclear Disaster', (2012) 21 (3), Washington International Law Journal, <<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1587&context=wilj>> Date of Access 20 January 2026, 451-452; Michael Faure ve Jing Lui, 'The Tsunami of March 2011 and the Subsequent Nuclear Incident at Fukushima: Who Compensates the Victims' (2012-2013) 37 (1) William & Mary Environmental Law and Policy Review, <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=wmelpr>> Date of Access 20 January 2026, 189.

⁹⁸ Osaka (n 92) 451-452.

⁹⁹ Meydana gelen kaza, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA) tarafından Uluslararası Nükleer ve Radyolojik Olay Ölçeğine (INES) göre 7. seviyede tanımlanmıştır. Atmosfere salınan radyoaktif maddenin miktarına göre yapılan bu derecelendirme daha önce Çernobil kazası için verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayça Zorluoğlu Yılmaz, 'Nükleer Santral Kazalarından Doğan Sorumluluk ve Tazminat -Fukushima Daiichi Nükleer Santral Kazası Işığında-' (2021) 11 (2), HHFD 1035, 1039-1040.

¹⁰⁰ Osaka (n 92) 453.

¹⁰¹ Zorluoğlu Yılmaz (n 94) 1038-1039; Osaka (n 92) 453; Faure ve Lui (n 92) 190.

¹⁰² Güven (n 59) 87; Benzer yönde bkz. Faure ve Lui (n 92) 202-203; 2022 yılı itibarıyla Japonya'da bulunan ve Fukushima Daiichi Nükleer Santralinde meydana gelen kazadan kaynaklı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Paris Sözleşmesinde, nükleer kazalar neticesinde vuku bulan zararların tazmini konusunda sorumluluğun münhasıran işletene yöneltileceği kabul edilmiş olmakla birlikte, belli koşullarda mutazarrırlara işletenin sigortacısına da doğrudan müracaat etme imkanı sunulmuştur. Metnine yukarıda yer verdiğimiz Paris Sözleşmesinin 6. maddesinde, bu imkânın, ulusal hukukun doğrudan sigortacıya müracaat etme hakkının tanınması halinde işlerlik kazanacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, nükleer zarara maruz kalanlar, bu zararlarının tazminini nükleer tesis işletenlerin dışında yalnızca ulusal hukukun elvermesi durumunda işletene mali güvence sağlayanlardan ya da sigortacılardan da doğrudan talep edebileceklerdir.¹⁰³ Hemen ifade etmek lazım gelir ki, 7381 sayılı Kanun'un 17. maddesinde, nükleer zarar görenlerin, zararlarının giderimini işletenden talep edebilecekleri gibi sigortacıdan, nükleer sigorta havuzundan ya da diğer teminat verenlerden talep edebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

b. Nükleer Tesis İşletenin Rücu Hakkının Sınırlandırılması

Nükleer zararların tazmininde işlerlik kazanan sorumluluğun münhasıran işletene yöneltilmesi ilkesinin diğer bir sonucu, kural olarak işletenin ödediği zararları bir başka kimseye rücu edememesi şeklinde tezahür etmektedir. Esasında bu durum, nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletene yönlendirilmesi prensibinin altında yatan nükleer üretimde rol alan tedarikçi ve imalatçı gibi diğer aktörlerin sorumluluktan bağışık tutulması şeklindeki temel amacın doğal bir yansımasıdır. Öğretide de işleten haricindeki kimselerin nükleer kazalardan kaynaklanan sorumluluktan beri kılınmasının, işletenin rücu hakkının sınırlandırılmasını gerektirdiği vurgulanmaktadır.¹⁰⁴ Böylece, kural olarak olağan sorumluluk rejiminde işlerlik kazanan müteselsil sorumluluktan farklı olarak, nükleer zararın meydana gelmesine herhangi bir şekilde sebep olanlar ile nükleer tesis işleteni arasında ödenen borcun paylaştırılmasını düzenleyen iç ilişkiden söz etmek olanaklı olmayacaktır.

tazminat davalarına bakan on bölge mahkemesinden altısının hem TEPCO hem de Japon Devletin, dördünün ise sadece TEPCO şirketinin sorumluluğuna hükmettiğine dair tespit için bkz. Zorluoğlu Yılmaz (n 94) 1045-1046; TEPCO firmasının bu kaza üzerine gerçekleştirilen tazmin prosedürüne göre 5 Ocak 2012 tarihi itibarıyla toplamda yaklaşık 140 milyar yen tutarında tazminat ödediğine ilişkin tespit için bkz. Osaka (n 92) 441-442; Ayrıca, 2018 yılı itibarıyla meydana gelen kaza nedeniyle oluşan zararın tahminen 202 milyar dolar düzeyinde olduğu yönündeki belirleme için bkz. Zorluoğlu Yılmaz (n 94) 1044.

¹⁰³ Güven (n 59) 83; Korkmaz (n 6) 447.

¹⁰⁴ Güven (n 59) 83.

Nükleer zararların gideriminde sorumluluğun işletene yönlendirilmesi ilkesinin bu hukuki sonucu, Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (f) fıkrasında hükme bağlanmıştır. Buna göre, işleten sadece; *“nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarar, zarara yol açmak kastıyla gerçekleştirilen bir fiil veya ihmalden kaynaklanmış ise, kasıtlı hareket eden faile”* veya *“ihmal edene veya aralarındaki sözleşmede rücu hakkının açıkça belirtildiği kişilere”* karşı rücu hakkına sahip olmaktadır. Dolayısıyla, mezkur hüküm mucibince, işleten ancak söz konusu zarara kasıtlı sebebiyet veren veya aralarındaki sözleşmeye göre açıkça rücu hakkını saklı tuttuğu kişilere karşı rücu imkanına sahip olabilecektir.

Paris Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Metninde, rücu hakkını yasaklayan kuralın iki istisnası olduğu ve bu istisnalardan ilkinin, nükleer kazadan kaynaklı nükleer zararın bir kimsenin zarar verme kastıyla gerçekleştirdiği eylem ya da ihmalden kaynaklanması halinde işletmecinin bu kimseye karşı sahip olduğu rücu hakkının oluşturduğu vurgulandıktan sonra, kasıtlı zarar veren kimsenin bağlı olduğu işverene karşı bu istisnanın işletilmeyeceği belirtilmektedir.¹⁰⁵ Diğer bir anlatımla, normal şartlarda kendisine bağlı bulunan işçisinin iş görürken -kasıtlı veya başka suretle- meydana getirdiği zararlardan *“adam çalıştırmanın sorumluluğu”* kapsamında mesuliyeti bulunan işverene, nükleer zarara kasıtlı sebebiyet veren işçisinin meydana getirdiği zararlar yönünden rücuda bulunulamayacağı ifade edilmiş, böylece *“adam çalıştırmanın sorumluluğu”* prensibinin işlerlik kazanmayacağı kabul edilmiştir.¹⁰⁶

Bu noktada, işletenin rücu hakkının söz konusu olabilmesi için üçüncü kişilerin kasıtlı eylemlerinin Paris Sözleşmesi'nin 9. maddesinde zikredilen doğrudan silahlı çatışma, iç savaş, ayaklanma veya husumet niteliğinde olmaması gerektiğini vurgulamak lazım gelmektedir. Zira, bu türden eylemlerden ötürü vuku bulan nükleer zararlar dolayısıyla işletenin sorumluluğu söz konusu olmayacağı için rücu hakkından da bahsetmek olanaklı değildir.¹⁰⁷

Nükleer tesis işleteninin rücu hakkını kısıtlayan kuralın ikinci istinasını ise, işletenin aralarındaki sözleşmede açıkça rücu hakkını saklı tuttuğu kişilere karşı -rücu hakkının tanındığı ölçüde- sahip olduğu rücu hakkı teşkil etmektedir. Paris Sözleşmesinden farklı olarak Viyana Sözleşmesinde rücu hakkını saklı tutan

¹⁰⁵ Bkz. <https://oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-nea/nlc/doc-2020-1/final?details=true> Date of Access 25 February 2026, 14

¹⁰⁶ Güven (n 59) 83; Ünal ve Çakır (n 59) 656, dn. 72; Karauz (n 15) 17-18; Arda (n 15) 47.

¹⁰⁷ Korkmaz (n 3) 349-350.

akdin yazılı şekilde yapılması şart koşulmuştur.¹⁰⁸ Bu noktada, işleten ile üçüncü kişiler arasında (söz gelimi tedarikçiler vs.) rücu hakkını saklı tutan sözleşmenin varlığı halinde, işletenin münhasır sorumluluğunun devam ettiği, zarar görenlerin bu kişilere müracaat hakkının bulunmadığı ve bu türden bir sözleşmenin yalnızca rücu hakkını tanıma fonksiyonuna sahip olduğu göz ardı edilmemelidir.¹⁰⁹

Kuşku yoktur ki, Açıklayıcı Metinde de vurgulandığı üzere, işleten ile sigortacı veya mali garantörü arasında yapılan akitte öngörülmüş olması kaydıyla, yukarıda belirtilen rücu haklarının sigortacı ya da mali garantörce halefiyet prensibi gereğince kullanılması mümkündür.¹¹⁰

İşletenin sahip olduğu sınırı rücu hakkı, 7381 sayılı Kanun'un 19. maddesinde Paris Sözleşmesi'ne paralel bir biçimde düzenlenmiştir. Mezkur hükümde, işletenin, nükleer zararın meydana gelmesine kastıyla sebebiyet veren gerçek kişi ile aralarındaki sözleşme gereğince açıkça belirtilmesi kaydıyla sözleşme yaptığı kişiye karşı rücu hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

c. Nükleer Tesis İşletenin Sorumluluğunun Münhasıran Nükleer Sorumluluğa İlişkin Özel Rejime Tabi Kılınması

Nükleer kazalardan kaynaklanan zararların gideriminde sorumluluğun işletene yönlendirilmesi ilkesinin üçüncü ve nihayet sonuncu hukuki neticesi, işletenin nükleer sorumluluğa ilişkin düzenlenen özel hukuki rejime tabi kılınması ve genel hukuki sorumluluk sebebiyle birlikte diğer sorumluluk rejimlerinin dışlanmasıdır. Dolayısıyla, nükleer tesis işleteni dışındaki kişiler nükleer zararlardan mesul tutulmadığı gibi işleten sadece nükleer sorumluluğa ilişkin özel hukuki rejime göre sorumlu olabilecektir.¹¹¹

Esasında bu durum, nükleer sorumluluğa ilişkin özel rejimde işlerlik kazanan ve genel sorumluluk rejiminden ayrılan “sorumluluğun işletene yönlendirilmesi”, “sorumluluğun miktarının sınırlandırılması”, “kusursuz sorumluluk” ve bu ilkelerle bağlantılı olan “zorunlu mali güvence sağlanması” gibi ilkelerin tam anlamıyla tatbikinin teminatıdır. Nitekim, işletenin nükleer sorumluluğa özgü

¹⁰⁸ Güven (n 59) 83.

¹⁰⁹ Karauz (n 15) 18.

¹¹⁰ Bkz. <https://oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-nea/nlc/doc-2020-1/final?details=true> Date of Access 25 February 2026, 14

¹¹¹ Güven (n 59) 84.

rejim dışındaki hukuki sebeplerle de meydana gelen zararlardan sorumlu tutulması, bu ilkelerin uygulanmasının önüne geçilme ihtimalini gündeme getirebilecektir.

Hemen ifade etmek lazım gelir ki, sorumluluğun işletene yönlendirilmesi ilkesinin bu hukuki neticesi, Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (c) fıkrasının (ii) numaralı alt bendinde sarih *"İşletene, bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarar için bu Sözleşme kapsamı dışında hiçbir sorumluluk yüklenmeyecektir."* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Paris Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Metninde de, nükleer tesis işletenin sorumluluğunun yalnızca sözleşmede öngörülen rejimle sınırlı olduğuna dair düzenlemenin izahı yapılırken, *"sözleşme tarafından kurulan üçüncü taraf sorumluluk rejimiin, genel haksız fiil hukuku ile karşılaştırıldığında, münhasır ve kapsamlı nitelikte olduğu, bu nedenle bir işletmecinin sözleşme kapsamı dışında ve genel haksız fiil hukuku çerçevesinde nükleer bir olaydan kaynaklanan nükleer zararlardan dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenemeyeceği"* yönünde belirlemelerde bulunmaktadır.¹¹²

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, nükleer tesis işletenin yalnızca nükleer zararların tazminine dair özel hukuki rejime göre sorumlu tutulabileceği anlaşılmaktadır. Böylece, nükleer zararların gideriminde, özel sorumluluk rejimi genel sorumluluk rejimine göre öncelendiği gibi, genel sorumluluk rejiminde kabul edilen sebeplerin yarışması prensibi de işlevsiz kılınmıştır. Hakikaten, bu hukuki netice nedeniyle, genel sorumluluk rejiminde uygulama alanı bulan sebeplerin yarışması prensibi uygulanamaz hale gelmiştir.¹¹³ Söz gelimi, genel sorumluluk rejimindeki kusurlu sorumluluk hükümleri veyahut genel tehlike sorumluluğu rejimine göre tazmin isteminde bulunulamayacaktır.

3. Sorumluluğun Hukuken Yönlendirilmesi İlkesinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Görünümü

a. Alman Hukukundaki Görünümü

Almanya'da nükleer tesis işletenlerin sorumluluğu 1959 yılında kabul edilen Alman Atom Enerjisi Kanunu (Atomgesetz) ile düzenlenmiştir. Bu yasal dü-

¹¹² Bkz. <https://oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-nea/nlc/doc-2020-1/final?details=true> Date of Access 25 February 2026, 12-13

¹¹³ Güven (n 59) 84-85.

zenleme zaman içerisinde Paris Sözleşmesi'ne paralel olarak bir kısım değişikliklere uğramıştır.¹¹⁴

Anılan Kanun'un ilk halinde sorumluluğun nükleer tesis işletenine yönlendirilmesi ilkesinin yerine sorumluluğun ekonomik olarak yönlendirilmesi esası benimsenmiştir. Bu kapsamda, işletene diğer potansiyel sorumluları kendi sigortası yahut mali güvencesi kapsamına dahil etme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca, zarar görenlerin genel sorumluluk rejimi uyarınca işleten ve diğer kişilere karşı talepte bulunma hakkı saklı tutulmuştur. Esasında Alman hükümeti, bu yasal düzenleme ile koşut olarak Paris Sözleşmesi'ni imzalarken sorumluluğun münhasıran işletene yönlendirilmesi ilkesini öngören düzenlemeye de çekince koymuştur.¹¹⁵

Takip eden 15 yıl boyunca, ekonomik yönlendirme ilkesinin korunması mı yoksa Paris Sözleşmesi'nin hukukî yönlendirme prensibinin mi benimseneceği üzerine yürütülen köklü tartışmalar, Sözleşme'nin Almanya tarafından onaylanmasını geciktirmiştir. Nihayetinde, Paris Sözleşmesi'ndeki saikler baskın gelmiştir. Henüz tam ikna olmamış uzmanlar ise; ekonomik ya da hukukî kanallara etme gibi münferit bir meselenin, Almanya'nın uluslararası bir sorumluluk rejimine erişimine ve Alman mağdurların bu rejimin avantajlarından yararlanmasına engel teşkil etmemesi gerektiği düşüncesiyle yatıştırılmıştır. Almanya, 1975 yılında Paris Sözleşmesi'ni onaylarken çekincesini yenilememiş ve Atom Enerjisi Kanunu'ndaki (Atomgesetz) çelişkili ifadeleri yürürlükten kaldırmıştır. Böylelikle Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesi tam olarak uygulanabilir hale gelmiştir.¹¹⁶

b. İsviçre Hukukundaki Görünümü

İsviçre hukukunda, sorumluluğun hukuken işletene yönlendirilmesi ilkesi, 1983 tarihli mülga Nükleer Enerji Sorumluluk Kanunu'nun (Kernenergiehaftpflichtgesetz) 3. maddesinde -yürürlükteki yasal düzenlemeye nazaran daha açık bir biçimde- ele alınmıştır.¹¹⁷ Mezkur maddede, nükleer zararlardan

¹¹⁴ Almanya'daki nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğuna yönelik mevzuatın tarihsel gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Christian Raetzke, 'Nuclear third party liability in Germany', (2016/1) (97) Nuclear Law Bulletin, <<https://inis.iaea.org/records/21n1j-n4851>> Date of Access 25 February 2026, 10-12.

¹¹⁵ Raetzke (n 109) 14-15.

¹¹⁶ Evelyne Ameye, 'United States and India: Two Nuclear States With Legislation That Truly Holds Responsible Parties Liable in Case of a Nuclear Accident' (2015) 18 (8) Journal of Risk Research 1070, 1072; Raetzke (n 109) 15.

¹¹⁷ 1983 tarihli Nükleer Enerji Sorumluluk Kanunu'nun resmi Almanca metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1983/1886_1886_1886/de> Erişim Tarihi 28 Şubat 2026.

kural olarak tesis işletenin miktar itibarıyla sınırlandırılmaksızın sorumlu olduğu ve yine nükleer maddelerin İsviçre sınırlarından transit geçişi sırasında vuku bulan zararlardan taşıma izni sahibinin sorumluluğunun bulunduğu vurgulandıktan sonra aynı maddenin son fıkrasında bunların dışında kalan kişilerin nükleer zararların gideriminden sorumlu kılınamayacağı hükme bağlanmıştır. Öte taraftan, aynı maddenin dördüncü fıkrasında, işleten ile tesisin malikinin farklı kimseler olmaları halinde, her iki aktörün müteselsilen sorumlu tutulacağı belirtilerek, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinden az da olsa sapılmıştır. Ayrıca, mezkur Kanun'un 19. maddesinde, zarar görenlerin, işletenin yanında sigortacı veya federal hükümete müracaat haklarının bulunduğu belirtilmiştir.¹¹⁸

Mer'i Nükleer Enerji Sorumluluk Kanunu'nda¹¹⁹ ise, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi açık bir şekilde ele alınmamış olmakla birlikte söz konusu yasal düzenlemenin giriş bölümü ile 1. maddesinde, Paris Sözleşmesi'ne yapılan atıflar nazara alındığında, sorumluluğun işletene hukuken yönlendirilmesi ilkesinin geçerli olduğunu söylemek olanaklıdır. Nitekim, gerek İsviçre Federal Enerji Ofisi'nin resmi açıklama metninde¹²⁰ gerekse OECD'ye bağlı Nükleer Enerji Ajansı'nın İsviçre uygulamalarını gösteren raporunda,¹²¹ İsviçre Hukukunda sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin işler olduğu belirtilmektedir.

c. Fransız Hukukundaki Görünümü

Halihazırda 57 adet nükleer güç santrali ile yaklaşık elektrik ihtiyacının % 70'ni nükleer enerjiden temin eden Fransa'da¹²² nükleer kazalardan kaynaklanan sorumluluk hususu ilk olarak Paris Sözleşmesi, Brüksel Ek Sözleşmesi ile bu sözleşmelerin eki protokollere ilaveten 1968 tarihli Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹²³ Mezkur Kanun'un 1. maddesinde, yasadaki düzen-

¹¹⁸ Güven (n 59) 85-86.

¹¹⁹ 01/01/2022 tarihinde yürürlüğe giren Nükleer Enerji Sorumluluk Kanunu'nun resmi Almanca metni için bkz. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/43/de>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2026.

¹²⁰ Bkz. <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/en/home/supply/nuclear-energy/nuclear-energy-liability.html>> Date of Access 28 February 2026.

¹²¹ Bkz. <https://www.oecd-neo.org/upload/docs/application/pdf/2024-05/switzerland_2023_2024-05-21_10-42-0_198.pdf> Date of Access 28 February 2026

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/france>> Date of Access 28 February 2026

¹²³ Mezkur Kanun'un ilk hali için bkz. <[https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=BOYGy4TW2w\\$0oQc2Rd5p&pagePdf=3](https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=BOYGy4TW2w$0oQc2Rd5p&pagePdf=3)> Erişim tarihi 28 Şubat 2026.

lemelerin; Paris Sözleşmesi, Brüksel Ek Sözleşmesi ve bu Sözleşmelere Ek Protokoller uyarınca tarafların inisiyatifine bırakılan tedbirleri belirleme amacını taşıdığı vurgulanmış, 14. maddesinde ise, mutazarrırların doğrudan işletmecinin sigortacısına veya mali garantörüne karşı dava açabileceği ve zararı ödeyen kişilerin yukarıda anılan sözleşmeler mucibince işletmeciye tanınan rücu hakkına sahip olacağı hükmüne bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, mezkur Kanun'da sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi doğrudan düzenleme altına alınmamış olmakla birlikte, Paris Sözleşmesi'ndeki bu düzenlemenin Fransız hukukunda uygulanabilir olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, Paris Sözleşmesi'nde hukuken sorumluluğun yönlendirilmesi ilkesi bağlamında işletmecinin yanında sigortacı ya da mali garantörlerin de doğrudan sorumlu tutulabilmesi hususunda ulusal hukuklara atılan pasın gerekleri yerine getirilmiştir.

Günümüzde, Fransa'da nükleer tesis işletenlerin sorumluluğunun ele alındığı düzenleme Çevre Kanunu'nun (Code de l'environnement) 5. kitabının 9. bölümünün 7. başlığı altında yer almaktadır. Mezkur düzenlemede de, 1968 tarihli Kanun'daki düzenleme ile benzer bir sistem öngörmektedir.¹²⁴ Gerçekten de, anılan düzenlemenin L597-1 maddesinde, bu yasadaki hükümlerin Paris Sözleşmesi, Brüksel Ek Sözleşmesi ve bu Sözleşmelere Ek Protokoller uyarınca tarafların inisiyatifine bırakılan tedbirleri belirleme amacı ile ihdas edildiği belirtilmiş, L597-16 maddesinde de, zarara uğrayanların sigortacı veya mali garantöre de doğrudan müracaat edebileceği ve zarar üstlenen bu kişilerin işletmeciye ait olan zikredilen sözleşmelerde öngörülen rücu haklarına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu bağlamda denilebilir ki, Fransız hukukunda Paris Sözleşmesi'ndeki gibi sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi işlerlik kazanmaktadır.¹²⁵

d. Rus Hukukundaki Görünümü

Çernobil kazasının yaşandığı Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin¹²⁶ dağılmasından sonra kurulan ve bu devletin devamı olarak kabul edilen Rusya'da, nükleer tesis işletenin sorumluluğu halihazırda 1995 yılında yürürlüğe

¹²⁴ Mezkur düzenleme için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074_220/LEGISCTA0000025108604?isSuggest=true&anchor=LEGISCTA0000025108604#LEGISCTA0000025108604> Erişim Tarihi 1 Mart 2026.

¹²⁵ Fransız hukukunda sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin uygulandığı yönündeki tespit için bkz. <https://www.oecd-neo.org/jcms/pl_24181/nuclear-legislation-in-oecd-and-neo-countries-france2011-update> Date of Access 1 March 2026, 38.

¹²⁶ Çernobil kazasının meydana geldiği sırada nükleer tesis işletenin sorumluluğu ile ilgili Sosyal Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde konu ile ilgili herhangi bir özel iç düzenleme bulunmadığı gibi, anılan ülke belli bir uluslararası sözleşmeye de taraf değildi. Bkz. Kocaoğlu (n 7) 53.

giren Nükleer Enerjinin Kullanımına Dair Federal Kanun'da¹²⁷ düzenlenmiştir. Kuşkusuz, Rus hukukunun bu konudaki en önemli kaynaklarından bir diğerini de tarafı olduğu Viyana Sözleşmesi teşkil etmektedir.

Hemen ifade etmek lazım gelir ki, 1995 tarihli Kanun'un 53. maddesi ve devamındaki hükümlerde düzenlenen nükleer tesis işletenlerin sorumluluğu bahsinde açık bir şekilde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesi düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, mezkur düzenlemenin kaleme alınış tarzı ve Rusya'nın tarafı olduğu Viyana Sözleşmesi'nde sorumluluğun hukuken işletene yönlendirilmesi ilkesinin açıkça düzenlenmiş olması karşısında, Rus hukukunda da anılan ilkenin işlerlik kazandığını söylemek mümkündür.¹²⁸

Bu noktada kısaca Viyana Sözleşmesi'nde nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin düzenleniş biçimine kısaca bakmakta fayda bulunmaktadır. 1963 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 2. maddesinin beşinci fıkrasında açık bir biçimde, aksi belirtilmedikçe nükleer zarardan işleten dışında hiç kimsenin sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Keza Paris Sözleşmesi ile uyumlu olacak şekilde, aynı maddenin yedinci fıkrasında, ulusal hukuk elverdiği ölçüde işletene mali güvence sağlayan kişilere karşı da sorumluluk yöneltilebilecektir.¹²⁹ Hemen ifade etmek lazım gelir ki, Paris Sözleşmesi'nden farklı olarak nükleer tesis işletenlerin nükleer zararlardan yalnızca sözleşmede öngörülen hukuki prosedüre göre sorumlu tutulabileceği yolundaki açık hüküm Viyana Sözleşmesi'nde yer almamaktadır. Bununla birlikte, bu husus Açıklayıcı Metin'de vurgulanmaktadır.¹³⁰ Nihayetinde, Viyana Sözleşmesi'nin 10. maddesinde, sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesinin hukuki sonuçlarından bir diğerini teşkil eden rücu hakkının sınırlandırılması hususunun düzenleme altına alındığı görülmektedir. Mezkur hükme göre, işleten ancak söz konusu zarara kasıtlı sebebiyet veren veya aralarındaki sözleşmeye göre açıkça rücu hakkını saklı tuttuğu kişilere karşı rücu imkanına sahip olabilecektir.

¹²⁷ Anılan Kanun'un İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.oecd-neo.org/jcms/pl_23976/russia-federal-law-no-170-of-21-november-1995-on-the-use-of-atomic-energy> Date of Access 1 March 2026.

¹²⁸ Andrey Shkarbanov, 'Civil Liability for Nuclear Damage in the Legislation of the Russian Federation', <<https://www.oecd-neo.org/ndd/workshops/nuclearcomp/presentations/documents/Rosatom-OECD-NEALiabilityWorkshop-December2013.pdf>> Date of Access 1 March 2026, 6; Ayrıca benzer yöndeki tespitler için bkz. Güven (n 59) 87-88.

¹²⁹ Viyana Sözleşmesi'nin güncel metni için bkz. <https://www.iaea.org/sites/default/files/gc/gc41inf-13-add1_en.pdf> Date of Access 2 March 2026

¹³⁰ Güven (n 59) 84.

e. Japon Hukukundaki Görünümü

Japon hukukunda, nükleer tesis işletenlerin hukuki sorumluluğu temel olarak 1961 yılında yürürlüğe konulan Nükleer Zararların Tazminine Dair Kanun¹³¹ ile 2015 yılında kabul edilip yürürlüğe konulan Nükleer Zararların Ek Tazminine Dair Sözleşme hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.¹³²

1961 tarihli Kanun'un "Nükleer Zararlardan Sorumluluk" başlıklı ikinci bölümü altında yer alan 4. maddenin ilk fıkrasında nükleer zararlardan tesis işleteni dışında hiç kimsenin sorumlu tutulmayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, mezkur Kanun'un 5. maddesinde, nükleer zararı karşılayan işletenin bu zararın meydana gelmesinde kasten etkide bulunan gerçek ya da aralarında özel bir sözleşme akdettiği gerçek veyahut tüzel kişilere rücu hakkına sahip olduğu düzenlenmiş, böylece rücu hakkı sınırlandırılmıştır.¹³³

Anılan Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, 1994 yılında yapılan değişiklikle Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun nükleer zararlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüş, bu suretle sorumluluğun hukuken işletene yönlendirilmesi ilkesi pekiştirilmiştir. Zira, Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun uygulanması nükleer zararların meydana gelmesinde etkisi bulunan tedarikçi ve santral üreticilerinin de mesuliyetini gündeme getirebilecektir.¹³⁴

Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun hukuken işletene yönlendirilmesi ilkesinin en tipik uygulaması Japonya'da vuku bulmuştur. Yukarıda ayrıntılarına yer verdiğimiz Fukushima Nükleer Güç Santrali'nde meydana gelen kazada santral tasarımcısı olan GE şirketinin kusuru bulunmasına rağmen zararların tazmini bu tesisin işleteni olan TEPCO firması ile devletten tazmin edilmiştir.¹³⁵

D. Nükleer Zararların Tazmininde Sorumluluğun Ekonomik Olarak Yönlendirilmesi İlkesi

Amerikan hukukunda işlerlik kazanan sorumluluğun ekonomik olarak yönlendirilmesi ilkesi, esas olarak 1957 yılında yürürlüğe konulan Price-

¹³¹ Anılan Kanun'un İngilizce metni için bkz.: 'Law on Compensation for Nuclear Damage No. 147, 17 June 1961, As Amended by Act No. 134 of 2014' (2015/1) (95) Nuclear Law Bulletin, 119-129.

¹³² Korkmaz (n 3) 452-453; Mezkur Sözleşme ile ilgili bkz. dn. 5.

¹³³ Benzer yöndeki tespitler için bkz. Faure ve Lui (n 59) 172; Güven (n 59) 86-87.

¹³⁴ Bkz. <https://www.oecd-neo.org/jcms/pl_24201/nuclear-legislation-in-oecd-and-neo-countries-japan-2024-update> Date of Access 3 March 2026 14

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Zorluoğlu Yılmaz (n 94) 1045-1046.

Anderson Yasası'nda düzenlenmektedir. Zikredilen Yasa'da, olası nükleer kazalardan kaynaklanan zararların giderimi için gerekli olan mali güvenceyi sağlama mükellefiyeti tesis işletenine yüklenmektedir.¹³⁶ Bunun dışında, sorumluluğun hukuken işletene yönlendirilmesi gibi bir hüküm yer almamaktadır. Diğer bir anlatımla, Price-Anderson Yasası'na göre, nükleer zarara maruz kalanlar tesis işletenin yanında diğer aktörlere de doğrudan doğruya dava açabilmekte, fakat nükleer tesis işletenin dışında kalan aktörler, tesis işletenin sağladığı mali güvenceden istifade edebilmektedir.¹³⁷ Eş söyleyişle, mutazarrırlarca hukuken sorumlu tutulan işleten dışındaki aktörler, nihayetinde işletenin mali güvencesinden istifade ederek ekonomik olarak sorumluluktan kurtulmaktadır. Keza, bu ilke mucibince sorumluluğu ekonomik olarak üstlenen nükleer tesis işleteni, üstlendiği zararların tazminini diğer sorumlulara rücu edebileceği gibi zarar görenler genel sorumluluk rejimine göre zararlarının tazminini talep edebilmektedir.¹³⁸

Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun ekonomik olarak yönlendirilmesi prensibinin en güzel örneğini Amerika Birleşik Devletleri'nin Pennsylvania Eyaleti'ne bağlı Three Miles Adası'nda bulunan nükleer güç santralinde meydana gelen kaza¹³⁹ sonrasındaki sorumluluk uygulaması teşkil etmektedir. Gerçekten, bu tesiste meydana gelen kaza neticesinde sorumluluğun ekonomik olarak yönlendirilmesi ilkesi işlerlik kazanmıştır. Bu suretle nükleer kazadan zarar görenlerce hem nükleer tesis işletenine hem de tasarımcı ile yükleniciye karşı dava açılmış ve açılan bu davalarda nükleer tesis işleteni, tesis tasarımcısı ile yüklenicisi tek bir hukuk firması tarafından temsil edilmiştir.¹⁴⁰ Bu kazada, nükleer tesisi işleten Metropolitan Edison firması, tesisin tasarımcısı olan Babcock & Wilcox firmasına karşı rücu hakkına başvurmuş, fakat bu iki firma uzlaşma yoluyla aralarındaki ihtilafı çözüme kavuşturmuştur.¹⁴¹

¹³⁶ Korkmaz (n 3) 429.

¹³⁷ Faure ve Vanden Borre (n 59) 264-265.

¹³⁸ Ameye (n 111) 1074; Güven (n 59) 94.

¹³⁹ Kaza teknik olarak meydana geliş sebepleri hakkında bkz. <<https://www.afad.gov.tr/kbrn/three-mile-island-kazasi>> Erişim Tarihi 4 Mart 2026.

¹⁴⁰ Faure ve Vanden Borre (n 59) 241-242; Güven (n 59) 94.

¹⁴¹ Ameye (n 111) 1075.

Sonuç

İnsanlığın son demlerinde meydana gelen olağanüstü teknolojik gelişmeler enerjiye olan ihtiyacı daha da arttırmıştır. Bu kapsamda, bilhassa 20. yüzyıldan beri daha verimli ve çevreye az zararlı olan enerji kaynaklarına yönelim görülmektedir. Bu yönelim, nükleer enerji özelinde de kendisini göstermiştir. Ancak, nükleer enerji fosil kaynaklardan elde edilen enerjiye nazaran çok daha verimli ve normal işleyişte enerji üretimi sırasında çevreye daha zararsız olmasına rağmen, kaza meydana gelmesi durumunda dramatik düzeyde sonuçlara neden olabilmektedir. Bunun da ötesinde, nükleer enerji üretimi sırasında meydana gelebilecek kazaların etkisi ülkelerin kolaylıkla ulusal sınırlarını aşabilecek düzeydedir. İşte bu nedenledir ki, nükleer enerji üretiminde meydana gelebilecek kazalardan kaynaklanan zararların tazmini hususu uluslararası ve ulusal platformlarda tartışılmış, nihayetinde uluslararası düzlemde Paris ve Viyana Sözleşmeleri ile Nükleer Zararların Ek Tazminine İlişkin Sözleşme kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Doğrudan doğruya nükleer zararların giderimi için ulusal hukuklarda uygulama kabiliyeti bulunan bu sözleşmelerde nükleer zararların tazmini ile ilgili özel hukuksal rejim öngörülmüştür. Bu rejimin, genel sorumluluk rejiminden ayrıldığı yönlerden biri de sorumluluğun nükleer tesis işletenine yönlendirilmesi ilkesidir.

Doktrinde “münhasır sorumluluk” şeklinde de kavramlaştırılan bu ilke, sorumluluğun hukuken ve ekonomik olarak yönlendirilmesi şeklinde ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden sorumluluğun hukuken yönlendirilmesi ilkesine göre, meydana gelen nükleer zararların tazmininden kural olarak sadece işleten sorumlu tutulabilmektedir. Aslen nükleer tesis tasarımcıları ile tedarikçilerinin sektörde varlığını kolaylaştırmak amacıyla türetildiği izlenimini yaratan bu ilke sayesinde, nükleer kazaların meydana gelmesine etki edip etmediğine bakılmaksızın diğer tüm aktörlerin sorumluluğu kaldırılmaktadır. Böylece, genel sorumluluk rejiminde işlerlik kazanan müteselsil sorumluluk müessesesi nükleer zararların tazmini bağlamında uygulanamaz hale gelmektedir. Keza, nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletene yönlendirilmesi ilkesi mucibince zararı gideren nükleer tesis işletenin rücu hakkı da kural olarak sınırlandırılmaktadır. Buna göre, zararı ödeyen nükleer tesis işleteni ancak zarara kastıyla sebebiyet veren ya da özel sözleşmeyle rücu hakkını saklı tuttuğu kişilere rücuda bulunabilecektir. En nihayetinde, sorumluluğun işletene yönlendirilmesi ilkesi, zarar görenlerin nükleer sorumluluğa ilişkin özel rejim dışındaki sorumluluk sebeplerine müracaat edilmesini de yasaklamaktadır. Bu durum, genel sorumluluk rejiminde uygulama alanı bulan sebeplerin yarışması ilkesinin önemli bir istisnasını teşkil etmektedir.

Esasen, yazınsal eserlerde sorumluluğun nükleer tesis işletenlerine yönlendirilmesi ilkesinin varlık sebebi olarak iki husus dile getirilmektedir. Bunlar; işleten dışındaki kişilerin sigorta yaptırmaya zorunluluğunun önüne geçilmesi, bu suretle nükleer sorumluluk sigortası havuzunun verimli bir şekilde kullanılması ve son tahlilde nükleer enerji üretimindeki maliyetlerin düşürülmesi ile nükleer zarar görenlerin asıl sorumlunun tespiti için karmaşık dava yüklerinden kurtarılması şeklinde ifade edilmektedir. Oysa hemen belirtmek gerekirse, kanaatimizce bu ilkenin asıl varlık sebebi, nükleer zarar görenlerin karmaşık dava yüklerinden kurtarılmasından ziyade nükleer tesis işleteni dışındaki tedarikçi ve tesis tasarımcıları gibi aktörlerin ve dolayısıyla nükleer enerji sektörünün korunmasıdır. Nitekim, nükleer tesis işleteninin kusursuz ve müteselsilen sorumlu tutulduğu bir sistemde, rasyonel zarar görenlerin başka bir aktöre başvurmak için gereksiz araştırma yüküne girmeyeceği ve her halükarda nükleer tesis işletenine yöneleceği açıktır. Bu yönüyle, işletenin rücu hakkının sınırlandırılması suretiyle diğer aktörlerin sorumluluktan bağışık tutulması nükleer zararların gideriminde sorumluluğun yönlendirilmesi ilkesinin önemli bir yönünü teşkil etmektedir.¹⁴² Buna rağmen, nükleer zararların gideriminde kabul gören bu ilkenin gerekli olduğu fikrini paylaşmaktayız. Gerçekten, nükleer enerji sektörünün gelişmesinde ve devamlılığında bu ilkenin varlığı hayati rol oynamaktadır. Aksi halde, nükleer tesis işletenlerinin dışında kalan aktörlerin sektöre girişi olanaklı olmayacak, nükleer enerji üretiminde oldukça önemli aksamalar vuku bulabilecektir. Ancak, işleten ile işleteme sahibinin ayrı kişiler olması halinde işletenin yanında işletme sahibinin de nükleer zarardan sorumlu tutulması¹⁴³ ve işletenlerin rücu hakkının nükleer kazaların meydana gelmesine önemli ölçüde katkı sunan diğer aktörlere yönelik olarak teşmil edilmesi daha hakkaniyetli olabileceği¹⁴⁴ gibi münhasır sorumluluğun varlık sebebi ile çelişmeyecektir.

¹⁴² Benzer şekilde münhasır sorumluluğun kabul edildiği deniz ve çevre hukuku disiplinlerinde, sorumluluğun yönlendirildiği gemi malikinin rücu hakkının korunduğuna yönelik açıklamalar için bkz. Ünal ve Çakır (n 59) 651, dn. 51.

¹⁴³ 7381 sayılı Kanun'un yürürlükte olmadığı dönemde Türk hukukunda benzer bir çözümleme yapan görüş için bkz. Çoban (n 88) 391-392.

¹⁴⁴ Nükleer zararların tazmininde sorumluluğun işletene yöneltilmesi ilkesinin kabul edilmesinin yanında rücu hakkının sınırlandırılmadığı bir sistemin 'olması gereken hukuk' bağlamında daha isabetli olduğu yönündeki görüş için bkz. Ünal ve Çakır (n 59) 661; Ancak, bu görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Nitekim, rücu hakkının saklı tutulması halinde nükleer enerji sektöründe ciddi aksamaların olacağı kanaatini paylaşmaktayız.

Kaynakça

- Ameye E, 'United States and India: Two Nuclear States With Legislation That Truly Holds Responsible Parties Liable in Case of a Nuclear Accident' (2015) 18 (8) Journal of Risk Research 1070-1082
- Antalya OG, *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,2 (2. Baskı, Seçkin 2019)
- Arda A, 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi Kapsamında Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2005)
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Aydoğdu M, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu* (Adalet 2009)
- Başoğlu B, 'Nükleer Santral İşletenlerin Hukuki Sorumluluğu' (2018) 16 (187) LHD 3209-3249
- Buz V, 'Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler' (2013) 29 (2) BATİDER 19-57
- Çetiner B, Furrer A ve Müller-Chen M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021)
- Çoban N, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK M.71'in Karşılaştırılması' (2019) 23 (3-4) EBYÜHFD 361-398
- Dalcı Özdoğan N, *Müteselsil Sorumluluk*, (Seçkin 2015)
- Doğan E, 'TBK m. 60'ın 'Iura Novit Curia' İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi', (2023/1) (70) AD 305-343
- Ege A, *Nükleer Enerji Atomdan Elektriğe Sağlıktan Silaha* (Hece Yayınları 2019)
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975)
- -- *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Yetkin 2024)
- Erişgin N, 'Tehlike Bağlı' (2000) 49 (1) AÜHFD 137-154
- Faure M ve Lui J, 'The Tsunami of March 2011 and the Subsequent Nuclear Incident at Fukushima: Who Compensates the Victims' (2012-2013) 37 (1) William & Mary Environmental Law and Policy Review, <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=wmelpr>> 129-218
- Faure M ve Vanden Borre T, 'Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes' (2008-2009) 33 (1) William & Mary Environmental Law and Policy Review, <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=wmelpr>> 219-286

- Gioia A, 'Demege Giving Rise to Compensation Under the International Nuclear Liability Regime' in *Nuclear Law Institute a Collective View on a Decade of Capacity Building and Development in Nuclear Law* (IAEA 2022) 140-155
- Güven K, 'Karşılaştırmalı Hukukta Nükleer Santrallerden Kaynaklanan Zararlardan Hukuki Sorumluluk' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2017)
- İnal A, 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması' (Uzmanlık Tezi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu 2017)
- Karauz AK, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (2014) (1) NBD 1-40
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan 2021)
- Kocaoğlu NK, 'Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi' (2010) (2) ABD 33-112
- Korkmaz F ve Sarkurt G, 'Uygun İliyet Bağ Teorisinde Önceden Tahmin Görüşü ile Sonradan Tahmin Görüşünün Mukayesesi' (2025) 31 (2) MÜHFHAD 1447-1484
- Korkmaz Z, 'Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nun Mukayese ve Değerlendirmesi' (2023) 13 (1) SDÜHFD 417-500
- --, *Nükleer Enerjinin Uluslararası Hukuku* (Adalet 2024)
- Korkusuz M H, *Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2012)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (10. Baskı, Vedat Kitapçılık 2013)
- Osaka E, 'Corporate Liability, Government Liability, and the Fukushima Nuclear Disaster', (2012) 21 (3), *Washington International Law Journal*, <<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1587&context=wilj>> 433-459
- Pelzer N, 'Nuclear New Build - New Nuclear Law?', *Nuclear Law Bulletin*, (2009/2) (84), <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2009/12/nuclear-law-bulletin-volume-2009-issue-2_g1gh9aff/nuclear_law-v2009-2-en.pdf> 5-21
- Raetzke C, 'Nuclear third party liability in Germany', (2016/1) (97) *Nuclear Law Bulletin*, <<https://inis.iaea.org/records/21n1j-n4851>> 9-33
- Saruhan ED, *Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Nükleer Risk Sigortaları*, (On İki Levha 2024)
- --, 'Türkiye'de Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Yasal Çerçeve: 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu' (2025) (180) TBBD 69-109
- Schwartz JA, 'International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl', *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD 2006, <<https://www.oecd-neo.org/upload/docs/application/pdf/2019-12/nea6146-iaea-chernobyl.pdf>> 37-72

- Shkarbanov A, Civil Liability for Nuclear Damage in the Legislation of the Russian Federation, <<https://www.oecd-neo.org/ndd/workshops/nuclearcomp/presentations/documents/Rosatom-OECD-NEALiabilityWorkshop-December2013.pdf>> 1-18
- Tiftik M, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı* (Yetkin 1994)
- Ünal A ve Çakır N, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu Bağlamında Sorumluluğun İşletene Kanalize Edilmesi' (2025) (75) AD 639-664
- Yardımlı B, '28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol, 16 Kasım 1982 Tarihli Protokol ve 12 Şubat 2004 Tarihli Protokol ile Değişikliğe Uğrayan 29 Temmuz 1960 Tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme (Paris Sözleşmesi) - Güncel Gelişmeler ve Alternatif Bir Çeviri ile Birleştirilmiş Sözleşme Metni' (2022) 71 (4) AÜHFD 1589-1617
- Zorluoğlu Yılmaz A, 'Nükleer Santral Kazalarından Doğan Sorumluluk ve Tazminat - Fukushima Daiichi Nükleer Santral Kazası Işığında-' (2021) 11 (2), HHFD 1035-1077

Elektronik Kaynaklar

- <https://digitalcommons.law.uw.edu/>
- <https://oecd-neo.org/>
- <https://oecd-neo.org/>
- <https://scholarship.law.wm.edu/>
- <https://world-nuclear.org/>
- <https://www.afad.gov.tr/>
- <https://www.bfe.admin.ch/>
- <https://www.fedlex.admin.ch/>
- <https://www.iaea.org/>
- <https://www.legifrance.gouv.fr/>
- <https://www.oecd.org/>
- <https://www.tbmm.gov.tr/>

İş Sözleşmesinde İşçiye Konut Sağlanması: Hukuki Esaslar ve Sonuçları^(*)

Doç. Dr. Sevil DOĞAN^(**)

Öz

İşyerinin merkezî yaşam alanlarına uzak olması, çalışma sürelerinin farklılık göstermesi, iş görme ediminin işyeriyle yakın ilişki içinde bulunması veya bunun yalnızca bir yan hak olarak kararlaştırılması gibi sebeplerle işverenler, iş sözleşmesi kapsamında işçiye konut sağlayabilmektedir. İşçi açısından barınma ihtiyacını karşılayan bu uygulama, işveren bakımından ise işçinin daha verimli çalışmasına katkı ve ulaşım için harcanan zamanın ortadan kalkması gibi avantajlar sağlamaktadır. İşveren tarafından konut sağlanmasının en bilinen örneği konut kapıcılığı olmakla birlikte, uygulamada inşaat sektöründe şantiye şefleri, üst düzey yöneticiler, spor kulüplerine transfer olan profesyonel sporcular, bakım sektöründe çalışan bakıcılar ve tarım işçileri de bu imkândan yararlanabilmektedir. Konut tahsisi, bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılabileceği gibi toplu iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması yoluyla da düzenlenebilmektedir.

İşverence işçiye herhangi bir bedel talep edilmeksizin sağlanan konut, işçinin fiilen iş görme edimine bağlı olmayan ve devamlılığı iş sözleşmesine bağlı bulunan bir yan menfaat niteliğindedir. Bu sebeple iş sözleşmesi sürdüğü müddetçe işçinin konuttan yararlanma hakkı devam eder. İşveren tarafından sağlanan yerin konut olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle işçinin özel yaşamını sürdürebileceği, tamamen kendisinin veya ailesiyle birlikte kullanımına bırakılmış bir alan olması gerekir. Bu bağlamda konut, insan yaşamını sürdürebilmeye elverişli, insan onuruna uygun ve işçinin günlük

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 20.05.2026.

Atıf Şekli: Sevil Doğan, 'İş Sözleşmesinde İşçiye Konut Sağlanması: Hukuki Esaslar ve Sonuçları' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 731,785.

DOI: 10.52273/sduhfd..1908162.

^(**) İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye.

E-posta: sevil.dogan@bakircay.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-3734-6190.

ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelikte olmalıdır. İşverenin işçiyi gözetme borcu ve dürüstlük kuralı, sağlanacak konutun niteliğinin belirlenmesinde de yol gösterici olacaktır.

İş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte işçinin konutu tahliye etme yükümlülüğü doğar. İşçinin tahliye yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde, işçi haksız zilyet durumuna düşer ve işveren, haksız zilyede karşı tanınan hukuki koruma yollarına başvurabilir.

Anahtar Kelimeler

Konut, İş Sözleşmesi, Özel Hayatın Gizliliğı, Grev ve Lokavt, Haksız Zilyet.

Providing Housing to Employees Under an Employment Contract: Legal Principles and Consequences

Abstract

Due to factors such as the workplace being located far from central residential areas, variations in working hours, the close connection between the performance of work and the workplace, or the arrangement of housing merely as a fringe benefit, employers may provide housing to employees within the scope of the employment relationship. While this practice satisfies the employee's need for housing, from the employer's perspective it contributes to increased efficiency and offers advantages such as eliminating time spent commuting. The most well-known example of employer-provided housing is that of a residential building caretaker. However, in practice, construction site managers in the construction sector, senior executives, professional sport players transferred to sports clubs, caregivers in the care sector, and agricultural workers may also benefit from this arrangement. The allocation of housing may be agreed upon through an individual employment contract, or it may be regulated by a collective bargaining agreement or established workplace practice.

Housing provided by the employer without requesting any payment from the employee constitutes a fringe benefit that is not directly dependent on the actual performance of work but whose continuation is contingent upon the existence of the employment relationship. Accordingly, the employee's right to benefit from the housing continues for as long as the employment relationship persists. In order for the premises provided by the employer to be regarded as housing, it must first and foremost be a space allocated exclusively for the employee's use-either alone or with their family-where they can maintain their private life. In this context, housing must be suitable for sustaining human life, consistent with human dignity, and capable of meeting the employee's daily needs. The employer's duty of care toward the employee and the principle of good faith also serve as guiding principles in determining the quality and standards of the housing to be provided.

Upon termination of the employment relationship, the employee becomes obligated to vacate the housing. If the employee fails to fulfill this obligation, they will be deemed an unlawful possessor, and the employer may resort to the legal remedies available against unlawful possessors.

Keywords

Housing, Employment Contract, Right to Respect for Private Life, Strike and Lockout, Unlawful Possessor.

Extended Summary

Employment relationships are inherently connected to the personality and personal life of the employee and therefore possess a distinctly personal character. For this reason, employers may provide certain additional benefits to enable employees to maintain their livelihood. When the workplace is located far from central living areas, when working hours differ from ordinary patterns, when the performance of work is closely linked to the employer's own living space, or simply as a fringe benefit, employers may provide housing to employees within the scope of the employment relationship.

Where housing is provided within the framework of the employment relationship, the typical nature of the contract is affected. In the existence of a housing-inclusive employment contract, the employer's obligation is not limited to paying wages but also includes providing housing. In this sense, the relationship reflects certain characteristics of a lease contract, as it includes the obligation to allow the employee to benefit from the dwelling. In legal doctrine, it has been argued that an employment relationship involving the provision of housing constitutes a dual-typed mixed contract; however, due to the dominant nature of the employment relationship, the rules governing employment contracts should apply. By contrast, if housing is provided within the employment relationship and no payment is required from the employee, it is considered a benefit granted as part of the employment contract.

In order for a place provided by the employer to be regarded as a dwelling, it must first and foremost constitute an area in which the employee can maintain his or her private life and which is allocated entirely to the individual or to the employee together with family members. The dwelling must be suitable for sustaining human life, compatible with human dignity, and capable of meeting the employee's daily needs. The employer's duty of care and the principle of good faith are decisive in determining the quality of the housing to be provided. Although Turkish legislation does not contain a comprehensive and specific regulation concerning housing provided within employment relationships, certain individual provisions exist.

Where the housing provided to the employee is located within the physical boundaries of the workplace, certain legal issues arise that require careful resolution. In such cases, it must be determined whether the dwelling forms part of the work organization. Article 2 of the Labour Act No. 4857 defines certain annexes of the workplace, including dormitories and sleeping quarters where employees collectively stay, as parts of the workplace. Such areas do not qualify as dwellings in the legal sense. In practice, especially in construction work, employees are often provided with space within the construction site; however, it is not possible to regard such site housings as dwellings. The decisive factor is the existence of a place allocated to the employee's use that is not organized as part of the work structure. Therefore, collectively used sleeping areas and dormitories do not possess the legal character of housing.

If the housing provided by the employer is situated within the workplace boundaries, it is inevitable that the employer may have greater opportunities to monitor aspects of

the employee's private life. For example, if the employer monitors the workplace by means of cameras for security purposes, this may indirectly result in the monitoring of the dwelling provided to the employee within the workplace premises and enable the employer to acquire indirect information about the employee's private life. It is therefore essential to recognize that the dwelling provided to the employee falls outside the employer's managerial authority. As long as the employee does not act in violation of workplace order or disturb colleagues residing in other employer-provided housing, the employer should not issue instructions concerning the employee's personal life within the dwelling. Nor should such conduct constitute grounds for termination of the employment contract. Instructions prohibiting the employee from consuming alcohol in the dwelling, meeting certain individuals, or inviting guests would amount to a disproportionate interference with the employee's private life, which encompasses personal development and social interaction. Such restrictions would violate the employee's right to personal development and autonomy.

Article 69 of the Trade Unions and Collective Bargaining Agreements Act No. 6356 regulates the status of employer-provided housing in cases where the employment contract is suspended due to a lawful strike or lockout. According to this provision, the employer may not require an employee who exercises the right to participate in a lawful strike to vacate the provided dwelling. However, during the strike or lockout period, the employer may request from employees residing in such housing the costs of maintenance, water, gas, electricity, heating, and a fair rental value. Preventing the employee from benefiting from employer-provided housing during the exercise of the lawful right to strike or lockout could constitute an obstacle to the effective use of that right. Therefore, the legislative solution appears to strike a fair balance between the interests of the parties.

Since housing provided within the employment relationship is continuous in nature, the employee benefits from it throughout the duration of the employment. As housing is considered part of the employment contract, the employee must vacate the dwelling upon termination of the employment relationship. The manner and timing of evacuation may be regulated by the employment contract or by a collective bargaining agreement. Unless otherwise stipulated, the right to use the dwelling ends simultaneously with the termination of employment. Upon termination, the employer's obligation to provide housing ceases automatically without the need for a separate notice of termination.

If the employee fails to vacate the dwelling after the employment relationship has ended, he or she becomes an unlawful possessor, and the employer may resort to legal remedies aimed at protecting property rights. In this context, the employer may claim compensation based on tort or file an action for the prevention of unlawful interference. If the employee pays rent in return for the dwelling, the employer may also rely on eviction procedures specific to lease law. This raises the question of jurisdiction.

Giriş

İşçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Bununla birlikte iş ilişkilerinin işçinin kişiliği ve yaşamı ile yakından ilgili olması sebebiyle işverenin işçinin yaşamını idame ettirebilmesi için konut gibi ek birtakım menfaatler sunması söz konusu olabilmektedir. İşverenin konut sağlamasının sebepleri genellikle işyerinin merkez yaşam alanlarına uzak oluşu, işçinin çalışma sürelerinin farklı olması, iş görme ediminin işverenin yaşam alanı ile yakından ilgili olması, kira bedellerinin yüksek olduğu yerlerde işçiye işe özendirmek olabilmektedir. Özellikle işçiler açısından barınma sorununun çözümünü sağlayan bu husus, işverenler açısından da işçinin daha verimli çalışmasını ve yolda geçirdiği sürelerin ortadan kalkmasını sağlamaktadır¹. İşverenin iş sözleşmesi kapsamında işçiye konut sağlamasının en bilinen örneği, konut kapıcılarının iş ilişkileri olsa da uygulamada sadece konut kapıcıları değil inşaat işlerinde şantiye şefleri, üst düzey yöneticiler, spor kulübüne transfer olan profesyonel sporcular, bakım sektöründe bakıcılar, tarımda çalışanlar da bu imkândan faydalanabilmektedir². İşverenin işçiye konut sağlaması iş sözleşmesi ile kararlaştırılabileceği gibi toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri uygulamasının sonucu da olabilmektedir.

I. İşçiye Konut Sağlanmasının Hukuki Niteliği

A. İşçiye Sağlanan Yerin Konut Vasfı ve Sahip Olması Gereken Özellikler

1. Konutun Niteliği

Konut kavramı sözlük anlamı olarak, insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer; mesken, ikametgâhı ifade etmektedir³. İşçiye işverence sağlanan

¹ Erdem Erdenk, *İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler* (Legal Yayıncılık 2008) 124.

² Franz Jürgen Sacker, Roland Rixecker ve Harmut Oetker (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht- Besonderer Teil II, § § 535-630* (9. Auflage, C.H. Beck 2023) BGB 576b para 3-4. Uygulamada en sık görülen konutlu iş sözleşmeleri konut kapıcılarına ilişkindir. Konut kapıcıları, 1475 sayılı İş Kanunu ile kanun kapsamına alınmıştır. Konut kapıcıları ve çalışma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Uşan, 'İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Konut Kapıcıları (1994 Tarihli Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Bireysel ve Toplu İş Hukuku ile Sosyal Sigortalar Hukuku ile Kapıcı Eşine Yardım Eden Kişinin Niteliği ile İlgili Bir Değerlendirme)' (1999) 5 (1) Kamu-İş 63, 65; Ender Demir, 'Bireysel İş Hukuku Bakımından Konut Kapıcılarının Hakları' (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Ünv. Hukuk Fakültesi Dergisi 577, 578; Ertuğrul Yuvalı, 'Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları' (2017) 14 (56) LİSGHD 1741, 1743; Nihat Seyhun Alp, 'Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması' (2020) 10 (2) Akd. Ünv. Hukuk Fak. Dergisi 251, 252; Ruveyda Yaşar, 'Türk Hukukunda Konut Kapıcılığı' (Yükseklisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2025), 46 vd.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Nisan 2026.

konuttan anlaşılması gereken ise işçinin kendisinin veya ailesinin birlikte yaşayabileceği bağımsız bir yerdir. İşverenin sağladığı konut, bağımsız bölüm, oda, kulübe, yatakhane biçiminde olabilecekse de işçinin yaşamına özgülenen bir yer olması esastır⁴. Yaşama özgülenen yer, işçinin kendisi ve/veya ailesinin barınma ihtiyaçlarını karşılamak üzere tasarlanmış bir mekân olup yaşamını idame ettirdiği, yemek, çamaşır, uyku, kişisel hijyen gibi temel ihtiyaçlarını karşıladığı yeri ifade etmektedir⁵. Kanaatimizce işçiye sağlanan barınma yerinin konut olarak kabul edilebilmesi için bireysel olarak ya da ailesiyle birlikte işçinin yaşamına özgülenmiş ve iş organizasyonundan ayrılabilen, bir anlamda tamamen işçinin özel yaşam alanına bırakılmış bir alanın varlığı aranmalıdır. Alman hukukunda ise işçiye iş sözleşmesinin unsuru olarak sağlanan konutun nitelikleri hususunda işverenin işçiyi gözetme borcu gereği uygun bir konut, örneğin, işçinin kalabalık bir aileye sahip olması sebebiyle konutun küçük gelmesi halinde imkân dahilinde daha büyük bir konutun sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁶.

İşçiye sağlanan konutun mülkiyeti işverene ait olabileceği gibi mülkiyetin başkasına ait olması da önem taşımaz. Hatta işverenin bir başkasına ait bir konutu kendisi adına kiralayarak işçiye tahsis etmesi halinde dahi sonuç değişmemektedir⁷. Bununla birlikte konut, işçinin özel yaşamını sürdürdüğü ve iş organizasyonu içerisinde yer almayan bir mahiyet taşır. Konut kapıcılarında ise kapıcıya sağlanan konutun, çoğu kez işin görüldüğü bina, apartman içerisinde yer alan bir daire, bağımsız bölüm olduğu görülmektedir. Alman hukukunda ise konuttan bahsedebilmek için taşınmaz olması gerektiği, karavan, konteyner gibi taşınabilir mekanların konut olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir⁸.

2. Konutun İşçi Açısından Önemi

Konut, işçiye sağlanan sosyal bir yardım olmanın ötesinde bir anlam taşımaktadır. Konut, mülkiyet ilişkisinden ziyade kişinin özel yaşamını sürdürdüğü ve kişiye serbestlik sağlayan asgari alan olarak anlaşılmalıdır⁹. Konutun kişinin

⁴ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayıncılık 2023) 1134.

⁵ Wolfgang Schmidt- Futterer, *Mietrecht, Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts Bürgerliches Gesetzbuch* (16. Auflage, C.H. Beck 2024) BGB § 576b para 3.

⁶ Patrick Bruns, 'Mietrechtliche Bestimmungen für Werkdienstwohnungen' (2019) NZM 761, 764.

⁷ Erdenk (n 1) 127.

⁸ Schmidt-Futterer (n 5) BGB § 576b para 4.

⁹ K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (Legal Yayıncılık 2006) 12.

özel yaşamının merkezinde yer alması sebebiyle sadece konut fiziksel bir mekân olmaktan öte huzur ve güven içinde yaşamayı da içeren kişilik hakkı, özel yaşama saygı hakkı ile yakından ilgilidir. Bu yönüyle barınma, modern hukuk sistemlerinde sosyal hak olarak kabul edilmekte; bireyin onurlu bir yaşam sürdürebilmesinin asgari koşullarından birini oluşturmaktadır¹⁰. Kişinin kendini güvende hissettiği, özel yaşamını kurabildiği, sosyal ilişkilerini şekillendirebildiği bu alanın korunmaması, bireyin mahrem alanına müdahale oluşturmaktadır.

Konut, özel yaşamın sürdürüldüğü bir alan olması sebebiyle özel yaşamın gizliliğini de temin eder. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi ile hukuki güvenceye kavuşturulan özel hayatın gizliliği ve aile yaşamı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin '*Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*' başlığını taşıyan 8. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bununla birlikte hakkın mutlak olmadığı ve ulusal güvenlik, kamu güvenliği, genel sağlık ve ahlakın korunması gibi amaçlarla hukuka uygun bir biçimde müdahalede bulunulabileceği de hükümde yer almaktadır. Doktrinde ilgili düzenlemenin Sözleşmenin en ucu açık maddesi olduğu, maddede sayılan temel hakların sürekli olarak pek çok alanı kapsayacak biçimde genişlediği ifade edilmektedir¹¹. Sözleşmenin kapsama aldığı temel haklar, Anayasa'nın farklı hükümlerinde korunan hukuki değerler olarak ayrıca düzenlenmiştir¹².

Özel yaşama saygı hakkı, kişinin özel yaşam alanının korunması ile birlikte diğer insanlarla ilişki kurması ve geliştirmesi hakkını da güvence altına alacak biçimde geniş yorumlanmalıdır¹³. Kişilerin özel yaşamının kamuya açık bir alan

¹⁰ Barınma hakkının sosyal devlette önemi konusunda Mehmet Atilla Güler, 'Sosyal Devlet ve Barınma Hakkı' (2026) 89 2 Çalışma ve Toplum 737, 739 vd.

¹¹ Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları* (Oniki Levha Yayınları 2015) 181; Hakan Keser, 'İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi' (2017) 37 Sicil İş Hukuku Dergisi 9, 11.

¹² Kişinin dokunulmazlığı ile maddi- manevi varlığı (m.17); özel hayatın gizliliği (m.20); konut dokunulmazlığı (m.21); haberleşme hürriyeti (m.22); yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23); ailenin korunması ve çocuk hakları (m. 41).

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında özel yaşam hakkının yorumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için Çetin (n 11) 188 vd; Hediye Ergin 'İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi' (2016) 35 SİCİL İş Hukuku Dergisi 67, 72; Keser (n 11) 10 vd; Mustafa Alp ve Dilek Dulay Yangın, 'Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler - Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler' (2021) 27 (2) Marmara Ünv. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi 1380, 1383 vd.

olması nedeniyle gerek devletin müdahalesi gerek çalışma ilişkileri başta olmak üzere tüm özel hukuk ilişkilerinde işyerinde ve işyeri dışındaki eylem ve müdahaleler konusunda özel yaşamın korunması gerekmektedir¹⁴. Anayasa'nın 20. maddesi ile *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* yönünde düzenleme yapılmış ve özel yaşamın gizliliği Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Konutun kişilerin huzur ve güven içinde yaşamalarının koruyucu mekanizması olması sebebiyle özel hayatın gizliliğinin bütünleyici parçası olan konut dokunulmazlığı da ayrıca bir temel hak olarak düzenlenmiştir (m. 21). Bu temel hakka yapılan rıza dışı müdahale ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹⁵ 116. maddesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu olarak düzenlenmiştir. Böylelikle Anayasa'nın 21. maddesi ile herkese tanınmış olan konut dokunulmazlığının, özel kullanıma tahsis edilmiş yerlerde başkalarının bu yerlere zorla girmesini engelleyerek kişinin bir ölçüde yaşam hakkını koruduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁶.

Konut özel hayatın ve aile yaşamının gizliliğinin güvencesi olmasının yanı sıra insani koşullarda yaşama ve yeterli barınma hakkını gerçekleştirmekte önemli bir araçtır. Çalışma yaşamında dezavantajlı sayılan kadın, engelli, yabancı çalışanların işyerindeki konut imkanlarından faydalanması halinde barınmanın sorun olmaktan çıkması sebebiyle varolan dezavantajlarını önemli ölçüde hafifletebilecektir. Farklı ülkelerden gelen yabancı kişilerin çalışma koşulları açısından da konu önem arz etmektedir. Yabancı işçilerin daha yüksek kira bedeli ödemek zorunda kalabilmesi, kazancının büyük bir bölümünü veya tamamını sadece konuta ayırmasına yol açar. İşverenler göçmen, evde veya fabrikada çalışan işçilerini işyerlerinde yaşamaya zorlayabileceği gibi birçoğu aşırı kalabalık yurtlarda, vardiyalı olarak ve yeterli hijyen olanaklarına erişim olmadan yaşayabilmekte; ev hizmetlerinde çalışanlar ise onurları, mahremiyetleri veya kişisel güvenlikleri hiçe sayılarak, yetersiz havalandırılan odalarda, depolarda veya ortak yaşam alanlarında uyumak durumunda kala-

¹⁴ Sevimli *Özel Yaşam* (n 9) 12-13; Çetin (n 11) 190; Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Beta Yayıncılık 2019) 284 vd; Tarık Gökhan Tosun, *İşçinin Özel Hayatının İşçinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi* (Seçkin Yayıncılık 2024) 145 vd.

¹⁵ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25601. TCK. m.116/1: *"Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

¹⁶ Serap Keskin Kızıroğlu, *(5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda) Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (Adalet Yayınevi 2010) 3; Suphan Olcay, 'Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu' 2019 6 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225, 238.

bilmektedir¹⁷. Tüm bu nedenlerle elverişli ya da uygun konut hakkı 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin (Cenevre Sözleşmesi) 21. maddesi, 1990 tarihli Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 43. maddesi ve 2007 tarihli Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 28. maddesi ile garanti altına alınmıştır. İlgili sözleşmeler sözleşmelerin tarafı olan devletlere dezavantajlı grupta yer alan işçilere sağlanacak elverişli konut hususunda yükümlülük getirmektedir. Bununla birlikte konutun barınma hakkının temel unsuru olması sebebiyle işverenlerin de işçiler ile olan sözleşmesel ilişkilerinde elverişli konut hakkı da dahil olmak üzere tüm insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁸.

İşçilerin ve ailelerinin sağlıklı, güvenli ve insana yakışır konutlara erişimini sağlamak ve bu konuda uluslararası politikalar geliştirilmesine rehberlik etmek amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 115 sayılı Çalışanlara Sağlanan Konutlara İlişkin Tavsiye Kararı da konumuz açısından önemlidir. Söz konusu Tavsiye Kararı, çalışanların konutlarının asgari standartları, çevresel faktörler, elektrik, su, ısınma gibi altyapı hizmetlerine erişim ve konutların işyerine yakınlığı gibi konuları kapsamaktadır. Bu tür konutların asgari standartları arasında ısıya, soğuğa, neme, gürültüye, yangına ve hastalık taşıyan hayvanlara (özellikle böceklerle) karşı uygun koruma, yeterli hijyen ve yıkama olanakları, havalandırma, pişirme ve depolama olanakları ve asgari düzeyde mahremiyet yer almalıdır. Konutu nitelendiren 'yeterli', 'uygun' ve 'asgari' terimleri kesin anlamlar taşımamaktaysa da Tavsiye Kararı'nın metninden makul konut kavramı açıkça ortaya çıkmaktadır¹⁹. Tavsiye Kararı'nda genel işverenlerin çalışanlarına doğrudan konut sağlamasının arzu edilmediği yer almaktadır²⁰. ILO tarafından, işverenin sahip olduğu veya kontrol ettiği mülkte, işyerinde yaşayan çalışanların yerel topluma daha az entegre olma ve işverene daha fazla bağımlı olma eğiliminde olmaları ihtimalini arttırdığından işverenlerin, çalışanlarının bağımsız özel kuruluşlar veya kamu konutları aracılığıyla konut edinmelerine yardımcı olmalarının teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmekte; bununla birlikte bir işletmenin nüfus merkezlerinden uzakta bulunması veya işin niteliğinin çalışanın

¹⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The right to Adequate Housing, Fact Sheet/No. 21 Rev. 1 24. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2026.

¹⁸ P.J. Richards, 'Housing and Employment' (1979) 118 1 International Labour Review 13, 14.

¹⁹ Richards (n 18) 14.

²⁰ R115 Workers' Housing Recommendation, 1961 Part IV, Paragraph 12 (2).

kısa sürede hazır bulunmasını gerektirmesi gibi belirli durumlarda, işverenin çalışanlarına konut sağlamanın gerekebileceği vurgulanmaktadır²¹.

Konutun özellik gösterdiği bir diğer alan ise gemiadamlarının gemide iş görme dışında özel yaşamlarını idame edecekleri alanlara ilişkindir. Denizcilerin çalışma ve yaşam koşullarını garanti altına almak amacıyla Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) ile ILO mutabakatıyla 2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne de değinmek gerekir²². Sözleşme'nin 3. başlığı denizde çalışanların kalacak yerlerine ilişkin asgari standartlar belirlemekte; gemilerin kendilerine özgü olarak kısıtlı alanlar olması sebebiyle yalıtımının yapılmış olması, uygun aydınlatma ve drenajın, havalandırma sisteminin sağlanması, minimum baş mesafesinin gözetilmesi, hijyen koşulları ve temiz suyun sağlanması hususlarında oldukça ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

İşçi ile kurulan iş sözleşmesinde işçiye sağlanan konutun nitelikleri ve sahip olması gereken özelliklere ilişkin tek bir ölçüt getirmek mümkün olmasa da sağlanan konutta asgari standartların insani yaşam koşullarını sağlması, işçinin özel yaşamını gerçekleştirebileceği, herkesin erişemeyeceği, işyerinden ve eklentisi niteliğinde olan ortak alanlardan izole edilmiş bir alan niteliğine sahip olması beklenmelidir. İşçinin sağlanan konutta kendisinin yaşaması halinde mekânsal olarak daha küçük bir alan yeterliyse de işçinin ailesi ile birlikte yaşaması halinde aile yaşamına uygun bir alan olması önem arz eder. Bu nedenle işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamına uygun olarak sağladığı, işçinin kişiliğinin bir parçası olan özel yaşamını gerçekleştirebileceği ve yukarıdaki özelliklerle sağlayan alan, 'uygun' ya da 'elverişli konut' olarak değerlendirilebilecektir.

3. Mevzuatta Yer Alan Konut Sağlama Yükümlülükleri

İşverenin işçiye sağlanan konut, maddi bir menfaat olarak kabul edilmekle birlikte işverenin sağlamakla yükümlü olmadığı bir uygulamadır. Bununla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun²³ 418. maddesinde, ev düzeni içinde çalışanlar için önemli bir düzenleme getirilmiştir. Ev düzeni içinde çalışma ile ifade edilmek iste-

²¹ International Labour Organization, Workers Housing; <https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_emp/%40emp_ent/%40multi/documents/publication/wcms_116344.pdf> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2026.

²² Erdem Kan, 'Türk Bayraklı Gemilerin Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (MLC) Kapsamında Eksikliklerinin Belirlenmesi: Paris Mou Denetim Raporlarının İncelenmesi' (2023) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 2287, 2290.

²³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

nen, işçinin iş görme borcunu ifa ettiği yerin aynı zamanda yaşamını idame ettirdiği yer olmasıdır²⁴. İlgili düzenlemeye göre, “İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür.” Ev düzeni içinde iş gören işçiler için işverenin gözetme borcunu esas alan bu düzenleme, işçinin işverenin ev düzeni içerisindeki işlerini görmesi halinde özel yaşamını geçirebileceği, işyerinden ayrıştırılmış bir yerin sağlanmasını amaçlamaktadır. Ev düzeni içinde çalışanların mahremiyetlerinin korunması ve insana yakışır iş koşullarının sağlanması açısından düzenleme önem taşımaktadır²⁵.

Türk Borçlar Kanunu’nun 418. maddesi, işçiye konut sağlanmasını uygun bir barınak sağlamak şeklinde ifade etmiş olsa da barınak kavramının içeriği belirsizlik arz etmektedir. ILO 201 sayılı Tavsiye Kararı’nın 17. maddesinde ev hizmetlerinde çalışana, sadece kendisinin anahtarla erişim sağlayabileceği, uygun şekilde döşenmiş, yeterince havalandırması ve kendisine ait kilidi bulunan, özel bir oda tahsis edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buradan hareketle ev düzeni içerisinde çalışan işçiye, işverence ev olanakları da gözetilerek tuvalet, banyo gibi günlük ihtiyaçlarını karşılayabileceği, özel yaşamını idame ettirebilmesine imkân sağlayan, kilitlenebilen, iklimlendirme koşulları olan bir yerin sağlanması ‘uygun’ kabul edilmelidir. Bu kapsamda kanaatimizce işçiye tahsis edilen yerin uygun olup olmadığı hususunda dürüstlük kuralı ve işverenin işçiyi gözetme borcu da belirleyici olacaktır.

İkincisi ise konut kapıcılarına ilişkin Yönetmelikte öngörülen düzenlemedir. Konut Kapıcıları Yönetmeliği’nin²⁶ 13. maddesinde, kapıcıya sağlanan konutun 3194 sayılı İmar Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgari koşullara uygun olması gerektiği düzenlenmiştir²⁷. Konut kapıcılarının konutları

²⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık 2022) 252; Ercan Uzun, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar* (Adalet Yayınevi 2021) 54 vd; Hilal Tiritioğlu Ersoy, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar* (Seçkin Yayıncılık 2023) 78 vd.

²⁵ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün ev hizmetlerinde çalışanlara dair uluslararası düzeyde çalışma koşullarını belirleme yönünde yaptığı ilk bağlayıcı düzenleme olan 189 No.lu Ev Hizmetlerinde Çalışanlara Dair Sözleşme ve eki niteliğindeki 201 sayılı Tavsiye kararı, ev hizmetlerinde çalışanların temel haklarının korunması ve insana yakışır iş ilkelerinden yararlanmasını öngörmekteyse de ilgili Sözleşme henüz Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için Uzun (n 24) 54 vd; Tiritioğlu Ersoy (n 24) 78 vd.

²⁶ Konut Kapıcıları Yönetmeliği, RG T. 3.3.2004/25391.

²⁷ Yönetmeliğin 13/İ. maddesinde yer alan, “Kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir.” düzenlemesi Danıştay 10 D, 6952/946, 13.3.2007 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde, konut olarak kullanılan ve daire sayısı on ikiden fazla olan binalarda

genellikle ana bina içinde alt katta ya da ana binanın bahçesinde, garaj, depo, kalorifer dairesi gibi eklentilerin yanında, ana binaya uzaklığı 40 metreyi geçmeyecek şekilde konumlandırılması gerekmektedir. İmar Kanunu'nun²⁸ 36. maddesinde bu husus vurgulanmıştır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin²⁹ 52. maddesinin III. fıkrasının (d) bendinde, konut kapıcıları için ayrılmış olan yerlerin amaç dışında kullanılamayacağı öngörülmüştür. Yine aynı Yönetmelik'in 44. maddesinin II. fıkrasında konut kapıcılarına tahsis edilecek konutların sahip olması gereken özellikler düzenlenmiş olup buna göre, iki yatak odası, oturma odası, mutfak, banyo, tuvalet olmak üzere ana bina içinde en az brüt 50m2; bina dışında yer alıyorsa en fazla 40m2 olmak zorundadır. Ayrıca konut doğrudan ışıık ve hava alabilecek biçimde düzenlenmeli, toprak seviyesinden belirli bir yükseklikte olmalıdır³⁰. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, konut

kapıcı dairesi yapılmasının zorunlu olduğu ve kapıcı dairesinin amacı dışında kullanılamayacağı, dolayısıyla bu konutların, görevi nedeniyle yalnızca kapıcıya tahsis edilebileceği, ancak on iki daireden az olan ve konut olarak kullanılan binalarla işyeri olarak kullanılan binalarda kapıcı dairesi ayrılması ve dolayısıyla kapıcıya konut tahsisine ilişkin bir zorunluluğun bulunmadığı sonucu çıktığı ve bu hükümle çelişki oluşturduğu ifade edilmiştir.

²⁸ İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 3.5.1985, RG 9.5.1985/18749.

İmar Kanunu m. 36: *"Kapıcı dairesi ve sığınak ayrılması mecburiyeti olan binalarda, bu dairelerin yönetmelikte belirtilen şart ve ölçüleri havi bulunması lazımdır.*

Kapıcı daireleri anabina içinde olabileceği gibi, nizamla, fen ve sağlık şartlarına aykırı yapılmamak, brüt 40 metrekareyi geçmemek şartı ile bahçenin herhangi bir yerinde veya müştemilat binaları içerisinde de tertiplenebilir.

Bekçi, bahçevan, kaloriferci gibi müstahdemin ikametini yer ayrılması halinde bu yerlerde de aynı şartlar aranır. 29 ve 30 uncu maddelerdeki hükümler bu maddede sözü geçen daireler hakkında da uygulanır.

Nerelerde ve hangi binalarda kapıcı dairesi ve sığınak ayrılması gerektiği imar yönetmeliklerinde gösterilir."

²⁹ Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, RG 3.7.2017/30113.

³⁰ m.44/II: *"(2) Kapıcı dairelerinin ve bekçi odalarının ölçü ve nitelikleri:*

a) Kapıcı daireleri, doğrudan ışıık ve hava alabilecek şekilde düzenlenir.

b) Taşkın riski taşıyan alanlarda kalan binalarda düzenlenecek kapıcı dairelerinin kapı ve pencere boşluklarının alt seviyesi su taşkın seviyesinin en az 1.50 metre üzerinde olmak zorundadır.

c) Kapıcı dairelerinin toprağa dayalı ve iskân edilebilen bodrum katlarda yapılması halinde, oturma odası ve bir yatak odasının dış mekâna açılması bu mekânların taban döşemesinin üst seviyesinin tabii veya tesviye edilmiş zemine gömülü olmaması, kapı ve pencere açılmak suretiyle, doğal aydınlatma ve havalandırmasının sağlanması sel, taşkın ve su basmasına karşı önlem alınmış olması zorunludur. Kapıcı dairelerinin toprağa gömülü duvarlarında kuranglez yapmak suretiyle kapı ve pencere açılmayacağı gibi, bu duvarlarda pencere açılabilmesi için pencere denizliğinin tabii zeminden veya tesviye edilmiş zeminden en az 0,90 metre yukarıda konumlanması gerekir.

kapıcısına tahsis edilen konutun on metrekareden ibaret ve içerisinde rögar bulunan bir alan olduğu, rögarın her yıl beş ya da altı defa tıkanıdığı için taşıdığı, işverenin bu konuda önlem almaması sebebiyle işçinin iş sözleşmesini feshetmesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta, konut kapıcılarına sağlanan konutların asgari koşullarının somut olayda sağlanmamasının işçi açısından haklı fesih nedeni olduğuna karar vermiştir³¹.

B. İşçiye Konut Sağlanmasının İş Sözleşmesinin Nitelendirilmesine Etkisi

1. Konutlu İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

İnceleme konumuzu oluşturan işverence işçiye konut sağlanması, tipik bir iş sözleşmesinden işverenin ücret ödemesinin yanı sıra işçiye konut sağlama borcu altına da girmesiyle ayrılmaktadır. Bu borcun üstlenilmesiyle birlikte, bir anlamda iş sözleşmesinin içerisinde kira sözleşmesinin konutu kullanma, oturma unsuru bulunmaktadır. Bu haliyle kira sözleşmesine yaklaşan bir unsur barındıran iş sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, uygulanacak kuralların belirlenmesi, uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespiti gibi hususlar açısından önemlidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen sözleşme serbestisi çerçevesinde, taraflar kanunun çizdiği sınırlar içinde diledikleri içerik ve şekilde sözleşme yapabilirler³².

Kanunda düzenlenmeyen bu sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olup isimsiz sözleşmeler karma, birleşik ve kendine özgü sözleşmeler olarak gruplandırılmaktadır. İsimsiz sözleşmelerin bir türü olan karma sözleşmeler ise kanunda düzenlenen sözleşmelere ait unsurlardan en az ikisinin kanunda mevcut olmayan şekilde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir³³. Doktrinde işçiye

ç) Bina içinde düzenlenen kapıcı daireleri, en az brüt 50 m²'dir. Kapıcı dairelerinde, her birisi en az 9 m² ve dar kenarı en az 2.50 metre olmak üzere 2 yatak odası ve 12 m²'den az olmak üzere 1 oturma odası, en az 3,3 m² mutfak ve banyo veya duş yeri ve tuvalet bulunur.

d) Bina dışında tertiplenen kapıcı daireleri en fazla brüt 40 m² olmak zorundadır. Bu fıkranın (ç) bendinde yer alan ölçüleri sağlayacak şekilde 1 yatak odası, 1 oturma odası, mutfak ve banyo veya duş yeri ve tuvalet bulundurulur."

³¹ Yargıtay 22 HD, 9810/3097, 13.02.2018 (lexpera.com.tr).

³² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Yetkin Yayınevi 2018) 208; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4. Baskı, Oniki Levha 2019) 95; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Vedat Yayıncılık 2014) 17; Ayşe Arat, 'İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması' (2006) 1 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 243.

³³ Eren (n 32) 208; Zevkliler ve Gökyayla (n 32) 17; Kübra Ercoşkun Şenol, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK. M.27' (2016) LXXIV (2) İÜHFM 719, 720.

konut sağlayan iş sözleşmelerinin mahiyetinin isimsiz sözleşmelerden çift tipli karma sözleşmelerden olduğu belirtilmekte ve çift tipli karma sözleşmelerin, kanunda düzenlenmiş iki farklı sözleşmenin asli edimlerinin taraflarca karşılıklı olarak tek bir sözleşme içinde borçlanılması halinde ortaya çıkmaktadır³⁴. Bu sözleşmelerde tek bir sözleşmede karşılıklı olarak konuşlanmış iki farklı tipte edim borcu söz konusu olmaktadır. Burada iş sözleşmesi içerisinde işveren işçisine iş görme borcunun karşılığı ücretin yanı sıra konut imkânı da sağladığından çift tipli karma sözleşme özelliği göstermektedir³⁵.

Alman hukukunda ise işverence çalışana konut sağlanması iki farklı şekilde olabilir. İşveren tarafından sağlanan konut, bir işverenin iş sözleşmesi kapsamında sağladığı yaşam alanı için genel bir ifadedir. Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch- BGB*) işveren tarafından sağlanan kiralık konut ile işveren tarafından sağlanan konut için farklı düzenlemeler öngörmektedir. İşveren tarafından kira karşılığı sağlanan konutta genel olarak kira ilişkisi bulunmakta ve fakat ihbar süreleri (§ 576) ve fesih sonrası itiraz hakkının kullanılması (§ 576a) konusunda genel kira hükümlerine nazaran özel düzenlemeler Kanunda yer almaktadır³⁶. İş sözleşmesi içerisinde işverence işçiye konut sağlanması halinde iş sözleşmesinin niteliğinin, işyeri hizmet konutları ile işyeri kiralık konutları arasındaki ayırım yapılarak taraflar arasındaki anlaşmanın maddi içeriğine göre belirlenecektir. Buna göre işyeri hizmet konutları, iş sözleşmesinin bir parçası olarak işçiye sağlandığında iş sözleşmesine ek bir kira sözleşmesi olarak değil iş hukukunun uygulandığı tek (karma) bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Sağlanan konut, iş sözleşmesinde açıkça ya da zımnen kararlaştırılmışsa, artık iş sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edilmelidir³⁷.

³⁴ Eren (n 32) 208 vd; Erdenk (n 1) 44; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Kitap* (Adalet 2022) 470; Didem Yardımcıoğlu, 'Konut Kapatıcılarının Ücret Alacaklarından Kat Malikleri ile Yöneticilerin Sorumluluğu' (2024) 12 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 869, 873. Konut kapatıcılarına ilişkin sözleşmenin kendine özgü karma bir sözleşme olduğu görüşü Demir (n 2) 581.

³⁵ Uşan (n 2) 72; Arat (n 32) 243; Erdenk (n 1) 126 vd; Yuvalı (n 2) 1744; Alp (n 2) 254; Yaşar (n 2) 16.

³⁶ Günter Schaub, *Arbeitsrecht-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis* (21. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2025) § 81 para 2.

³⁷ Schaub (n 36) § 81 para 3; Wolfdieter Küttner, Jürgen Röllner (Hrsg.), *Personalbuch, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht* (32. vollständig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck 2025) Werkdienstwohnung, para 9.

İnceleme konumuz işverenin karşılık almaksızın ve iş sözleşmesinin bir unsuru olarak konut sağlanması olmakla beraber Alman hukukunda yapılan ayırmada olduğu gibi işçinin işverence sağlanan konut karşılığında kira ödemeyi üstlenmesi durumunda sözleşmenin niteliği kanaatimizce farklılık göstermektedir. İşçi ile işveren ayrıca bir kira sözleşmesi yapabilecekleri gibi iş sözleşmesi içerisinde işçinin kira ödemesini de kararlaştırabilirler. Bu halde işçi ile işveren arasında hem bir kira sözleşmesi hem de iş sözleşmesi bulunmaktadır³⁸. Kanunda düzenlenmiş farklı iki veya daha fazla sözleşmenin hukuki niteliğini koruyarak bir araya getirilmesi ile oluşan atipik sözleşme ilişkilerinden bileşik sözleşmeden bahsetmek gerekir. Bileşik sözleşmede bir araya getirilen sözleşmeler bağımsız niteliklerini koruduklarından kendi hukuki düzenlemelerine tabi olurlar; özellik gösterdikleri nokta ise, birinin geçerliliği diğerinin geçerlilik koşullarına bağlı olmasıdır³⁹.

2. Konut Sağlayan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Kuralların Tespiti

Konut içeren iş sözleşmeleri karma sözleşme olarak kabul edildiğinde hangi sözleşme tipine ilişkin kuralların uygulanacağını tespit edilmesi gerekir. Karma sözleşmelerde kanunda düzenlenen ve baskın olan sözleşme ilişkisine ilişkin kuralların uygulanması gerektiği doktrinde vurgulanmakta; konut içeren iş sözleşmelerinde de baskın olan ilişkinin iş sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir⁴⁰. Doktrinde bir görüş ise, kapıcılık sözleşmesi gibi konut içeren iş sözleşmelerinde sadece konut içermesi ile sözleşmenin karma bir hale gelmediği, sadece konuttan faydalandırma imkânı ile doğrudan kira sözleşmesi olamayacağı, konut içeren sözleşmelerin klasik iş sözleşmesi olduğunu belirtmektedir⁴¹. İşveren tarafından sağlanan bir konut hususunda taraflar, konutun nasıl kullanılacağına ilişkin genel kuralları içeren kira sözleşmesine benzer sözleşmeleri kararlaştırmış olsalar bile bu husus, ayrı bir kira sözleşmesi olduğunu göstermez⁴². Bir

³⁸ Erdenk (n 1) 126.

³⁹ Fikret Eren, 'İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar' in Derya Ateş ve Alper Bulur (eds.), *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta Basım 2008) 99; Arat (n 32) 244; Zevkliler ve Gökayla (n 32) 21; Ercoşkun Şenol (n 33) 720.

⁴⁰ Uşan (n 2) 72; Erdenk (n 1) 135 vd.

⁴¹ Alp (n 2) 256; Yardımcıoğlu (n 34) 874; Yaşar (n 2) 16.

⁴² Schmidt-Futterer (n 5) BGB §576b para 7. Alman Medeni Kanunu'nda işveren tarafından sağlanan konut ile işverence kiraya verilen konutlar için ayrı düzenlemeler bulunduğu ve farklı kurallara tabi olduğu için uygulamada bu konutların nitelendirilmesi hususunda çok fazla uyumsuzluk çıktığı doktrinde ifade edilmektedir. Bruns (n 6) 762.

uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı yönde karar vermiştir. İşveren, işçiye sağladığı konut sebebiyle dört yıllık birikmiş kira alacağının tahsili için icra takibi başlatmış, işçinin takibe itiraz etmesi sebebiyle açılan itirazın iptali davasında, ilk derece mahkemesi, dört yıl boyunca kira ödemesi yapılmamasına rağmen işverenin herhangi bir talepte bulunmadığı, işçinin işçilik alacakları için dava açması nedeniyle kira alacağı yönünden icra takibi başlatıldığı, dört yıl boyunca kira ödenmemesine rağmen tahliyesinin sağlanmaması, hayatın olağan akışına göre herhangi bir bedel almaksızın dört yıl boyunca davalının kiralanda oturmasına izin verilmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; kararın temyizi neticesinde Hukuk Genel Kurulu, arada gerçek bir kira ilişkisi bulunmaması sebebiyle söz konusu kararı onamıştır⁴³.

Alman hukukunda konutun iş sözleşmesi kapsamında sağlanması halinde konutun kullanımının ücretin bir parçası olarak kabul edilmesi ve çalışanın konut kullanımını bağımsız olarak sona erdirememesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴. Bu konuda Alman hukukundaki genel görüş, işçiye konut da sağlanan bir iş sözleşmesinin karma sözleşme olduğudur⁴⁵. Bununla birlikte doktrinde bu nitelendirmenin hukuka uygun olmadığı, ayrıca işçinin kendisine sağlanan konut için kira bedeli ödediği hallerde ise bunun tartışılabilirliği ifade edilmiştir⁴⁶.

Alman hukukunda işverence iş sözleşmesi kapsamında konut sağlanması haline özel kurallar getirildiği görülmektedir. Alman Medeni Kanunu § 576b bunlardan biridir. Düzenlemeye göre, işçiye konut kira sözleşmesi ile sağlanmasa bile hizmeti görmekle yükümlü kişi konut alanını ağırlıklı olarak mobilyalarla döşemişse veya konutta ailesi veya daimi olarak birlikte yaşadığı kişilerle kalıyorsa, konut alanıyla ilgili hukuki ilişkinin sona ermesinde kira sözleşmelerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacak ve kiracı aleyhine olan herhangi bir sözleşme geçersiz olacaktır⁴⁷. Bu düzenleme, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için uygulama alanı bulur⁴⁸. Konutta işçi tarafından sağlanan mobilyaların değeri önemsiz olmakla birlikte mobilyalar, yaşam için gerekli tüm temel unsurları (mutfak ekipmanları, ısıt-

⁴³ Yargıtay HGK 634/1171, 7.10.2021 (lexpera.com.tr).

⁴⁴ Sacker, Rixecker ve Oetker (n 2) para 3-4.

⁴⁵ Michael Drasdo ve Oliver Elzer, *Münchener Handbuch des Wohnungseigentumsrechts* (8. Auflage, C.H. Beck 2023) §86 para 84-85; Küttner ve Röller (n 37) para 9; Bruns (n 6) 769.

⁴⁶ Bruns (n 6) 765.

⁴⁷ Sacker, Rixecker ve Oetker (n 2) BGB §576b para 5.

⁴⁸ Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Hrsg.), *Beck'sche Online Kommentare BeckOK BGB* (75. Edition, C.H. Beck 2025) BGB §576b para 4.

ma, yatak, gardırop, masa, sandalye gibi) içermelidir⁴⁹. İlgili düzenlemede bu yönde bir ölçüt getirmenin amacı, çalışanın yaşam alanının, yalnızca kendi eşyaları varsa ve bu nedenle yalnızca misafir olarak değil, aynı zamanda birincil ikametgahı olarak kullanıyorsa korunmaya değer olmasıdır⁵⁰.

İşçiye verilen konut iş sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edildiğinde iş sözleşmesi devam ederken konut imkanının kaldırılması ya da işçinin konuttan çıkmasının istenmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturur⁵¹. Hatta yerine ikame nakdi konut desteği sağlanmış olsa dahi, sağlanan konut işin görüldüğü yere daha yakın bir noktada iken işçinin sonradan taşınacağı yer daha uzaksa, işçinin konutu ile işyerine gidip geldiği süre uzuyorsa bunu da esaslı değişiklik olarak kabul etmek gerekir. İşçinin kendisine tahsis edilmiş konuttan çıkarılması ve eşdeğer bir aynı yardımın yapılmaması da işçiye çalışma koşullarının uygulanmaması sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı vermektedir⁵².

C. İşverence Sağlanan Konutun İş Organizasyonu Açısından Değerlendirilmesi

İşverence sağlanan konut, işyerinin dışında bir yerde olabileceği gibi işyerinin fiziki sınırları içerisinde de olabilir. Bu durumda ise konutun işyerine bağlı yerler kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konut işyerine bağlı yer kabul edilirse işverenin iş organizasyonu içerisinde kabul edileceğinden işverenin yönetim yetkisi, özel yaşama ilişkin emir ve talimatlarının içeriği, alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, iş kazası tanımı da farklılık gösterecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun⁵³ 2. maddesine göre, *"İşveren tarafından mal ve ya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler*

⁴⁹ Bruns (n 6) 766.

⁵⁰ Bruns (n 6) 766.

⁵¹ Çalışma koşulları, iş sözleşmesinin çizdiği çerçevede işçi ve işverenin tabi olacağı hak ve borçları ifade eden ve kaynağını Anayasa, kanun, yönetmelikler ile iş hukukuna özgü özel kaynakların oluşturduğu geniş bir kavramdır. Çalışma koşullarında işçinin var olan durumunu iyileştiren, daha yararına değişiklik yapılması halinde esaslı değişiklik oluşmaz, işveren yönetim hakkı çerçevesinde bu değişikliği tek taraflı olarak yapabilir. Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 25. Baskı, Beta 2025) 743-744; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan, *İş Hukuku* (11. Baskı, Beta Yayınları 2025) 25; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2024) 105.

⁵² Yargıtay 22 HD, 42447/22858, 25.10.2017 (lexpera.com.tr).

⁵³ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.

(işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden, mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” İlgili düzenleme ile işyeri, işin yapıldığı yer ile sınırlı olmamakla birlikte işin yapıldığı yer dışındaki, üretimi çevreleyen, işin görülme sürecinin bir parçasını oluşturan ve işçinin bulunabileceği yerler de işyerinden kabul edilmiştir⁵⁴. Bir yerin işyerine bağlı yer olarak kabul edilebilmesi için o yer işyerinde üretilen mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunmalı ve aynı yönetim altında örgütlenmelidir. Böylelikle bütünsel olarak iş organizasyonu içinde yer alma söz konusu olacaktır⁵⁵.

İşçinin dinlenme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden, mesleki eğitimi için ayrılan yerler ile avlu, büro otopark gibi yerler, eklenti olarak kabul edilerek iş organizasyonu içerisine dahil edilmiş olup Kanunda kullanılan “gibi” ifadesi ise Kanundaki sayımın örnekseyici olduğunu ortaya koymaktadır⁵⁶. Doktrinde kanunun lafzında yer almasa bile eklenti olarak kabul edilebilecek yerlerin de dolaylı olsa işin görülmesi ile bağlantısı olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde işyerlerine bağlı yerlerden kabul edilen işçilerin bir arada kaldığı uyku yerleri, yatakhaneler gibi eklentiler konut vasfında olmayacaktır. Uygulamada özellikle inşaat işlerinde sıklıkla gördüğümüz işçilere şantiye içerisinde yer sağlanması hallerinde şantiyenin bir konut olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Yargıtay’ın bir kararında şantiye ile konut arasındaki fark ortaya konmuş, şantiye alanı içerisinde işçiye barınma imkanının sağlanmış olması konut olarak kabul edilebilmesi için yeterli görülmemiştir⁵⁸.

⁵⁴ Süzek ve Başterzi (n 51) 239; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 252; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Legal Yayıncılık 2007) 29 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 51) 100-101; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan (n 51) 47.

⁵⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 142; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 250; Ekmekçi ve Yiğit (n 51) 101-102.

⁵⁶ Süzek ve Başterzi (n 51) 239; Doğan Yenisey (n 54) 30; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan (n 51) 50; Levent Akın ve Hande Bahar Aykaç, *İş Hukuku Bireysel İş İlişkileri* (Yetkin Yayıncılık 2025) 265. Eklentilerin sosyal gerekçelerle işyeri sınırları içerisine dahil edildiği hk. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 254.

⁵⁷ Doğan Yenisey (n 56) 30.

⁵⁸ “...Buna göre somut olayda, davacının işin niteliğinden doğan bir sebeple şantiyede barındığı açıktır. Esasen şantiye sözcüğü “ev, fabrika, baraj vb gibi yapıların yapımının sürdüğü yer” yahut “inşa durumundaki ev, fabrika, baraj vb her türlü yapı” anlamını taşımaktadır. Konut

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵⁹ kapsamında işçinin iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu kapsamında sosyal yardımlardan faydalanabilmesi için geçirdiği kazanın, iş kazası olması gerekmektedir (m.16/1). Kanunun 13. maddesinde ise aksi ispat edilebilir kriterler şeklinde iş kazası sayılabilecek haller düzenlenmiştir: “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”

İlgili düzenlemeye göre, işçinin işyerinde bulunduğu sırada geçirdiği kaza iş kazasıdır. Sosyal güvenlik hukuku açısından da işyeri olarak değerlendirilen yerler, 4857 sayılı İş Kanunu’nun getirdiği düzenleme ile paralellik göstermektedir⁶⁰. Bu kapsamda işçilere uyuması, dinlenmesi için sağlanmış yerler eklenti olarak kabul edilebilirken işçiye sosyal amaçlı sağlanan konut, lojman ve barınma yerleri eklenti olarak kabul edilmeyecektir⁶¹. Burada ayırım yaparken işçiye sağlanan konutun işyerinin fiziki sınırları içerisinde olsa dahi işçinin tamamen özel yaşamını sürmesi amacıyla tahsis edilip edilmediği kanaatimizce belirleyici olacaktır. Uyku, yatakhane gibi eklenti sayılabilecek yerler genellikle kolektif bir

sözcüğü ise, “insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb gibi yer, mesken” anlamında kullanılır. Görüldüğü gibi şantiye sözcüğü, daha çok henüz tamamlanmamış ve yapımı süren herhangi bir yapı ile ilintilidir. Somut olayda işçiye tahsis edilen yerin ise, konut veya lojman olarak nitelenmesi mümkün değildir. Zira işçinin şahsen kendisine (veya ailesine) tahsis edilen normal yaşam ortamı dışında, konut veya lojman niteliğini haiz olmayan şantiye alanında barınması söz konusudur. Bu halde barınmanın, işçiye sağlanan bir menfaat olma niteliğinden çok, işin niteliğinden kaynaklanma özelliği ağır basmaktadır. Hal böyle iken barınma ücretinin kıdem tazminatı hesabına esas ücretin belirlenmesinde parayla ölçülebilir ek menfaat olarak kabulü yerinde değildir...” Yargıtay 22 HD, 7643/6644, 26.3.2019 (lexpera.com.tr).

⁵⁹ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.5.2006 RG 16.6.2006/26200.

⁶⁰ 5510 s. SSGSSK. m.11/II: “İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır.”

⁶¹ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 20. Baskı, Beta Yayıncılık 2024) 229; Ali Nazım Sözer, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Açısından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, Beta Yayıncılık 2023) 345.

biçimde işyeri ile faydalı bir bütünlük oluşturan yerlerdir. Oysaki işçiye sosyal amaçlı sağlanan konut, işyerinden tamamen izole edilmiş bir alan olarak düşünülmelidir⁶². Nitekim Yargıtay da işverence işçiye tahsis edilen konutta meydana gelen kazaların iş kazası olmadığını vurgulamaktadır⁶³.

Ev düzeni içinde çalışanlar bakımından ise bu çalışanlara sağlanan konut ve ev hizmetlerinde çalışanların işlerini gördükleri yer birbiri ile içiçe mahiyette olduğundan ev düzeni içinde çalışan işçinin ev içerisinde bir kaza geçirmesi halinde iş kazası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. 5510 sayılı Kanunun m. 13/1, (a) düzenlemesine göre ev düzeni içinde çalışan işçinin ev içerisinde geçirdiği her kaza iş kazası olarak kabul edilecektir. Ancak ev düzeni içinde çalışan, dinlenme süreleri içerisinde kendisine sağlanan çalıştığı ev içinde bir oda ya da müstemilatta kalıyorsa konut, iş organizasyonu kapsamı dışında kaldığından iş kazası olarak değerlendirilmemesi sonucu ortaya çıkar. Ev hizmetlerinde çalışan işçinin ev içinde geçirdiği kazanın değerlendirilmesinde çalışma süreleri içinde geçirdiği kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi de diğer bir olasılıktır⁶⁴. Ev hizmetlerinde çalışanın çalışma süreleri içinde dahi olsa kendine sağlanmış konuta, odaya uğraması ve telefonla görüşürken kalp krizi geçirmesi halinde ise çalışma süreleri içerisinde ve fakat işini görmediği bir zaman diliminde kaza meydana geldiğinden çalışma süreleri içinde geçirdiği kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi mümkün olmayabilecektir. Özellikle ev düzeni içinde çalışma ilişkisinde çalışma süreleri ile dinlenme süreleri arasındaki ayırım net değildir⁶⁵.

⁶² Benzer yönde Recep Makas, 'Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Davranması ve İş Sözleşmesinin Feshi' (2022) 1 (47) Sicil İş Hukuku Dergisi 76, 87; Akın ve Aykaç (n 56) 265.

⁶³ İşveren tarafından tahsis edilen lojmanda çıkan yangın sebebiyle yaralanan işçinin, olayın iş kazası olduğunun tespiti talebiyle açtığı davada yerel mahkeme, işçinin nitelik yönünden işyerine bağlı bulunmayan evde ikamet ettiği sırada kazanın meydana geldiğini, işçilerin ikametleri için tahsis edilmiş olan lojmanların, işin görüldüğü yerle birlikte aynı binada bulunsada dahi işyeri sayılmayacağı ve lojmanda meydana gelen kazaların iş kazası olarak değerlendirilmeyeceğini belirterek davanın reddine karar vermiş; istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesi davanın esastan reddine karar vermiş ve Yargıtayca karar onanmıştır. Yargıtay 10 HD, 3259/3361, 28.3.2024. İşverence sağlanan lojmanda akşam saatlerinde işçinin kalp krizi geçirmesinin iş kazası olmadığı yönünde Yargıtay 10 HD, 8513/9870, 10.10.2024.

⁶⁴ Doktrinde bir görüş, uzaktan çalışmada çalışma süreleri içinde geçirdiği bir kaza varsa bunun iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiğini ve ancak bu konuda ispat güçlüğü olduğunu ifade etmektedir. İrem Yayvak Namlı, *Dijital Çalışmada İşçinin Korunması: Çalışma Süreleri ve İş Sağlığı ve Güvenliği* (Oniki Levha Yayıncılık 2024) 280 vd.

⁶⁵ İşverenin ev hizmetlerinde çalışan işçiye koruma ve gözetme borcunun özel bir görünüm olarak işverenin dinlenme sürelerini düzenleme borcu olduğu hususunda Uzun (n 24) 157 vd.

Ev düzeni içinde çalışanlar ile uzaktan çalışan işçilerin geçirdiği kazaların iş kazası açısından değerlendirilmesi benzerlik gösterir. Belirtilen çalışma ilişkilerinde işçinin özel yaşamını idame ettirdiği yer ile işin görüldüğü yer birbiri ile örtüşmektedir. Bu nedenle doktrinde uzaktan çalışanın uğradığı kazalarda uygun illiyet bağının ispatında yaşanacak güçlükleri ortadan kaldırmak için işin görüleceği yerin ya da zaman aralığının yazılı şekilde belirlendiği hallerde, bu zaman diliminde yahut yerde meydana gelen kazanın aksi ispatlanmadığı süreçte iş sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifası esnasında gerçekleşmiş sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶.

Kanaatimizce ev düzeni içinde çalışma özelinde işçinin dinlenme süreleri içinde kendine sağlanmış konutta geçirdiği kaza, iş kazası değildir. Burada genel olarak konutun iş organizasyonu kapsamında olmadığı kuralı uygulanır. Ancak ev düzeni içinde çalışanların ev yaşamı ile iç içe geçen bir çalışma ilişkisinin olması, konut ile işyerinin birbiri ile örtüşmesi sebebiyle her zaman bu kadar kolay belirleme imkanı olmayabilir. Bu nedenle ev düzeni içinde çalışmada uygulanabilecek ölçüt, çalışanın çalışma ve dinlenme süreleri arasındaki ayrımıdır. Ev düzeni içinde çalışan işçinin geçirdiği kazanın iş kazası sayılmasında çalışma süreleri içinde olup olmadığı belirleyici özellik göstermekte, çalışma süreleri içinde evin neresinde olup olmadığına bakılmaksızın ev işlerini görürken geçirdiği kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi gerekir. Her somut olay özelinde ayrıca bu hususların değerlendirilmesi önem taşır.

II. İşçiye Sağlanan Konutun İş İlişkisi Devam Ederken Tarafların Borçlarında Özellik Gösterdiği Haller

A. Genel Olarak

İşverence işçiye konut sağlanması, tipik iş ilişkisinden nitelik açısından farklılık yaratmaktadır. Bu durumda iş ilişkisinin niteliği kadar konutun varlığı iş ilişkisinde tarafların hak ve borçları açısından da bazı özellikler göstermektedir. Aşağıda işverence sağlanan konutun ücrete ve primlere etkisi, işçiyi gözetme borcu, iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde konutun etkisi ele alınacaktır.

⁶⁶ Gaye Baycık, Dilek Dulay Yangın, Sevil Doğan ve Oğuzhan Yay, 'COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler' (2021) 3 70 Çalışma ve Toplum Dergisi 1683, 1715; Duygu Çelebi Demir, 'Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2023) 29 1 MÜHF-HAD 596, 616. Bu konuda klasik iş sözleşmesinde geçerli olan kablulden sapılmaması gerektiği yönünde Yayvak Namlı (n 64) 282.

B. İşçinin Ücretine Etkisi

1. Konut Bedelinin Giydirilmiş Ücret Hesabında Dikkate Alınması

İş Kanunu'nun 32. maddesine göre ücret, işçiye iş görme borcunun karşılığında işveren ya da üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. İşçinin iş görme borcunun karşılığı çıplak ücret olup işçiye sağlanan prim, ikramiye, yemek, servis imkânı olarak adlandırılan sosyal yardımlar, ek menfaatler çıplak ücrete dahil edilmemektedir⁶⁷. Bununla birlikte işçiye iş görme ediminin karşılığı olan çıplak ücretinin yanı sıra sağlanan farklı ek menfaatler olabilmektedir. İşçiye sürekli biçimde sağlanan yol, yemek, prim, ikramiye gibi ek menfaatler işçinin temel ücretine eklenmekte ve bu ücret giydirilmiş ücret olarak adlandırılmaktadır⁶⁸. İşçiye sağlanan ek menfaatler arızı bir nitelikteyse, süreklilik arz etmiyorsa giydirilmiş ücretin hesabında dikkate alınmayacaktır⁶⁹. Giydirilmiş ücret, Kanunda açıkça düzenlendiği üzere kıdem tazminatı, bildirim sürelerine ait ödenecek peşin ücret, ihbar tazminatı, boşta geçen süre ücreti ile kötüniyet tazminatının hesaplanmasında dikkate alınır.

İşçiye ücretinin yanı sıra konut sağlanması halinde bu konutun karşılığının giydirilmiş ücret hesabında dikkate alınması gerekir⁷⁰. Yargıtay uygulamasında işçiye konut sağlandığı hallerde giydirilmiş ücret hesabında rayiç kira bedelinin dikkate alındığı görülmektedir⁷¹. İşçiye iş sözleşmesinin bir unsuru olarak konut

⁶⁷ Süzek ve Başterzi (n 51) 420 vd; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 184; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 618-619; Ufuk Aydın ve Burcu Ezer, *Bireysel İş Hukuku* (Genişletilmiş Güncellenmiş 8. Baskı, Nisan Kitabevi 2025) 247 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 51) 301 vd; Efe Yamakoğlu, 'İşçinin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Tazminat ve Alacaklarına Esas Ücretin Tespiti' (2024) 30 (2) MÜHF-HAD 839, 844; Akın ve Aykaç (n 56) 652; Atike Eda Manav Özdemir ve İftar Urhanoğlu, 'Türk İş Hukukunda İşçinin Ücretinin Güvencesi' (2022) 7 (2) YBHD (Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1437, 1440.

⁶⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 184; Süzek ve Başterzi (n 51) 421; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 624; Ekmekçi ve Yiğit (n 51) 302; Manav Özdemir ve Urhanoğlu (n 67) 1441.

⁶⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 184; Manav Özdemir ve Urhanoğlu (n 67) 1441; Yamakoğlu (n 67) 846.

⁷⁰ Yuvalı (n 2) 1754 vd; Alp (n 2) 256; Yardımcıoğlu (n 34) 879.

⁷¹ "...Mahkemece hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda, davacının lojmanda kaldığına dair bir delil bulunmadığı gerekçesiyle lojman bedeli eklenmeksizin sonuca gidilmiştir...Mahkemece, tanıklar yeniden dinlenilerek davacının lojmanda kalıp kalmadığı, lojmanda kaldığının tespiti halinde lojman bedelinin miktarı araştırılarak bu tutarın bir güne isabet eden miktarı bulunmalı, bu suretle bulunacak miktar davacının günlük çıplak ücretine eklenerek giydirilmiş ücreti tespit edilmelidir. Davacının lojmanda kalmadığının tespiti halinde ise şimdiki gibi karar ve-

tahsisi yapılmakta ise bu husus, işverenin işçiye yaptığı aynı bir edim olarak kabul edilmelidir. Bu yönüyle, işçiye fiilen sağlanan konut ile işçiye konut yardımı, kira yardımı gibi yapılan nakdi yardımlar birbirinden ayrılmaktadır⁷².

İşçiye konut sağlanması karşılığında iş görme borcunu ücret almadan ifa etmesinin istenmesi, iş hukukunun emredici kuralları çerçevesinde hukuka aykırıdır. Ücret, iş sözleşmesinde iş görme borcunun karşılığı, zorunlu bir unsur olup Kanunda işçinin ücretinin para ile ödenmesi gereken bir tutar olduğunu düzenlemektedir. Bu husus, Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre konut kapıcısına konut sağlama zorunluluğu bulunmamakla birlikte konut sağlanıyorsa da konut kapıcısından kira bedeli talep edilememektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında, davacının apartmanın kapıcı dairesinde kira vermeden oturması karşılığında apartmanın temizlik işlerini yerine getirdiği, böylelikle kira ödemediği, taraflar arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunmadığı yönünde verilen yerel mahkemenin bir kararının temyizi üzerine *"davacının apartmanın kapıcı dairesinde kira vermeden oturması karşılığında apartmanın temizlik işlerini yerine getirdiği açık olup, bu husus mahkemenin de kabulündedir. 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesi anlamında iş sözleşmesi kapıcılık yönetmeliği hükümlerine göre de kapıcılık sözleşmesi bulunmaktadır."* şeklinde bu hususu vurgulamıştır⁷³.

İşçiye konut sağlanması halinde konutun elektrik, su, doğalgaz, aidat⁷⁴ gibi giderleri doğrudan işverene ait olmayacaktır. İşçi ile işveren bu giderlerden kimin sorumlu olacağı hususunu kararlaştırabilirler. Konut kapıcılarına ilişkin olarak konutta kaldığı süre boyunca ortaya çıkan ilgili giderlerden kimin sorum-

rimelidir." Yargıtay 22 HD, 20753/5054, 5.3.2019 (karararama.yargitay.gov.tr). Aynı yönde Yargıtay 22 HD, 24003/34573, 15.12.2015 (lexpera.com.tr); Yargıtay 22 HD, 7067/5678, 11.3.2019 (lexpera.com.tr).

⁷² Erdenk (n 1) 127.

⁷³ Yargıtay 9 HD, 20789/19544, 8.11.2016. Aynı yönde Yargıtay 22 HD, 21402/6676, 26.3.2019 (lexpera.com.tr); Yargıtay 9 HD, 1115/6388, 27.4.2023 (lexpera.com.tr).

⁷⁴ Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesinde, kat maliklerinin aksine bir anlaşma olmadıkça ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin malik olarak sağladığı konutun Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında bir konut olması halinde işveren aidat borcundan sorumlu olacak ve fakat diğer giderlerde olduğu gibi konutu kullanan işçinin aidatı ödeyeceği kararlaştırılabilecektir. Bununla birlikte ilgili düzenleme karşısında bu yönde bir kararlaştırma olsa dahi konut maliki işveren, işçinin aidatı ödememesi halinde apartman yönetimine karşı sorumluluktan kurtulamayacaktır.

lu olacağı Yönetmeliğin 13. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre konut kapıcısının su, elektrik, ısınma, doğalgaz gibi giderlere kısmen ya da tamamen katılıp katılmayacağının sözleşme ile belirlenecektir. Uygulamada kapıcıların bu giderlerden de muaf tutulduğu görülmekte; taraflar arasında özel bir anlaşma yoksa ev sahibi kapıcının oturduğu evdeki giderleri kapıcıdan isteyebilmesi mümkün olacaktır⁷⁵. Benzer husus, konut kapıcılarının dışında konut sağlanan tüm iş ilişkileri bakımından da uygulanabilir. Belirtilen giderlerin konutu sağlayan işverence karşılanması zorunlu olmamakla birlikte işveren tarafından karşılanacağı sözleşme ile kararlaştırılmışsa ayrıca sağlanan bu menfaatler de işçinin giydirilmiş ücretinin hesaplanmasında dikkate alınacaktır⁷⁶.

2. İşçiye Konut Sağlanmasının Prime Esas Kazanca Etkisinin Değerlendirilmesi

İşverenin işçiye konut sağlaması halinde konut bedeli, ücretin eki olarak kabul edilmekle birlikte; söz konusu bedelin prime esas kazançta dikkate alınıp alınmayacağının da ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Sosyal güvenlik hukukunda prim, 5510 sayılı Kanunun 4/(I), a. ve 4/I, (c) maddelerine göre sigortalıların kazançları üzerinden hesaplanan belirli bir yüzdesinin ileride bu kimselere sosyal güvenlik sistemi kapsamında yapılacak sosyal yardımlar ve kurum yönetim giderlerine karşılık Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenmesini ifade etmektedir⁷⁷. 5510 sayılı Kanunun 79. maddesine göre, *"Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır."* Sigortalı adına ve hesabına ödenecek primlerin hesaplanmasında sigortalının kazancı dikkate alınmakta, bu kazancın nakdi bir değer olması gerekmektedir. İşveren sigortalı işçinin prime esas alınacak kazancı üzerinden Kuruma prim ödemesi yapmaktadır. Prime esas kazancın tespiti, sigortalının sosyal

⁷⁵ Yaşar (n 2) 48.

⁷⁶ Yaşar (n 2) 119. "...Somut olayda davacı apartman görevlisi olarak çalışmakta olup görevi nedeniyle kendisine konut verildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca davalı taniğinin beyanında elektrik, su ve doğalgaz faturalarının apartman tarafından karşılandığı belirtilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise giydirilmiş brüt ücret tespit edilirken bu hususlar dikkate alınmamıştır. Davacıya sağlanan bu menfaatlerin de eklenerek giydirilmiş brüt ücret üzerinden kıdem tazminatının hesaplanması gerekmektedir..." Yargıtay 9 HD, 1115/6388, 27.4.2023 (lexpera.com.tr). Yargıtay 9 HD, 16138/29423, 21.10.2015 (lexpera.com.tr); Yargıtay 9 HD, 12179/21788, 19.12.2017 (lexpera.com.tr).

⁷⁷ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 61) 251; Sözer (n 61) 210 vd; Merve Kutlu Mutluer, 'Aynı Yardım, Yemek Yardımı ve Prime Esas Kazanç: Danıştay 10. Daire'nin 08.05.2024 Tarihli ve 2023/170 Esas Numaralı Kararının Düşündürdükleri' (2025) 16 (2) İnÜHFD 365, 367.

risklerle karşılaştığında Kurumca yapılacak yardımlar, gelir ve aylıklar bakımından da belirleyici olmaktadır⁷⁸.

5510 sayılı Kanunun 80. maddesinde iş sözleşmesine göre çalışan sigortalılara işverenlerin bir ay içinde ödeyecekleri ve sigorta primlerinin hesabında göz önünde tutulacak kazanç türleri üç grup halinde toplanmıştır. Bu kazançlar, sigortalının o ay içinde hak ettiği ücretler, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara ay içinde yapılan ödemeler ile özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarlar, idare veya yargı mercileri tarafından verilen kararlar uyarınca sigortalılara yapılan ödemelerdir. Prim matrahında dikkate alınmayacak kazançlar ise aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı niteliğindeki toplu ödeme, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllık olarak belirlenecek çocuk, aile ve yemek zamlarıdır (m.80/I(b)). Prim hesabında dikkate alınmayacak kazançlar, sınırlı biçimde hükümde düzenlenmiş olduğundan burada sayılanlar dışındaki tüm nakdi kazanç değerlerinin prim hesabında dikkate alınması esastır⁷⁹. Bu kazançların prime esas kazançta dahil edilmemesi, işin karşılığı olmaktan ziyade sosyal amaçlı olarak yapılan yardımlar olması ile yakından ilgilidir⁸⁰.

İşçiye işverence konut sağlanması, iş sözleşmesinin bir parçası olarak sağlanan sosyal bir menfaat olup aynı yardım niteliğindedir. Prime esas kazançta dahil edilmeyecek olan aynı yardımların neler olduğu hususu 506 sayılı Kanun döneminde pek çok tartışmaya yol açmış ve Yargıtay'ın muhtelif kararlarında aynı yardımların sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanması yolunda yapılan bir yardım olduğu, işyerinde yemek sağlanması yerine yemek bedelinin nakit olarak ödenmesi örneğinde olduğu gibi aynı yardımın nakit olarak ödenmesin-

⁷⁸ Halil Yılmaz, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti' (2019) 145 TBB Dergisi 449, 454.

⁷⁹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 61) 272; Yılmaz (n 78) 453; Oğuz Baki Mülâyim, 'Yargı Kararları ile Sigortalılara Yapılan Ödemelerin Prime Tabi Tutulması' (2023) 6(2) Necmettin Erbakan Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 553, 557. Konuyla doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte prime esas kazançta dahil edilmeyecek kalemler, tamamen muaf tutulanlar ile kısmen muaf tutulanlar olarak ikiye ayrılmış; özel sağlık sigortaları ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları prime esas kazançta dahil edilmezken aşan kısmı dahil edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment Özkaraca, 'Aynı Yardım Kavramı ve Nakden Ödenen Aynı Yardımların Sosyal Sigorta Primine Tabi Olup- Olmadığı Karar İncelemesi' (2007) 4 Çalışma ve Toplum Dergisi 173, 181; Kutlu Mutluer (n 77) 368 vd.

⁸⁰ Özkaraca (n 79) 179; Yılmaz (n 78) 473.

de dahi aynı yardım kapsamında kabul edilerek prime esas kazançta dahil olmadığı belirtilmiştir⁸¹. Ancak 5510 sayılı Kanunun 80/1(c). maddesi ile bu tartışmalar son bulmuş ve Kanun'da belirtilenler dışında her ne ad altında olursa olsun tüm ödemeler ile aynı yardım yerine parasının verilmesi durumunda bu tutarların prime esas kazançta dahil edileceği düzenlenmiştir⁸². Bu konuda 2020/20 sayılı SGK Genelgesi'nde, aynı yardımlar ile nakdi yardımları birbirinden ayırt etmeye yarayan ölçütlerden birinin, işçinin ücret bordrosuna dahil edilip edilmemesi olduğu, bordroya dahil edilmesi halinde prime esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁸³. Doktrinde ise bu husus eleştirilmekte, sigortalıya sağlanan bir menfaatin sigortalıya aynen sağlanıp sağlanmadığının belirleyici olması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴.

İşverence işçiye nakdi bir değer olarak konut yardımı yapılması ile aynı olarak konut sağlanması arasında prime esas kazançta dahil edilip edilmeme hususunda bu yönde bir farklılık bulunmaktadır. İşverence işçiye konut yardımı yapılması halinde bu yardım nakdi bir değer olarak hem giydirilmiş ücretin hesabında hem de prime esas kazançta dikkate alınacaktır. Oysa işverence işçiye aynı olarak konut sağlanması halinde konut bedeli giydirilmiş ücretin hesabında dikkate alınırken; işçinin prime esas kazancının hesabında dikkate alınmayacaktır⁸⁵.

⁸¹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 61) 272 vd; Sözer (n 61) 218. Yargıtay 21 HD, 41807/1193, 5.2.2007. Kararı haklı bulan inceleme için Ömer Ekmekçi, 'Aynı Yardımlar ve Özel Sağlık Sigortası'nın Prim Matrahına Dahil Edilmemesi (21. Hukuk Dairesi'nin Ders Veren Bir Kararı Üzerine)' (2007) 7 (3) SİCİL İş Hukuku Dergisi 120, 123; Özkara (n 79) 174 vd.

Aynı yardımların prime esas kazançta dahil edilmesi esasları hakkında 2016/12 Altın Bedelleri ve 2020/20 sayılı İşveren İşlemlerine İlişkin SGK Genelgeleri bulunmaktadır. 2016/12 sayılı Genelgede, aynı yardım yiyecek, giyecek, ısınma vb. doğrudan sigortalının ihtiyaçlarını gidermeye yönelik para olarak değil de mal veya hizmet olarak yapılan yardımlar olarak ifade edilmiştir. 2020/20 sayılı Genelgede ise, sigortalılara aynı (mal) olarak yapılan yardımların tutarlarına bakılmaksızın prime esas kazançlara dahil edilmeyeceği; aynı yardımların sigortalılara nakden ödenmesi halinde (Örneğin, yağ parası, un parası, ayakkabı parası, giyim yardımı gibi) prime tabi tutulması gerekmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu, 2020/20 Genelgesi 88.

⁸² Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 61) 274.

⁸³ 2020/20 Genelgesi (n 57) 92-93.

⁸⁴ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 61) 274.

⁸⁵ Oysa Alman Sosyal Güvenlik Kanunu (*SozialGesetzBuch- SGB*) §14 uyarınca sosyal güvenlik hukuku anlamında işçiye konut sağlanması nakit dışı bir menfaat olarak kabul edilip benzer rayiç kira bedeli üzerinden prime esas kazanç hesabında dikkate alınması gerekir. Drasdo ve Elzer (n 45) §86 para 89 vd.

C. İş sözleşmesinin Askıya Alınmasının İşverenin İşçiye Sağladığı Konuta Etkisi

1. Genel Olarak İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

İş sözleşmesinden doğan sürekli borç ilişkisi içerisinde işçinin iş görme edimini kusursuz ve geçici olarak yerine getiremediği veya işverenin işçinin iş görme edimini geçici ve kusursuz olarak kabul edemediği haller ortaya çıkabilecektir. Bu gibi hallerde iş sözleşmesinin askıya alınması, belirli koşulların gerçekleşmesiyle kendiliğinden ortaya çıkan ve edim borçlusu edimini ifa edemediği takdirde onu sorumluluktan kurtararak iş sözleşmesini ayakta tutan hukuki bir kurumdur⁸⁶. Böylelikle işçinin iş görme edimini kusursuz olarak geçici bir ifa veya işverenin kusursuz, geçici bir ifayı kabul imkansızlığı içinde olması halinde tarafların temel borçlarının askıya alınması ve fakat iş sözleşmesinin devam etmesinin sağlanması iş sözleşmesinin askıya alınması teorisi ile gerçekleşmektedir⁸⁷.

İş sözleşmesinin askıya alınmasına yol açan nedenler, kimi zaman doğum izni ya da grev gibi kanuni bir hakkın kullanılmasından doğabileceği gibi kimi hallerde işçi veya işveren tarafında dürüstlük kuralına göre belirlenen geçici ifa imkansızlığı doğuran durumlardır⁸⁸. Doktrinde iş sözleşmesinin askıya alınmasının temelini geçici ifa imkansızlığı ve işçi özelinde iş görme edimini yerine getirmesinin beklenemez olması ve bu beklenilmezliğin maddi bir ifa imkansızlığı olabileceği gibi manevi bir ifa imkansızlığı da olabileceği ifade edilmektedir⁸⁹. Bununla birlikte iş sözleşmesinin askıya alınmasına yol açan ve işverenin ifayı kabul edemediği haller, beklenilmezlik değil maddi imkansızlıktan doğmalı, beklenilmezlik ölçütü işveren özelinde kabul edilmemelidir⁹⁰.

⁸⁶ Sarper Süzek, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi* (Savaş Yayınları 1989) 36 vd; Süzek ve Başterzi (n 51) 560; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 771; Rabiye Yaman, 'İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları', (2016) 74 İstanbul Ün. Hukuk Fak. Mecmuası 765, 767; Aydın ve Ezer (n 67) 453; Recep Makas, *İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2023) 18-19; Emre Karabacak, 'İş Hukukunda Ücretsiz İzin' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2025) 33.

⁸⁷ Süzek ve Başterzi (n 51) 559; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 770-771; Aydın ve Ezer (n 67) 455; Makas, *Askı* (n 86) 19.

⁸⁸ İzzet Otru, *İş Hukukunda Ücretsiz İzin* (Seçkin Yayıncılık 2012) 23; Makas, *Askı* (n 86) 19.

⁸⁹ Süzek (n 86) 48; Savaş Taşkent, 'İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin' (2006) 3 SİCİL İş Hukuku Dergisi 20, 22; Sarper Süzek, 'İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler' (2007) 9 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 128; Süzek ve Başterzi (n 51) 520; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 784; Efe Yamakoğlu ve Eda Karaçöp, 'İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları' (2014) 20 (1) Marmara Ün. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi 479, 482; Akın ve Aykaç (n 56) 418; Yaman (n 86) 763; Karabacak (n 86) 36.

⁹⁰ Süzek (n 86) 67; Süzek ve Başterzi (n 51) 525; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 89) 488; Yaman (n 86) 765. Maddi imkansızlık ölçütünün dar olduğu ve işverenden kaynaklanan nedenlerle iş

İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin askıya alınmasının koşulları, hüküm ve sonuçları yönünde genel bir düzenlemeye yer verilmemişse de iş sözleşmesinin askıya alındığı askerlik, sağlık nedenleri gibi hallere ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Geçici askerlik veya yasal ödev (m.31), sağlık nedenleri (m. 24/I ve m.25/I), zorlayıcı sebepler (m.24/III ve m.25/III), gözaltı ve tutukluluk hali (m.25/IV), ailevi nedenler (ek m.2), işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı süre (m. 34), gebelik ve doğum halleri ve izinleri (m. 74), işçi kuruluştan yöneticiliği (6356 s. K. m. 23) ve grev ve lokavt (6356 s. K. m.67/I), iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlike arz eden hallerde çalışmaktan kaçınılan süre (6331 s. K. m. 13), kısa çalışma süreleri (4447 sayılı Kanun) kanunlarda düzenlenen askı halleridir.

Kanunda düzenlenen bu askı hallerinin konuta etkisi bakımından genel kuraldan hareket etmek gerekir. İş sözleşmesi askıya alındığında teknik olarak iş sözleşmesi varlığını sürdürmekte, sadece işçi ile işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları yerine getirilmemektedir⁹¹. İş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde işverenin ücret ödeme borcu, işçinin iş görme borcunu ifa edilmemekte ve fakat iş sözleşmesinin varlığını sürdürmesi sebebiyle hastalık, kaza, doğum, askerlik gibi sebeplerle askıya alındığı hallerde işverence sağlanan konuttan işçinin faydalanmasının devam etmesi gerekmektedir⁹². Tüm bu hallerde iş ilişkisinin, askı halleri ortadan kalktıktan sonra devam edeceği düşüncesine dayandığından işçinin işverence sağlanan konuttan askı süresi boyunca yararlanması gerektiği sonucuna varılabilecektir. İşverence işçiye sağlanan konut, her ne kadar işçinin ücretine dahil edilen bir ayni yardım olarak kabul edilse de işçinin yaşamının geçtiği yer olması sebebiyle burada ücretin olmaması, konuttan faydalanma hakkını ortadan kaldırmaz. Nitekim işverence konut sağlanması, işçinin fiili çalışmasına bağlanan doğrudan bir sonuç değildir. Kaldı ki mazeret izinleri, askerlik, zorlayıcı sebepler gibi kanunun düzenlediği askı hallerinin görece kısa süreler olduğunu ifade etmek gerekir. Bu hallerde ve özellikle kanuni bir hakkın kullanılması sebebiyle işçinin konuttan çıkmasını istemek dürtülük kuralına da aykırılık arz edecektir.

sözleşmesinin askıya alınmasının "kendisine yasal düzenlemelerle ifayı kabul etmeme imkânının tanındığı durumları" da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması daha isabetli olacaktır hk. Karabacak (n 86) 36-37.

⁹¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 784; Akın ve Aykaç (n 56) 419.

⁹² Karabacak (n 86) 173. Benzer yönde fiili çalışmaya bağlı olmayan sosyal yardımların da ücretsiz izin dönemlerinde ödenmesi gerektiği yönünde Özgür Oğuz, *Ücretsiz İzin* (Yenilenmiş 2. Bası, Legal Yayıncılık 2025) 43.

İşçiye sağlanan konutun iş sözleşmesinin varlığına bağlı olması ve fiili çalışmaya bağlı aynı yardımlardan olmamasına binaen, iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçinin konuttan faydalanma imkânı devam etmelidir. Ancak iş sözleşmesinin askıya alındığı her durum açısından genel bir kuraldan bahsetmek yerine askı halleri özelinde değerlendirme yapmak kanaatimizce önemlidir. Bu nedenle aşağıda özellik gösteren bazı askı hallerinin işçiye sağlanan konuta etkisi ele alınacaktır.

2. Kanuni Grev ve Lokavt Halinin İşçiye Sağlanan Konuta Etkisi

Grev ve lokavt, kolektif iş ilişkileri sisteminde öngörülmuş kolektif baskı yollarındandır. İşverende baskı yaratmak amacıyla işçilerin ortak bir karara dayanarak iş görmeyi bırakması veya işi durdurmasını ifade eden grev, Türk hukukunda temelini Anayasal bir hak olarak 54. maddedeki “*Toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler..*” düzenlemesinden almaktadır⁹³. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun⁹⁴ 58. maddesinin birinci fıkrasında grev “*İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları...*” olarak tanımlanmıştır. Grev hakkı, işçilere tanınmış bir hak iken iş mücadelesi hukukunda silahların eşitliği prensibi çerçevesinde işverene de lokavt imkanı tanınmış; Anayasa’nın yine 54. maddesinde düzenlenmiştir. Doktrinde lokavt, genel olarak işverenin işçileri topluca işten uzaklaştırması olarak tanımlanmakta ve lokavta Anayasa’da yer verilmiş olmasına karşın, ‘grev hakkı’ ve ‘lokavt’ şeklinde ifade edilmesinin tesadüfi olmadığı, Anayasa nezdinde lokavtın grev ile eşit bir şekilde değerlendirilmediği ifade edilmektedir⁹⁵. Lokavt tanımı da 6356

⁹³ Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri C.1* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1987) 233; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Güncellenmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi 2025) 419-420; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri* (Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Bası, Beta Yayıncılık 2013) 547-548; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan (n 51) 678; Eda Manav Özdemir, *Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi* (Turhan Kitabevi 2016) 30 vd; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Toplu İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Bası, Oniki Levha Yayınları 2025) 668; Dilek Dulay Yangın, *İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Oniki Levha Yayınları 2021) 40.

⁹⁴ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 7.11.2012/28460.

⁹⁵ Sur (n 93) 514; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan (n 51) 686; Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 689.

sayılı Kanun'un 59. maddesinin birinci fıkrasında, "... İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılması" şeklinde düzenlenmiştir.

Türk hukukunda işçilerin her türlü iş bırakması veya işverenin işçileri işten topluca uzaklaştırması kanuni kabul edilmemekte; ayrıca kanuni grev ve lokavt 6356 sayılı Kanun ile düzenlenmektedir. Buna göre kanuni grev, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla yapılabilecektir (STİSK. m.58/2). Aynı şekilde 6356 sayılı Kanunun 59. maddesinin ikinci fıkrasında, kanuni lokavt, "... Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması hâlinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavt..." olarak tanımlanmıştır. Kanuni grev ve lokavt ile kanundışı grev ve lokavta bağlanan hukuki sonuçlar farklıdır. Kanundışı grev yapılması halinde işveren grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devamı teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilirken; işverenin kanun dışı lokavt ilan etmesi halinde, işçiler iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (STİSK. m. 70). Bununla birlikte kanuni grev ve lokavt, iş sözleşmelerinin askıya alınması sonucunu doğurur; bu süreler boyunca iş sözleşmesinden doğan temel edimler olan iş görme ve ücret unsurları askıya alınır (STİSK. m. 67)⁹⁶.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 69. maddesinde, işçinin kanuni greve katılması ya da işverenin lokavt ilan etmesi sebebiyle iş sözleşmesinin askıya alınmasında işverence sağlanan konuta ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. Anılan hükme göre, "(1) İşveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince greve katılan veya lokavta uğrayan işçilerin oturdukları ve kendisi tarafından sağlanmış olan konutlardan çıkmalarını isteyemez. (2) İşveren, bu konutlarda oturan işçilerden, grev ve lokavt süresi içinde konutların onarımı, su, gaz, aydınlatma ve ısıtma giderleri ile rayiç kirayı talep edebilir. (3) İşveren, konutların su, gaz, aydınlatma ve ısıtma hizmetlerini, kanuni grev ve lokavt süresince kısıntıya uğratamaz. Ancak bu hizmetlerin kanuni grev ve lokavt yüzünden kısıntıya uğramış olanlarının devamı, işçiler tarafından istenemez." İşçinin kanuni grev hakkını kullanması halinde iş sözleşmesi askıya alındığından işçi iş görme borcunu ifa

⁹⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 1129; Sur (n 93) 486; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan (n 51) 702; Narmanlioğlu (n 93) 726; Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 732; Makas *Askı* (n 86) 96-97.

etmez, işveren de ücret ödemekle yükümlü olmaz. İşçiye sağlanan konut ise iş sözleşmesinde ücret eki olarak öngörüldüğünden konuttan yararlanma hakkının da askıya alınabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte kanunkoyucu işçiye sağlanan konutun işçinin iş sözleşmesini aşan ve yaşam alanı ile ilgili bir olgu olması sebebiyle rayiç kira bedeli öngörerek farklı bir çözüm yolu getirmiştir⁹⁷.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun⁹⁸ 44. maddesinde de ilgili husus düzenlenmiş ve yürürlükteki Kanun'a aynen alınmıştır. Ancak onun öncesindeki 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 28. maddesinde, kanunî bir grev veya lokavt süresince, greve katılan veya lokavta uğrayan işçilerin oturdukları konutlardan çıkmalarının istenemeyeceği; ancak grev veya lokavtın ilanından başlayarak fiilen aralıklı da olsa bu durumun doksan gün devam etmesinden sonra uygulanmayacağını ifade ederek işçinin bu hallerde konuttan faydalanması doksan gün ile sınırlandırılmıştı⁹⁹. Kanuni grev ve lokavt halinde işçinin konutta doksan gün daha kalmasına ilişkin düzenlemenin değiştirilerek işçinin konuttan ayrılması yerine kira bedeli ile konut giderlerinin işçiden talep edilebilmesi, kanaatimizce daha adil bir sonuç yaratmaktadır. İşçinin ailesi ile konutta yaşadığı düşünüldüğünde yasal bir hakkın kullanılmasının kaç gün süre geçerse geçsin konutu terk etme yükümlülüğüne yol açması, hakkın kullanımını zorlaştıran bir mahiyet arz etmektedir¹⁰⁰. İşçi

⁹⁷ Manav Özdemir (n 93) 266; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan (n 51) 706; Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 760.

⁹⁸ Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (mülga), Kanun Numarası: 2822, Kabul Tarihi: 5.5.1983, R.G 7.5.1983/18040.

⁹⁹ İlgili düzenleme 1961 Anayasasının örgütlenme özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerine aykırı olduğu ve iptali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiş; Anayasa Mahkemesi, ilgili düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermişti. Gerekçesi ise şu şekildedir: "...Konut sağlayarak işçisini kazançlı duruma sokmuş olan bir işveren, grev dolayısıyla işçisine konut sağlamamış bulunan bir işverene göre daha çok zarara uğramakta, iyiliğinin karşılığı bir bakıma ceza çekmiş gibi olmakta, işverenler arasında bir eşitsizlik doğmaktadır. Doksan gün sonra konuttan çıkarma yasağının kalkmasıyla işverenler arasında eşitlik sağlanmaktadır ve bu bakımlardan hüküm, hakkaniyete uygundur. Grev yapan işçilerin uzun süre sürecek grevleri sırasında konuttan çıkarılmaması kabul edilirse, bu hüküm, işverenlerin işçilere konut sağlamaktan çekinmelerine yol açabilir ki bu da işçiler yararına olmaz. Grevin uzun süreceğinin anlaşılması halinde işçiler, kendilerine oturacak yeni bir yer bularak doksan günün sonunda konutlardan çıkarıldıklarında sokak ortasında kalmak gibi kötülüklerden kendilerini koruyabilirler..." Anayasa Mahkemesi, E 1963/337 K 1967/31, 20.10.1967.

¹⁰⁰ Narmanlıoğlu (n 93) 722 vd. Bu yönde sözleşmesi askıya alınan işçilere konuttan çıkma zorunluluğunun getirilmemiş olmasının konut hakkının grevin önünde bir baskı unsuru olarak kullanılmamasının amaçlandığı konusunda Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 760; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 4) 1134.

grev hakkını kullanırken ücrete de hak kazanmadığı için yeniden kendisinin ve ailesinin yaşamını idame edeceği konut arayışına girmesi ve düzenlerinin değişmesi maddi ve manevi olarak zorlayıcı niteliktedir. Öte yandan önceki düzenleme grevin doksan günden uzun sürdükten sonra grevin sonlandırılması halinde iş sözleşmesinin askı hali sona erdiğinden konuttan ayrılan işçiye işverenin konut sağlamaya devam edip etmeyeceğine ilişkin belirsizlik içermekteydi. Yürürlükteki düzenlemenin işçinin daha lehine olduğu ve grev hakkını kullanabilmesini engelleyici mahiyette olmadığı söylenebilecektir. Doktrinde getirilen düzenleme ile bu konuda ortalama bir çözüme yönelindiği, hizmet ilişkisine dayanan bu yararlanmanın grev süresince bir nevi kanundan kaynaklanan kiraçılık hakkına dönüştüğü ifade edilmiştir¹⁰¹.

İşçiye sağlanan konutun işyeri sınırları içerisinde olması halinde, grev sırasında işçinin işyeri terk etme zorunluluğu bakımından konut için de bu zorunluluğun uygulanıp uygulanmayacağına da değerlendirilmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 64. maddesinde, greve katılan işçilere işyerini terk etme zorunluluğu getirilmiştir. Düzenlemenin amacı, greve katılan işçilerin, grev sırasında işyerinde kalmasının iş barışı konusunda ortaya çıkarabileceği tehlikeleri ortadan kaldırmak ve greve katılmayan işçilerin çalışma özgürlüğünü korumaktır¹⁰². Ancak işyerini terk etme yükümlülüğü, işçinin konutu fiilen kullanmasının engellenmesini kapsamadığı kanısındayız. İşçi grev esnasında, kendisine konut olarak ayrılan yere girebilir ve konutu kullanımı engellenmez¹⁰³.

İşverence konut sağlanması halinde işveren, işçiden grev ve lokavt süresince ısıtma, su, elektrik gibi konut giderlerini ve rayiç kira bedelini talep edebilecektir (STİSK m. 69). Doktrinde rayiç kiranın nasıl ödeneceği konusunda bir düzenleme olmadığı, ancak başka türlü bir anlaşma yoksa, ücretin en geç ayda bir ödenmesi kuralının rayiç kira için de kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁴. Konut masraflarının ve rayiç kira bedelinin ödenmemesi ve tespiti yönündeki uyuşmazlıklarda iş sözleşmesinin devam etmesi sebebiyle iş mahkemeleri görevli olacaktır. Bununla birlikte işçinin kirayı ödememesinin işverene sözleşmeyi haklı nedenle feshetme ya da konutu tahliye ettirme hakkı vermeyeceği kanaatindeyiz¹⁰⁵.

¹⁰¹ Oğuzman, 233; Sur, 491; Narmanlıoğlu (n 93) 723.

¹⁰² Sur (n 93) 491; Manav Özdemir (n 93) 247

¹⁰³ Manav Özdemir (n 93) 267; Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 763.

¹⁰⁴ Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 763.

¹⁰⁵ Aynı yönde Ekmekçi ve Yiğit *Toplu İş* (n 93) 763.

3. İşçinin Ücretsiz İzne Çıkarılması Halinde İşçiye Sağlanan Konutun Durumu

İş sözleşmesi kanunda düzenlenen askı hallerinin dışında tarafların anlaşmasıyla askıya alınabilir¹⁰⁶. İşçi ve işveren, iradi olarak iş görme ve ücret ödeme borçlarının askıya alınacağını kararlaştırabilirler. Doktrin görüşleri ve yargı kararları ile esasları şekillenen ücretsiz izin, tarafların karşılıklı anlaşarak iş sözleşmesini askıya aldıkları en yaygın uygulamadır¹⁰⁷. Bunun dışında işverenin tek taraflı olarak işçiyi ücretsiz izne çıkarması, iş hukukunun koruyucu perspektifi altında çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olduğundan İş Kanunu'nun 22. maddesinde belirtildiği gibi ancak işçinin yazılı onayı ile yapılabilir¹⁰⁸. Değişiklik önerisini kabul eden işçinin ne kadar süre ücretsiz izne çıkarılacağı konusunda azami bir süre sınırı bulunmamakla birlikte askı halinin geçici olması prensibinden hareketle dürüstlük kurallarına uygun, makul bir süre olması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁹.

İşçiye sağlanan konutun işçinin ücretsiz izne ayrılmasının kararlaştırıldığı hallerde akıbetinin ne olacağının kanaatimizce ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda mevzuatta bir düzenleme yer almadığından boşluk bulunmaktadır. Kanaatimizce buradaki boşluk, grev ve lokavtın da ne zaman sona ereceğinin baştan bilinmemesi sebebiyle kıyasen 6356 sayılı Kanunun getirdiği grev ve lokavt halinde işçiye sağlanan konuta ilişkin düzenleme ile doldurulabilecektir¹¹⁰. Bu durumda dahi işçi, konuttan yararlanmaya devam etmelidir. Özellikle ücretsiz izin teklifinin işverenden geldiği durumlarda işçiden kaynaklanmayan bir askı hali olması sebebiyle konuttan faydalanmaya devam etmesi hakkaniyet gereğidir¹¹¹.

¹⁰⁶ Süzek *Ücretsiz İzin* (n 86) 127; Süzek ve Başterzi (n 51) 527; Otru (n 88) 51; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 89) 481; Yaman (n 86) 766; Makas *Askı* (n 86) 155; Oğuz (n 92) 3; Akın ve Aykaç (n 56) 425; Karabacak (n 86) 105.

¹⁰⁷ Otru (n 88) 26; Ekmekçi ve Yiğit (n 51) 590; Makas *Askı* (n 86) 155; Oğuz (n 92) 5.

¹⁰⁸ Süzek ve Başterzi (n 51) 566; Taşkent (n 89) 22; Süzek *Ücretsiz İzin* (n 86) 128; Otru (n 88) 52 vd; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 89) 493-494; Ekmekçi ve Yiğit (n 51) 108 vd; Makas *Askı* (n 86) 110; Akın ve Aykaç (n 56) 427; Betül Erkanlı Başbüyük, 'Ücretsiz İzin Sonrası İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları' (2025) 11 (1) Anadolu Üniv. Hukuk Fak. Dergisi 145, 152; Sena Berfin Tunç, *Ücretsiz İzin* (Seçkin Yayıncılık 2025) 37 vd.

¹⁰⁹ Süzek ve Başterzi (n 51) 567; Süzek *Ücretsiz İzin* (n 86) 129; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 89) 500; Erkanlı Başbüyük (n 108) 153; Karabacak (n 86) 106. Ücretsiz izin teklifinde sürenin belirlenmesinin şart olduğu, süre belirlenmediği hallerde işçinin iradesinin ne sürede geçerli kalacağının sadece 'dürüstlük kuralı' ile belirlenmesinin sosyal adalet ile bağdaşmayacağı konusunda Otru (n 88) 68. Ücretsiz izin teklifinin süresinin belirli olup olmaması hususunda farklı doktrin görüşleri için bkz. Tunç (n 108) 54 vd.

¹¹⁰ Karabacak (n 86) 173.

¹¹¹ Karabacak (n 86) 172-173.

Ev hizmetlerinde olduğu gibi işçinin işveren ile aynı ev düzeni içerisinde yaşadığı hallerde iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda işçinin ev işlerini görmemesi ve fakat işvereni ile aynı evde veya eve oldukça yakın bir mekanda yaşaması söz konusu olabilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 418. maddesinde, işçinin kusuruna dayanmayan sağlık sebebiyle iş görememe hallerine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre, *"İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörüme edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır. İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür."* Bu kapsamda gebelik, hastalık, kaza, doğum gibi sebeplerle işçinin iş göremediği hallerde işverenin bakım ve tedavi yükümlülüğü de ayrıca öngörülmüştür. Bu gibi hallerin ev hizmetlerinde çalışan işçinin konut yardımından faydalanmasını da kapsayacağı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce durum, ev hizmetlerinde çalışan işçinin ücretsiz izne çıkarılması halinde yaşadığı iş görme borcunu ifa ettiği yerde aynı zamanda yaşıyorsa, konuttan faydalanmaya devam edip etmeyeceği hususunda farklılaşmaktadır. Örneğin, aile üyeleriyle birlikte yaşayan, yaşlı aile bireyine bakım işini üstlenen ve onunla aynı konutta yaşayan işçinin, yaşlı bireyin yoğun bakıma alınmasına binaen uzun süre hastanede kalacak olması sebebiyle ücretsiz izne çıkarılması halinde konutta yaşamaya devam edip etmeyeceği hususunda durum böyledir. Somut örnekte, ev düzeni içinde hasta bakım işini üstlenen işçinin gördüğü iş ile konutta yaşam olgusu iç içe geçmiş durumda olup işverenden iş görmeyen işçiyle aynı ev içinde yaşamaya katlanma yükümlülüğü olup olmadığı burada belirleyicidir. Kısa süreli ücretsiz izinler bakımından bu yönde bir katlanma yükümlülüğü makul olarak değerlendirilebilse de kanaatimizce uzun süreli durumlarda işverenin iş görme borcu ifa etmeyen bir işçiyle aynı konutta yaşamasını beklemek menfaat dengesine uygun düşmeyebilir¹¹². Bu kapsamda işverenin ev hizmetlerinde çalışan işçiye artık konuttan faydalandırmak yerine ücretsiz izni geçireceği yerin masraflarını hakkaniyet ölçüsünde karşılaması beklenebilir. İşçi de dürtülük kuralı gereği, bunu kabul etmelidir.

¹¹² Karabacak, ev hizmeti gören işçinin işvereniyle aynı ev düzeni içerisinde birlikte yaşama olgusuna neden olan durumun, işçinin iş görme edimine sürekli olarak ev içerisinde ihtiyaç duyulması olduğunu; ücretsiz izin süresince işçi iş görmeyeceğinden işverenin bu şekilde işçinin sürekli olarak iş görmesine ihtiyaç duyacağı bir durum bulunmadığını ve bu nedenle ücretsiz izin süresince işverenin işçiyle aynı ev düzeni içerisinde yaşama zorunluluğu olmadığını ifade etmektedir. Karabacak (n 86) 172.

D. İşverenin İşçinin Konut Yaşamına Dair Talimatları ve İşçinin Özel Hayatı

İşverenin yönetim hakkı, işin sahibi olarak işverene iş görme sürecini tasarlama yetkisi vermektedir. Bu husus 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 398. maddesinde açık bir biçimde düzenlenmektedir. İlgili düzenlemeye göre, *"İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür."* İşverenin yönetim hakkı, işçiye vereceği talimatlarla somutlaşırken ilgili düzenleme bir yönüyle de yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatların sınırını ortaya koymaktadır¹¹³. Buna göre işveren yönetim hakkı kapsamında işin nerede, ne zaman ve nasıl görüleceği ile ilgili, işin görülme sürecine ilişkin genellikle işyerindeki çalışma yöntem ve düzenine ilişkin talimatlar ile işyerinin güvenliği ve düzeninin sağlanması kapsamında talimatlar verebilecektir¹¹⁴. İşverenin yönetim yetkisini aşan talimatlar ise çoğu kez işçinin kişiliği, kişilik değerleri ya da temel hak ve özgürlüklerine müdahale etme olasılığı bulunan talimatlar olup işçinin bu talimatlara uyma borcu bulunmamaktadır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği emir ve talimatların sınırını, işçinin işyerindeki davranışları oluşturduğundan; işçinin işyeri dışındaki davranışlarına yönelik emir ve talimatların yönetim yetkisi kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Kural olarak işveren, işçinin işyeri dışında kalan davranışlarına ilişkin talimatlar veremeyecekse de doktrinde, istisnai olarak ve özellikle işin niteliği ile işverenin korunması gereken menfaatleri çerçevesinde işçinin işyeri dışındaki davranışlarına ilişkin talimatlar verilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁵. Doktrinde bu konuda, sağlık çalışanlarının çalıştıkları sağlık kuruluşuna yakın ikamet etmelerinin istenmesi, bankanın veznesinde çalışan kişilerin kumarhaneye gitmelerinin yasaklanması örnekleri verilmektedir¹¹⁶. Ancak bu-

¹¹³ Savaş Taşkent, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Met-Er Matbaası 1981) 29 vd; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 273 vd; Süzek ve Başterzi (n 51) 88 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 16) 86-87; Sevgi Dursun Ateş, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2019) 116; Ugan Çataalkaya (n 14) 129 vd; Berna Öztürk, *İşçinin Talimatlara Uyma Borcu* (Oniki Levha Yayınları 2021) 39 vd.

¹¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 276; Süzek ve Başterzi (n 51) 89; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 16) 592; Erhan Birben, 'İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi' in Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (Oniki Levha Yayınları 2016) 141.

¹¹⁵ Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002) 125; Öztürk (n 113) 420 vd.

¹¹⁶ Ugan Çataalkaya (n 14) 288. Benzer örnekler için Tosun (n 14) 153 vd.

nun dışında işçilerin tamamen özel yaşamında işçinin davranışına yapılan müdahaleler, yönetim hakkının dışında kalacaktır.

İşçiye sağlanan konutun işverenin örgütlediği birim içinde yer alması halinde işverenin vereceği talimatlarla işçinin konuttaki yaşamına müdahale edebilmesi, işçinin yaşamını gözetleyebilmesi söz konusu olabilecektir. İşçinin işverence sağlanan konutta yaşaması, özel yaşamını konutta sürdürmesi sebebiyle işverenin müdahale etme olasılığını arttırmaktadır. Bu durumda işçinin özel yaşamının korunması oldukça önemlidir. İşçinin özel yaşamına ilişkin unsurların bilinmemesi, kişilik hakkı kapsamında korunmaya değer bir menfaat olup, özel yaşamın gizliliği temel hak ve özgürlükler içerisinde yer almaktadır¹¹⁷.

İş ilişkilerinde ise işçinin kişiliğinin bir parçasını oluşturan özel hayatın gizliliğinin korunması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde bir işveren yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir ve kişilik değerinin bir parçası olarak işverenin işçiye gözetme borcu kapsamında korunmaktadır. İlgili düzenlemeye göre, *"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür."* İşçinin kişiliğinin korunması, kişilik değerlerine dahil olan her türlü değer de korunmasını gerektirmektedir¹¹⁸.

Özel hayatın tanımı ve sınırlarının ne olduğunun tespiti, özel hayatı oluşturan unsurların genişliği sebebiyle güçlük arz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında özel hayata ilişkin bir tanım vermekten ziyade özel hayatı oluşturan değerler üzerinden belirleme yapma yoluna gidildiği görülmektedir¹¹⁹. Anayasa Mahkemesi de benzer bir biçimde bireysel başvuruya yönelik verdiği çeşitli kararlarda bu hususu vurgulamakta; bireyin kişiliğinin gelişmesi de temel alınarak hakkın istenmeyen müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama, kendi kişiliği-

¹¹⁷ Süzek ve Başterzi (n 51) 665; Ertürk (n 115) 128 vd; K. Ahmet Sevimli, 'İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkileri' (2008) II (10) Sicil İş Hukuku Dergisi 53, 54; Seracettin Gökteş, 'Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu' (2021) 38 (2) Anayasa Yargısı 1, 10.

¹¹⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 4) 367; Sevimli *Özel Yaşam* (n 9) 8-9; Sevimli (n 117) 39; Gökteş (n 117) 11.

¹¹⁹ Gizem Dursun, 'AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı' (2018) 13 (167-168) Bahçeşehir Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 208; Nurşen Caniklioğlu, 'İşçinin Özel Hayatına Saygı Hakkı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Bu Hakkın Korunması' (2025) 54 SİCİL İş Hukuku Dergisi 41, 45.

ni gerçekleştirme hakkını da içerdiği ve içkin kısmının ise mahremiyet hakkı olduğu ifade etmektedir¹²⁰. Kendi kişiliğini geliştirme hakkı ise kişinin faaliyetlerini yönlendirebilmesi, sosyal kimliğini oluşturma ve geliştirmesi ile yakından ilgili olup meslek yaşamı da bu hak ile sıkı bir biçimde bağlantılıdır¹²¹. Buna göre meslek yaşamında kişiler kendini gerçekleştirme hakkını kullanabilmeli, işverenler ise çalışanların kendini geliştirme hakkına keyfi biçimde müdahale etmemelidir.

İşçinin kendini geliştirme ve mahremiyet hakkını da içeren özel hayatına saygı duyulması ile işverenin işin yürütümü amacıyla ihtiyaç duyduğu bazı hallerde, işçinin özel hayatına müdahale teşkil edebilecek kimi talimatlar vermesi durumunda işverenin menfaatleri ile işçinin özel hayatına yapılan müdahalenin dengelenmesi önem taşır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla işyerinde bazı izleme ve gözetleme faaliyetlerini yapabilmesi, iş sırlarının korunması ve veri güvenliğinin sağlanması amacıyla bilgisayarların denetlenmesi gibi örnekler bunlardan sadece birkaçıdır¹²². İşverenin yönetim yetkisi ve işçinin kişilik haklarına müdahale arasında ki dengenin sağlanıp sağlanmadığı ölçülülük ilkesi ile açıklanmaktadır¹²³.

İşverenin işçiye sağladığı konutun, fiziken işyeri sınırları içerisinde olması halinde işverenin işçinin özel hayatı ile ilgili daha fazla denetim imkanının olabilmesi kaçınılmazdır. Bu durumda, aslında işçinin çalışma süreleri dışında özel hayatının gizliliği olduğu kabul edilse dahi konutunun işverenin iş organizasyonu içerisinde yer alıyor olması sebebiyle işverence dolaylı da olsa işçinin kimlerle görüştüğü, nasıl bir hayat yaşadığı, neler yiyip içtiği hususunda izlenebilme ihtimali karşımıza çıkar. Bu gibi durumlarda işçinin özel hayatının iş hayatından tamamen izole olduğunu savunmak mümkün görünmemektedir. Örneğin, işverenin işyeri güvenliğini sağlamak amacıyla kamera ile işyerini gözetlemesi, işyeri sınırları içindeki işverence sağlanmış konutun da dolaylı olarak izlenmesine ve işverenin bu konuda dolaylı olarak bilgi sahibi olmasına yol açabilecektir. Bu durum, işçinin özel yaşamının işverenin örgütlediği alan niteliğindeki ve bir anlamda otoritesinin altında bulunan konutta

¹²⁰ Anayasa Mahkemesi, B 2013/9660, 21.1.2015 para 32 (lexpera.com.tr); Anayasa Mahkemesi, B 2016/10325, 10.3.2021 para 34 (lexpera.com.tr); Birben (n 114) 136; Keser (n 11) 12. Doktrinde, Yargıtay kararlarında Anayasa Mahkemesi kararlarındakinin aksine, özel yaşam hakkının korunmasının dikkate alınmadığı, oysa ölçülülük ilkesi gereği, işverenin menfaatleri ile özel yaşam hakkının dengelenmesi ve özel yaşama üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Süzek ve Başterzi (n 51) 666; Alp ve Dulay Yangın (n 13) 1385 vd; Caniklioğlu (n 119) 46.

¹²¹ Dursun Ateş (n 113) 213.

¹²² Sevimli *Özel Yaşam* (n 9) 197-198; Caniklioğlu (n 119) 50; Göktaş (n 117) 23.

¹²³ Ugan Çatalkaya (n 14) 63 vd; Caniklioğlu (n 119) 50.

gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bir anlamda işverenin otoritesi ve hakimiyet alanında yer alan fiziki mekânda işçi özel yaşamını geçirmektedir. Bu husus, işverenin işçinin özel hayatına müdahale etme olasılığını kuvvetlendirmektedir.

İşçinin kardeşiyle birlikte, işyeri sınırları içerisinde işverence kendisine tahsis edilmiş konutta alkol alarak kutlama yapmasına binaen, iş sözleşmesi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranış sebebiyle işverence feshedilmesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta Yargıtay, işçinin özel hayatının geçtiği konutun işyerine yakınlığının burayı işyeri haline getirmediği, işçinin çalışma saatleri dışında yakınlarıyla kutlama yapmış olmasının işçinin özel hayatının gizliliği kapsamında olduğu belirtilerek feshin geçersizliğine karar vermiştir¹²⁴. Buna karşın, işçinin konutunda alkol alması ve sonrasında konutundaki kişilerle kavga etmesi neticesinde olayın adli bir vakaya dönüşmesi durumunda işçinin işyeri düzenini bozduğundan bahsedilebilmesi mümkün olacak mıdır? Doktrinde iş sözleşmesi ile herhangi bir ilişkisi bulunmayan, bu anlamda işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olmayan bir davranış veya hayat tarzından dolayı işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğini kabul etmenin mümkün olmadığı, işçinin işyeri dışındaki yaşamını işverenin ahlaki değerlerine uygun olarak sürdürmek gibi bir yükümlülüğünden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁵. Kanaatimizce işçinin özel yaşamındaki davranışlarının işyeri düzenini olumsuz etkilemediği sürece işçinin konutta sürdürdüğü hayatına ilişkin bu yönde talimatlar veremeyeceği, müdahale edemeyeceği kabul edilmelidir. Hatta toplum içerisinde hoş karşılanmayacak ilişkilerini konutunda yaşasa dahi aksini savunmak işçinin özel hayatına müdahale teşkil eder. İşyeri düzenine aykırı, işverence sağlanan diğer konutlarda oturan iş arkadaşlarına rahatsızlık vermediği sürece işçinin kişisel yaşamı, özel yaşam alanına ilişkin talimatlar veremeyeceği kabul edilmeli, bu davranışları sebebiyle iş sözleşmesinin feshi ile işçi karşı karşıya kalmamalıdır. İşçinin konutta alkol almaması, belirli kişilerle görüşmemesi, konutuna misafir çağırması gibi talimatlar işçinin kendini geliştirme ve sosyalleşmesini de içeren özel hayatına ölçüsüz bir müdahale oluşturacak, kendini geliştirme hakkının ihlali söz konusu olacaktır¹²⁶.

¹²⁴ Yargıtay 9 HD, 14655/10166, 12.6.2017 (lexpera.com.tr).

¹²⁵ Ertürk (n 115) 127-128; Sevimli (n 117) 617; Birben (n 114) 139. Öztürk, işverenin iş sözleşmesinde 'ahlak bekçisi' olmadığını ifade etmektedir. Öztürk (n 113) 420.

¹²⁶ Dursun Ateş (n 113) 629 vd; Göktaş (n 117) 19. İşçinin özel hayatı içerisinde yer alan kendini geliştirme hakkı ile çalışma yaşamı arasındaki bağ konusunda ayrıntılı bilgi için Caniklioğlu (n 119) 48 vd.

İşverenin konut sağladığı diğer işçilerin genel sükununu bozmama, suç oluşturabilecek eylemlerin yapılmaması, belirli bir saatten sonra gürültü yapılması gibi genel ahlak ve görgü kurallarına uygun, toplum düzenini sağlamaya yönelik talimatların işverence verilebileceği ise kabul edilmelidir. Bu talimatlar ise esas itibarıyla kaynağını iş sözleşmesinden almaktan ziyade toplum yaşamının genel gerekliliklerinden kaynaklanan çoğu kez komşuluk hukuku, kamu düzeninden kaynaklanan talimatlardır. Bununla birlikte işverenin bu yönde talimatlarına işçi uymasa dahi, ilgili talimatların iş sözleşmesinden kaynaklanmaması sebebiyle iş sözleşmesi yaptırımları uygulama alanı bulmaz; işverence fesih yapılırsa haksız olur¹²⁷. İşçinin ilgili talimatlara aykırı davranışı suç ya da kabahat oluşturuyorsa işverence buna ilişkin hukuki yollara başvurulabilecektir.

III. İş İlişkisinin Sona Ermesinin İşçiye Sağlanan Konut Bakımından Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

İşverence işçiye konut sağlanması, konutun zilyetliğinin iş sözleşmesi devam ettiği süre boyunca işçiye devredilmesi niteliğindedir. Zilyetliğin hukuki niteliği eşya hukuku anlamında tartışmalı olmakla birlikte genel olarak eşyayı fiili hakimiyet altında bulundurma ve zilyet iradesi olma şeklinde iki unsurdan oluştuğu doktrinde ifade edilmektedir¹²⁸. Yine görüş birliği olmamakla birlikte zilyetlik, eşya üzerinde bilerek ve isteyerek sürdürülen fiili hakimiyet olarak tanımlanmaktadır¹²⁹. Zilyetliğin hukuki işlemle devredilmesi mümkün olup hukuki işlemle başka bir kişiye devredilmesi durumunda geçerli bir hukuki sebebe dayanarak devir yapıldığından zilyetlik bir hakka dayanmakta, içerisinde aynı ya da şahsi bir hak barındırmaktadır¹³⁰. Alman hukukunda da işçiye sağlanan konut

¹²⁷ Birben (n 114) 139.

¹²⁸ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2021) para 281; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku C. IV/I* (4. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 194; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Oniki Levha Yayınları 2023) para 77.

¹²⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 128) para 281; Antalya ve Topuz, (n 128) 194; Nomer ve Ergüne, (n 128) para 77; Şeref Ertas, *Eşya Hukuku* (13. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi 2017) 27; Betül Özlük, 'Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler' (2019) 27 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 154. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 973/I. maddesinde zilyetlik, "bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir." şeklinde düzenlenmiştir.

¹³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 128) para 308; Nomer ve Ergüne (n 128) para 105; Özlük (n 129) 156 vd.

bakımından kira sözleşmesi olmaksızın yaşam alanının işçiye tanınması, işçiye konutun zilyetliğinin geçişi ile açıklanmakta, iş sözleşmesinin feshiyle zilyetliğin sona ereceği ifade edilmektedir¹³¹.

B. İşçinin Haksız Zilyede Dönüşmesi ve Başvurulabilecek Hukuki Yollar

İşçiye işverence sağlanan konutu kullanma hakkı, varlığını iş sözleşmesinden aldığından iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçinin konuttan faydalanması söz konusu olur. İş ilişkisinin sona ermesi halinde ise artık işçinin işverence sağlanan konutun kullanımına son vererek konuttan çıkması gerekmektedir. İşverenin sağladığı konutun ne şekilde ne zaman tahliye edeceğine ilişkin iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle düzenlemeler getirilebilir. Sözleşmede aksi belirtilmedikçe, işverenin ayrıca konutun tahliyesi konusunda bildirimde bulunması aranmaz¹³². İşçinin işverence sağlanan konuta kira ödemesi halinde ise, bileşik sözleşme olduğu kabul edildiği takdirde, kira ilişkisinin de sona ereceği kabul edilir ve konutun tahliyesi konusunda kira hukuku hükümleri uygulanmalıdır.

İş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işçinin konutu tahliye etme yükümlülüğü bulunmakla birlikte işçi ve işveren, işçinin konutta yaşamını sürdürmeye devam etmesi konusunda anlaşabilirler. Bu anlaşma bedeli mukabilinde yapıldığında artık bağımsız bir kira ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte doktrinde konut kapıcılarında kat malikleri ile bu yönde bir anlaşma yapması halinde bu anlaşmanın Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 52. maddesinde yer alan, kapıcılar için ayrılmış olan konutun amaç dışı kullanılamayacağına ilişkin düzenleme karşısında artık geçerli olmayacağı ifade edilmektedir¹³³.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 13. maddesinin son fıkrasında ise konut kapıcısının iş sözleşmesi sona erdikten sonra konutun tahliyesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Düzenlemede kapıcı konutunun tahliyesinde Kat Mülkiyeti Kanunu'nun¹³⁴ Ek 2. maddesi hükümlerinin uygulanacağı, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinden doğan hakların ise saklı olduğu ifade edilmek-

¹³¹ Marcus Artz, Jost Emmerich, Volker Emmerich, Björn Steinrötter, Christian Rolfs (Hrsg.), *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 535-556g (Mietrecht 1 - Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete)* (Otto Schmidt/De Gruyter 2024) BGB § 576 b Rn. 17; Hau ve Poseck (n 48) BGB § 576b para 1-3.

¹³² Hau ve Poseck (n 48) BGB § 576b para 3.

¹³³ Demir (n 2) 592.

¹³⁴ Kat Mülkiyeti Kanunu, Kanun Numarası: 634, Kabul Tarihi: 23.6.1965, RG 2.7.1965/12038.

tedir. Kat Mülkiyeti Kanununun ek 2. maddesinde ise, *“Kat malikleri kurulunca veya bu kurulca yetki verilen yönetici tarafından sözleşmeleri herhangi bir nedenle feshedilen veya sona eren, kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçiler ile dışarıdan atanan yöneticiler kendilerine bu görevleri dolayısıyla bir yer tahsis edilmiş ise, bu yerleri onbeş gün içerisinde boşaltmak zorundadırlar. Bu süre içinde boşaltılmayan yerler yöneticinin veya kat maliklerinden herhangi birinin başvurusu üzerine başkaca tebligata lüzum kalmadan mahalli mülki amirlerin kararı ile bir hafta içinde zabıtaca boşalttırılır.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Konut kapıcılarının konutunun tahliyesi bakımından özel olarak düzenlenmiş bu hükme göre, sözleşme sona ermesine rağmen konutu teslim etmeyen konut kapıcısına karşı başvurulabilecek hukuki yollardan biri, Yönetmelik’te açıkça düzenlenen mülki idare amir kararıyla -idari bir işlemle- konutun tahliyesinin sağlanmasıdır. Öte yandan bunun dışında taşınmaz zilyetliğine yapılan haksız müdahalenin o yerin mülki idare amiri kararıyla tahliye edilmesine yönelik 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun¹³⁵ da uygulanabilecektir.

Konut kapıcıları dışında işverenin konut sağlaması ve iş sözleşmesi sona ermesine rağmen işçinin konutta kalmaya devam etmesi halinde genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. İş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin konutta kalmaya devam etmesi halinde işçi, haksız zilyet konumuna gelecektir. Haksız zilyet, hak sahibinin rızası dışında eşyayı kullanmakta ise veya eşyanın zilyetliğine hak kazanması geçerli hukuki bir işleme dayanmıyorsa ortaya çıkmaktadır¹³⁶. Doktrinde zilyetliğin herhangi bir hakka dayanmadığını, haksız olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişinin kötüniyetli zilyet olduğu ifade edilmektedir¹³⁷. İnceleme konumuz açısından iş sözleşmesinin sona ermesiyle konutu boşaltması gerektiğini bilen ya da bilmesi gereken işçi, artık iyiniyetli zilyet olamayacaktır. Kanaatimizce buradaki iş sözleşmesi sona eren işçinin haksız zilyet olabilmesi için, işçiye iş sözleşmesi sona erdikten sonra konutu boşaltması için dürüstlük kurallarına göre uygun bir sürenin verilmesi önem taşır. Her ne kadar iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte konutu kullanma

¹³⁵ Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3091, Kabul Tarihi: 4.12.1984, RG 15.12.1984/18606.

¹³⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 128) para 308; Antalya ve Topuz (n 128) para 1848.

¹³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 128) para 566; Nomer ve Ergüne (n 128) para 106; Ertaş (n 129) 79; Hayrunnisa Özdemir ve Tahir Sarıdoğan, ‘Ecrimisil Tazminatı’ (2022) 194 Terazi Hukuk Dergisi 77, 78.

hakkı sona erse bile işçiden işyerinde geçirdiği süre de dikkate alınarak makul bir süre içinde konutu tahliye etmesi istenmeli, bu konuda yapılan bildirimlere rağmen hala konutu teslim etmiyorsa artık haksız zilyet olarak nitelendirilmelidir. Uygulamada genellikle iç yönetmelikler ile işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra kendisine sağlanan konutu kullanmayı ne zaman sona erdireceği düzenlenmektedir.

Haksız zilyede karşı başvurabilecek hukuki imkanların neler olduğunun tespiti, konumuz açısından önem taşımaktadır. Haksız zilyedin kötüniyetli olması halinde hukuki sorumluluğu Türk Medeni Kanunu'nun¹³⁸ 995. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, *"İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır."* Düzenleme, kötüniyetli haksız zilyedin elinde bulundurduğu eşyayı hak sahibine geri vermesi, ayrıca eşyayı haksız şekilde elinde bulundurması sebebiyle hak sahibinin uğradığı zararları karşılaması, elinde bulundurduğu eşyadan ürün elde ettiyse sahibine iadesi, elde etmeyi ihmal ettiği ürünler varsa da bunun karşılığında tazminat ödemesini öngörmektedir.

İlgili maddede, kötüniyetli zilyedin eşyayı malikine geri vermemesi, elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği ürünler nedeniyle malikin uğradığı zararı karşılamakla yükümlü olduğu düzenlenmişse de zilyedin eşyayı kullanmasına karşılık bedelin ödenmesine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde kötüniyetli zilyedin eşyayı kullanması nedeniyle ödemesi gereken kullanım bedeli olarak ifade edilen ecrimisil ya da diğer adıyla haksız işgal tazminatını da malikin isteyebileceği ifade edilmektedir¹³⁹. Ecrimisil, eşyayı haksız kullanan zilyetten istenebileceğinden hak sahibinin rızasına dayanmadan eşyadan faydalanma un-

¹³⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

¹³⁹ Nomer ve Ergüne (n 128) 286; Antalya ve Topuz (n 128) para 1984. Ecrimisil, *ecr* ve *misil* kelimelerinden oluşmakta ve kaynağını Mecelle'den almakla birlikte doğrudan kötüniyetli zilyedin eşyayı kullanması sebebiyle ödeyeceği bedele karşılık gelmemekte; daha ziyade bilrakisilerin takdir ettiği kira ücreti olarak ifade edilmekteydi. Mecelle'den sonra yürürlüğe giren Medeni Kanunlarda ecrimisile yer verilmemekle birlikte ecrimisilin hukuki niteliği, zamanaşımı konusunda zaman içerisinde üç farklı İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır. Ecrimisil ve ilgili İçtihadı Birleştirme Kararları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir ve Sarıdoğan (n 137) 80 vd; Alparslan ÖzalTuğ, 'Ecrimisilin Hukuki Niteliği' (2021) XVIII (2) YÜHFD 1407, 1408-1409; Coşkun Çaldağ, 'Ecrimisil' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2025) 25 vd.

suru tazminatın istenebilmesi için koşuldur¹⁴⁰. Bir eşyayı sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan bir hak sebebiyle elinde bulunduran zilyet, sözleşmesel ilişkinin sona ermesi ile birlikte o eşyayı iade etme yükümlülüğü altındadır. Zilyedin bu yükümlülüğünü yerine getirmeksizin eşyayı elinde bulundurmaya devam etmesi halinde, zilyedin eşyayı elinde bulundurması artık bir hakka dayanmayacaktır¹⁴¹. Bu kapsamda istenebilecek ecrimisil ile haksız zilyedin malikin zararını gidermesi amaçlandığından, ecrimisil bedelinin en azından kira geliri karşılığı olması gerektiği de doktrinde vurgulanmaktadır¹⁴². Nihai olarak işverenin iş sözleşmesinde işçiye konut sağlaması ve iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen işçinin konutu tahliye etmemesi halinde işveren, işçiden ecrimisil talep edebilecektir.

Bir eşyanın malikinin mülkiyet hakkının verdiği yetkilerden yararlanmasının engellenmesi halinde Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinin II. fıkrasına göre, "*Malik, ... her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*" Belirtilen düzenlemeye göre, elatmanın önlenmesi davası, bir eda davası olup eşyanın malikinin zilyetliğine ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin önlenerek mülkiyet hakkının içeriğinde yer alan yetkilerin tam olarak kullanılmasını sağlayan bir davadır¹⁴³. Bu kapsamda malikin mülkiyet hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilecektir¹⁴⁴. İş sözleşmesi sona ermesine rağmen işçi konutu hala malik işverene teslim etmezse işveren, el atmanın önlenmesi davası da açabilecektir.

C. İşçinin Haksız Zilyetliğinde Görevli Mahkeme Sorunu

Genel anlamda bir mahkemenin görevi belirli bir davaya, dava konusunun niteliği veya değerine göre o yerdeki aynı yargı koluna ait ilk derece mahkeme-lerinden hangisi tarafından bakılabileceğini belirtir¹⁴⁵. Görev, medeni yargı için-

¹⁴⁰ Özdemir ve Sarıdoğan (n 137) 86; Nagehan Kırkbeşoğlu, 'Örtülü Rıza Kavramının Yasal Ön-
alım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar'
(2024) 82 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 917, 934.

¹⁴¹ Özdemir ve Sarıdoğan (n 137) 78; Çaldağ (n 139) 192.

¹⁴² Kırkbeşoğlu (n 140) 934.

¹⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, (n 128) para 321; Nomer ve Ergüne (n 128) 197.

¹⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, (n 128) para 321; Nomer ve Ergüne (n 128) 197; Aziz
Çelik, *Medeni Usul Hukuku Açısından Taşınmaz Mülkiyetine El Atmanın Önlenmesi Davası*
(Oniki Levha Yayınları 2023) 35; Kırkbeşoğlu (n 140) 929.

¹⁴⁵ Mine Akkan ve Efe Direnisa, *Pekcanitez Usul Medenî Usûl Hukuku C.I* (16. Bası, Oniki Levha
Yayınları 2025) 141; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hu-
kuku Ders Kitabı* (13. Bası, Oniki Levha Yayınları 2025) 63; Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni
Usul Hukuku El Kitabı C I* (Tıpkı 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2024) 118.

de çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlığın hangi mahkeme tarafından çözülmesi gerektiğine ilişkin bir husus olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁴⁶ 1. maddesinde, Kanunla düzenleneceği ve görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğu düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına göre ise *"dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir."* Bu kapsamda asliye hukuk mahkemeleri, medeni yargıda asıl görevli mahkemeler olup görevi kanunda açıkça belirtilmek kaydıyla sulh hukuk mahkemesinin görevi istisnadır¹⁴⁷. Hangi mahkemelerin sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği, 6100 sayılı Kanunun 4. maddesinde gösterilmiştir¹⁴⁸.

Bazı uyuşmazlıkların çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirebileceğinden özel kanunlarla kurulmuş, görev alanı belirlenmiş, uzmanlığa dayalı ve farklı usul kanunlarına tabi tutulmuş mahkemeler de özel mahkemeler kurulmuştur¹⁴⁹. Özel mahkemelerin görev alanının tespiti taraflar arasındaki hukuki ilişkiyle yakından ilişkili olup, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹⁵⁰ gereği özel olarak görevlendirilmiş mahkemelerdir. İş mahke-

¹⁴⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi:12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

¹⁴⁷ Akkan ve Direnisa (n 145) 141; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 145) 63; Kuru ve Aydın, (n 145) 118; Ali Çetin Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev* (Oniki Levha Yayınları 2022) 394 vd.

¹⁴⁸ 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 4: *"(1) Sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın;*

a) Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları,

b) Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları,

c) Taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları,

ç) Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları, görürler."

¹⁴⁹ Akkan ve Direnisa (n 145) 177 vd.

¹⁵⁰ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221. İş mahkemeleri, 1950 yılında yürürlüğe girmiş 552 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulmuştur. 5521 sayılı Kanun 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5: *"(1) İş mahkemeleri;*

melerinin olmadığı yerlerde, genel mahkeme olması hasebiyle asliye hukuk mahkemesi, iş uyuşmazlıklarına özel mahkeme sıfatıyla bakmaktadır¹⁵¹.

Doktrinde Yargıtay'ın uyuşmazlık bakımından görevli mahkemeyi tespit ederken taraflar arasındaki genel ilişkiyi dikkate aldığı, uyuşmazlığın iş sözleşmesinden kaynaklanması veya işçi-işveren arasındaki uyuşmazlık olması, o davaya dahil olan diğer konulara nazaran görev tespitinde dikkate alındığı ifade edilmektedir¹⁵². Taraflar arasında kira sözleşmesinin bulunmadığı hallerde haksız işgal söz konusu ise, ecrimisil ya da el atmanın önlenmesi talepleri asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir¹⁵³. Özellikle işçiye sağlanan konutun varlığı ve iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işverenin haksız işgal tazminatı talep etmesi durumunda hangi mahkemenin görevli olduğu sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. Yargıtay'ın 2025 tarihli bir kararında, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra taraflar arasında uyuşmazlık çıktığından bahisle iş mahkemelerinin değil, genel görevli olan asliye hukuk mahkemelerinde uyuşmazlığın çözülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁵⁴. Oysaki işçinin işçilik alacak-

a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına,

b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara,

c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar.”

¹⁵¹ Aslan (n 147) 76.

¹⁵² Akkan ve Dörenisa (n 145) 151.

¹⁵³ Çelik (n 144) 130-131; Akkan ve Dörenisa (n 145) 151. Bununla birlikte konut kapıcılarında olduğu gibi uyuşmazlık Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi bir uyuşmazlık ise Kat Mülkiyeti Kanununun ek 1. maddesindeki “Bu kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık Sulh Hukuk Mahkemelerinde çözümlenir” hükmünden bahisle sulh hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

¹⁵⁴ “...Somut uyuşmazlıkta dava dilekçesi ile; davacı Şirket ve davalı arasında imzalanan iş sözleşmesi uyarınca davacı işyerinde çalışan davalıya, mülkiyeti davacıya ait Muğla ili, ... ilçesi, ... Mahallesi, 325 ada, 1 parselde yer alan No:140, C blok, daire numarası 2 olan personel lojmanının tahsis edildiği, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davacı Şirket tarafından 29.03.2023 tarihinde feshedildiği hâlde davalının işbu taşınmaza davacı Şirketin izni ve muvafakati dışında haksız olarak el atmaya devam ettiği belirtilerek davalının iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren haksız şekilde kullanmaya devam ettiği lojmana vaki müdahalesinin men'ine karar verilmesi, haksız işgal sebebiyle taşınmazın tahliyesine ve haksız işgal tazmina-

ları sebebiyle iş mahkemesinde açtığı bir davada işverenin karşı dava açarak haksız işgal tazminatı istemesi durumunda ise uyuşmazlık iş mahkemesinde görülmüş; Yargıtay, göreve ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın kararı bozmuştur¹⁵⁵. Daha önce Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu konuda iş mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiş; fakat gerekçesinde işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine açtığı işe iade davasında feshin geçersizliği ile işe iade kararı verilmesi neticesinde iş sözleşmesinin devam ettiği sonucuna varmıştır¹⁵⁶. Ancak ilgili kararın, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce verildiği, 7036 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu konuda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁷. 7036 sayılı Kanunun 'Görev' başlıklı 5. maddesi, hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş sözleşmesinden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinin bakacağı yönünde görev konusunu düzenlenmiş ve doktrinde bu düzenlemenin iş ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıkların iş mahkemeleri alanına girerek iş mahkemelerinin görev alanı genişlettiği, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra uygulama alanı bulmuş olmasının mahkemenin görevin belirlenmesi bakımından önemli olmadığı vurgulanmaktadır¹⁵⁸. Rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların da iş sözleşmesi sona erdikten sonraki süreçte ilişkin uyuşmazlık olması sebebiyle benzer yönde bir hukuki değerlendirme burada da yapılabilir. Düzenleme iş sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olaca-

tı (ecrimisil) ödenmesine karar verilmesi talep edilmiştir... Eldeki dava konusu haksız işgal tazminatının, iş sözleşmesi sona eren davalı tarafından iş ilişkisi sırasında davacı Şirket tarafından davalıya tahsis edilen lojmanın kullanılmaya devam edilmesinden kaynaklandığı, buna göre taraflar arasındaki ihtilafın iş sözleşmesi bittikten sonraki döneme ilişkin olduğu anlaşılmakla taraflar arasındaki uyuşmazlıkta iş mahkemeleri görevli olmayıp davanın genel mahkemelerde görülmesi gerekir..." Yargıtay 9 HD, 4666/5653, 1.7.2025 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁵⁵ Yargıtay 9 HD, 9084/13519, 4.10.2021 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁵⁶ Yargıtay HGK, 13-648/1385, 26.12.2012 (lexpera.com.tr).

¹⁵⁷ Mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda iş mahkemeleri, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarında görevli idi (m. 1).

¹⁵⁸ Bu konuda benzer bir tartışma işçi ile işverenin taraf olduğu rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme konusunda da mevcuttur. Aynı yönde Ercüment Özkaraca ve Canan Ünal, 'Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması' (2019) 42 Sicil İş Hukuku Dergisi, 16, 21; Ercüment Özkaraca ve Sema Deniz Özkan Koç, 'Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme' (2021) 45 Sicil İş Hukuku Dergisi, 75, 83.

ğını hükme aldığından iş sözleşmesi sona ermiş olsa bile konutla ilgili doğan bu uyuşmazlıklarda da iş mahkemeleri kanaatimizce görevli olmalıdır.

İşçiye sağlanan konuta ilişkin haksız işgal tazminatı ya da el atmanın önlenmesi yönündeki uyuşmazlıklarda genel mahkemelerin görevli kabul edilmesinin ortaya çıkardığı hususlardan biri de ilgili durumun işçinin açtığı işçilik alacaklarına yönelik davalarda işverenin söz konusu talepleri karşı dava olarak ileri sürülmesini de engellemesidir. Davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada, kendi hakkının da hüküm altına alınmasını isteyerek davacıya yönelik bir dava açması, karşı dava olarak kabul edilmektedir¹⁵⁹. Bununla birlikte bir davada karşı davanın ileri sürülebilmesi için bazı şartların bir arada bulunması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132. maddesinin bir gereğidir. Düzenlemeye göre, karşı dava açılabilmesi için, asıl davanın derdest olması, karşı davada takas veya mahsup talebi veya asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması gerekmektedir; ayrıca her iki davanın aynı yargı yoluna tabi olması, mahkemenin her iki dava bakımından yargı yetkisinin bulunması ile mahkemenin her iki dava bakımından görevli ve yetkili olması gerekmektedir¹⁶⁰. İşverenin haksız zilyet konumuna gelen işçisine karşı taleplerini asliye hukuk mahkemesinde açması gerektiği kabul edildiğinde işçinin işçilik alacaklarına yönelik talebini yönelttiği iş mahkemesi ayrı yargılama yapacaktır.

Alman hukukunda ise iş sözleşmesinin sona ermesi halinde artık yasal bir yükümlülük gibi işçinin konutu tasfiye yükümlülüğü doğduğu belirtilmekte; işçi tarafından çeşitli nedenlerle tasfiye edilememesi halinde ise kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin burada uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶¹. Bu kapsamda işçinin eski işverene benzer konutlar için yerel piyasa kirasına karşılık gelen rayiç kira bedelini ödeme yükümlülüğü, diğer tüm olağan kiracı yükümlülüklerini de üstlenmek zorunda olduğu; iş ilişkisi sona ermeden önce konutun kullanımı ile ilgili özel düzenlemeler varsa (örneğin kozmetik onarımlar, evcil hayvan bakımı vb.), bunların yürürlükte kalacağı da vurgulanmaktadır¹⁶².

Haksız zilyet konumunda olan işçiye karşı ileri sürülebilecek taleplerde görevli mahkeme konusunda benzer tartışmalar Alman hukukunda da mevcuttur.

¹⁵⁹ Çiğdem Yazıcı, *Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava* (Oniki Levha Yayınları 2021)105 vd.

¹⁶⁰ Hakan Pekcanitez ve Çiğdem Yazıcı, *Pekcanitez Usul Medenî Usûl Hukuku C.II* (16. Bası, Oniki Levha Yayınları 2025) 1181 vd; Yazıcı (n 159) 106.

¹⁶¹ Artz, Emmerich, Emmerich, Steinrötter ve Rolfs (n 131) BGB § 576 b para 17.

¹⁶² Artz, Emmerich, Emmerich, Steinrötter ve Rolfs (n 131) BGB § 576 b para 17; Schmidt-Futterer (n 5) BGB § 576b para 23.

İş ilişkisinin sona ermesinden sonra geriye işçinin hala konutu kullanması halinde hukuki durum belirsiz olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁶³. Alman İş Mahkemesi Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz- ArbGG*) uyarınca iş mahkemeleri münhasır yargı yetkisine sahiptir. Doktrinde iş ilişkisinin sona ermesine kadar çıkan uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin, sonrasında ise kira mahkemesinin tek yetkili olması, hukuki ilişkilerin farklı sınıflandırmaları nedeniyle kabul edilebilmesi gerektiği görüşü mevcuttur¹⁶⁴. Ancak yargı içtihatlarının bu yönde olmadığı, iş ilişkisi sona ermiş olsa bile konutun kullanımı ile ilgili uyuşmazlık çıktığında iş mahkemelerinin görevli olacağı belirtilmektedir¹⁶⁵.

Alman Medeni Kanunu § 576b işçinin ağırlıklı olarak evin mobilyalarını, mutfakını kendisi döşemiş olması veya çalışanın aynı evi diğer aile üyeleriyle paylaşması durumunda özel bir hüküm içermektedir. İlgili düzenlemenin amacı, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra yaşam alanı üzerindeki hakkını korumaktır. Bu nedenle kira hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması uygun düşeceğinden görevli mahkemenin tespiti güçlük arz etmemektedir¹⁶⁶.

Sonuç

İşverence işçiye sağlanan yerin konut olarak kabul edilebilmesi için herşeyden önce işçinin özel yaşamını sürdürebileceği, tamamen onun bireysel ya da ailesiyle birlikte kullanımına bırakılmış bir alan olması gerekir. Bu kapsamda konut, insanın yaşamını sürdürebilmesine uygun, insan onuru ile bağdaşır, işçinin günlük ihtiyaçlarını karşılayabileceği bir alan olmalıdır. İşverenin işçiye gözetme borcu ve dürüstlük kuralı işçiye verilecek konutun niteliği konusunda belirleyici olacaktır. İşçiye konut sağlanması ve bunun hukuki sonuçları açısından mevzuatımızda münferit bazı düzenlemeler dışında açık ve detaylı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple işverence sağlanan konutun kapsamı, iş sözleşmesinin askıya alınması halinde konutun durumu, işverenin işçinin konut-taki yaşamına müdahalesinin sınırları konusunda hukuki boşluk bulunmaktadır.

İşverence sağlanan konutun sahip olması gereken niteliklerin tespiti önemlidir. Bu konuda uluslararası sözleşmeler ve ILO 115 sayılı Tavsiye Kararı, uygun ya da

¹⁶³ Bruns (n 6) 770.

¹⁶⁴ Bruns (n 6) 770.

¹⁶⁵ Schmidt-Futterer (n 5) BGB § 576b para 24.

¹⁶⁶ Artz, Emmerich, Emmerich, Steinrötter ve Rolfs (n 131) BGB §576B para 9; Drasdo ve Elzer (n 45) §86 para 84 vd.

elverişli konut kavramı ile asgari standartları arasında ısıya, soğuğa, neme, gürültüye, yangına ve hastalık taşıyan hayvanlara karşı uygun koruma, yeterli hijyen ve yıkama olanakları, havalandırma, pişirme ve depolama olanakları ve asgari düzeyde mahremiyet sağlayan yerleri ifade etmektedir. İşverence işçiye sağlanan uygun konut, tüm bu özellikleri taşımali ve insani yaşam koşullarına uygun olmalıdır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 69. maddesinde öngörülen, işçinin kanuni greve katılması ya da işverenin lokavt ilan etmesinde konutun durumuna ilişkin düzenleme, iş sözleşmesinin askı hali bakımından önem arz etmektedir. İlgili düzenleme ile işveren kanuni grev hakkını kullanan işçiden veya kendisinin lokavt ilan etmesi halinde konuttan çıkmasını isteyemeyecek; fakat bu konutta oturan işçiden, grev veya lokavt süresi boyunca konutun onarımı, su, gaz, aydınlatma ve ısıtma giderleri ile rayiç kirayı talep edebilecektir. İşçinin kanuni grev hakkını kullanması veya işverenin lokavt ilan etmesi halinde işverence sağlanan konuttan faydalanmasını ortadan kaldırmak, bu hakkın kullanılması önünde bir engel teşkil edebileceğinden Kanun ile getirilen çözüm tarzı kanaatimizce hak ve menfaat dengesine uygun düşmektedir.

İş sözleşmesinin sona ermesiyle konut sağlama yükümlülüğü, işverenin ayrıca tahliye bildiriminde bulunmaksızın kendiliğinden sona ermektedir. İşçi, iş sözleşmesi sona ermesine rağmen konutu tahliye etmemesi halinde haksız zilyet konumuna geleceğinden işveren mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin yollara başvurabilecektir. Bu kapsamda işveren, işçiden haksız zilyetlik nedeniyle tazminat isteyebileceği gibi müdahalenin önlenmesi yönünde de dava açabilecektir. İşverence sağlanan konut karşılığında işçinin kira bedeli ödemesi durumunda ise işverenin kira hukukuna özgü tahliye yollarına başvurabilmesi mümkün hale gelmektedir. Her ne kadar işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda kural olarak iş mahkemeleri görevli olsa da Yargıtay, işçinin haksız zilyet konumuna düşmesi halinde işverenin taleplerini genel görevli mahkemelerde ileri sürebileceğine hükmetmiştir. Kanaatimizce ise, iş sözleşmesi şeklen sona ermiş olsa dahi konutun kullanımı iş sözleşmesinden kaynaklandığından aralarındaki ilişki devam etmektedir. Kaldı ki 7036 sayılı Kanun, işçi ile işveren arasında '*iş ilişkisi nedeniyle*' sözleşmeden veya Kanundan doğan uyuşmazlıkları iş mahkemesinin görevine bırakmış ve uyuşmazlığın sona erip ermediğine bakılmaksızın iş ilişkisine dayanmasını aradığından bu yöndeki uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olması gerekmektedir. Bu yaklaşım, tarafların iş ilişkisinden kaynaklanan karşılıklı tüm taleplerinin tek bir yargılama süreci içinde, usul ekonomisi ilkesine ve iş yargılamasının uzmanlaşmış niteliğine uygun biçimde etkin şekilde çözümlenmesine imkân sağlayacaktır.

Kaynakça

- Akın L ve Aykaç HB, *İş Hukuku Bireysel İş İlişkileri* (Yetkin Yayıncılık 2025).
- Mine A ve Direnisa E, *Pekcanıtez Usul Medenî Usûl Hukuku C I* (16. Bası, Oniki Levha Yayınları 2025).
- Alp M ve Dulay Yangın D, 'Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler - Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler' (2021) 27 (2) Marmara Ün. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi 1380-1415.
- Alp, NS, 'Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması' (2020) 10 (2) Akd. Ün. Hukuk Fak. Dergisi 251-301.
- Antalya OG ve Topuz M, *Eşya Hukuku C.IV/I* (4. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Arat A, 'İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması' (2006) 1 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-249.
- Artz M, Emmerich J, Emmerich V, Steinrötter B ve Rolfs C, *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 535-556g (Mietrecht 1- Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete)* (Otto Schmidt/De Gruyter 2024).
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Kitap* (Adalet 2022).
- Baycık G, Dulay Yangın D, Doğan S ve Yay O, 'COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler' (2021) 3 70 Çalışma ve Toplum Dergisi 1683-1728.
- Çelebi Demir D, 'Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2023) 29 (1) MÜHF-HAD 596- 625.
- Birben E, 'İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi' in T Centel (ed.), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (2016) 135-170.
- Bruns P, 'Mitrechliche Bestimmungen für Werkdienstwohnungen' (2019) NZM 761-770.
- Caniklioğlu N, 'İşçinin Özel Hayatına Saygı Hakkı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Bu Hakkın Korunması' (2025) 54 SİCİL İş Hukuku Dergisi 41-65.
- Çaldağ C, Ecrimisil (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2025).
- Çelebi Demir D, 'Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2023) 29 1 MÜHF-HAD 596- 625.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayınları 2023).
- Çetin E, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları* (Oniki Levha Yayınları 2015).
- Demir E, 'Bireysel İş Hukuku Bakımından Konut Kapıcılarının Hakları' (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi 577-599.

- Doğan Yenisey K, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Legal Yayıncılık 2007).
- Drasdo, M ve Elzer O, *Münchener Handbuch des Wohnungseigentumsrechts* (8. Auflage, C.H. Beck 2023).
- Dulay Yangın D, *İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Oniki Levha Yayınları 2021).
- Dursun G, 'AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı' (2018) 13 (167-168) Bahçeşehir Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 199-238.
- Dursun Ateş S, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Ekmekçi Ö, 'Ayni Yardımlar ve Özel Sağlık Sigortası'nın Prim Matrahına Dahil Edilmesi (21. Hukuk Dairesi'nin Ders Veren Bir Kararı Üzerine)' (2007) SİCİL İş Hukuku Dergisi 120-126.
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2024).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Toplu İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2025). (Toplu İş)
- Ercoşkun Şenol K, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK. M.27' (2016) LXXIV (2) İÜHFM 709-737.
- Erdenk E, *İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler* (Legal Yayıncılık 2008).
- Eren F, 'İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar' in D Ateş ve A Bulur (eds), *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta Basım 2008) 85-111.
- Ergin H, 'İşyerinde Gönül İlişkinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi' (2016) 35 SİCİL İş Hukuku Dergisi 67-81.
- Erkanlı Başbüyük B, 'Ücretsiz İzin Sonrası İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları' (2025) 11 1 Anadolu Üniv. Hukuk Fak. Dergisi 145-162.
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (13. Baskı, Barış Yayınları 2017).
- Ertürk Ş, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002).
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Başkan E, *İş Hukuku* (11. Baskı, Beta Yayınları 2025).
- Göktaş S, 'Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu' (2021) 38 (2) Anayasa Yargısı 1-55.
- Hau W ve Poseck R (Hrsg.), *Beck'sche Online Kommentare BeckOK BGB* (75. Edition, C.H.Beck 2025).
- International Labour Organization, Workers Housing; <https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_emp/%40emp_ent/%40multi/documents/publication/wcms_116344.pdf> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2026.

- Kan E, 'Türk Bayraklı Gemilerin Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (MLC) Kapsamında Eksikliklerinin Belirlenmesi: Paris Mou Denetim Raporlarının İncelenmesi' (2023) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 2287-2314.
- Karabacak E, 'İş Hukukunda Ücretsiz İzin' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2025).
- Keser H, 'İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi' (2017) 37 SİCİL İş Hukuku Dergisi 9-32.
- Keskin Kızıroğlu S, (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda) Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu (Adalet Yayınevi 2010).
- Kırkbeşoğlu N, 'Örtülü Rıza Kavramının Yasal Önalım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar' (2024) 82 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 917-954.
- Kutlu Mutluer M, 'Ayni Yardım, Yemek Yardımı ve Prime Esas Kazanç: Danıştay 10. Daire'nin 08.05.2024 Tarihli ve 2023/170 Esas Numaralı Kararının Düşündürdükleri' (2025) 16 (2) İnÜHFD 365-376.
- Makas R, 'Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Davranması ve İş Sözleşmesinin Feshi' (2022) 47 SİCİL İş Hukuku Dergisi 76-97.
- Makas R, *İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2023). (Askı)
- Manav Özdemir E, *Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi* (Turhan Kitabevi 2016).
- Manav Özdemir E ve Urhanoglu İ, 'Türk İş Hukukunda İşçinin Ücretinin Güvencesi' (2022) 7 (2) YBHD (Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1437-1472.
- Mülayim OB, 'Yargı Kararları ile Sigortalılara Yapılan Ödemelerin Prime Tabi Tutulması' (2023) 6 (2) Necmettin Erbakan Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 553-580.
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, Beta Yayınları 2013).
- Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Oniki Levha Yayınları 2023).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The right to Adequate Housing, Fact Sheet/No. 21 Rev. 1 24. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2026.
- Oğuz Ö, *Ücretsiz İzin* (Yenilenmiş 2. Bası, Legal Yayıncılık 2025).
- Oğuzman MK, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri C.1* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1987).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2021).

- Olca S, 'Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu' 2019 6 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-263.
- Otru İ, *İş Hukukunda Ücretsiz İzin* (Seçkin Yayıncılık 2012).
- Özaltuğ A, 'Ecrimisilin Hukuki Niteliği' (2021) XVIII (2) YÜHFD 1407-1422.
- Özdemir H ve Sarıdoğan T, 'Ecrimisil Tazminatı' (2022) 194 Terazi Hukuk Dergisi 77-98.
- Özkaraca E, 'Ayni Yardım Kavramı ve Nakden Ödenen Ayni Yardımların Sosyal Sigorta Primine Tabi Olup- Olmadığı Karar İncelemesi' (2007) 4 Çalışma ve Toplum Dergisi 173-189.
- Özkaraca E ve Ünal C, 'Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması' (2019) 42 Sicil İş Hukuku Dergisi 16-41.
- Özkaraca E ve Özkan Koç SD, 'Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme' (2021) 45 Sicil İş Hukuku Dergisi 75-105.
- Özlük B, 'Mülkiyet ve Zilyetlik üzerine Düşünceler' (2019) 27 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139-166.
- Öztürk B, *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu* (Oniki Levha Yayınları 2023).
- Pekcanıtez H ve Yazıcı Ç, *Pekcanıtez Usul Medenî Usûl Hukuku C.II* (16. Bası, Oniki Levha Yayınları 2025).
- Richards P J, 'Housing and Employment' 1979 118 1 International Labour Review 13-26.
- Sacker F J, Rixecker R ve Oetker H (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht- Besonderer Teil II § § 535-630* (9. Auflage, C.H. Beck 2023).
- Schaub G, *Arbeitsrecht-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis* (21. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2025).
- Schmidt-Futterer W, *Mietrecht, Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts Bürgerliches Gesetzbuch* (16. Auflage, C.H.Beck 2024). Sevimli KA, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (Legal Yayıncılık 2006). (Özel Yaşam)
- Sevimli KA, 'İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkileri' (2008) 10 Sicil İş Hukuku Dergisi 53-79.
- Sur M, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Güncellenmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi 2025).
- Süzek S, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi* (Savaş Yayınları 1989)
- Süzek S, 'İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler' (2007) 9 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-133. (Ücretsiz izin)
- Süzek S ve Başterzi S, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 25. Baskı, Beta Yayınları 2025).
- Taşkent S, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Met-Er Matbaası 1981).

- Taşkent S, 'İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin' (2006) 3 SİCİL İş Hukuku Dergisi 20-28.
- Tiritoğlu Ersoy H, 'Türkiye'de Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği' (2022) 7 2 YBHD 1545- (İş Sağlığı).
- Tiritoğlu Ersoy H, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar* (Seçkin Yayıncılık 2023).
- Tosun, TG, *İşçinin Özel Hayatının İşçinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi* (Seçkin Yayıncılık 2024).
- Tunç, SB, *Ücretsiz İzin* (Seçkin Yayıncılık 2025).
- Ugan Çatakkaya D, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Beta Yayınları 2019).
- Uşan F, 'İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Konut Kapıcıları (1994 Tarihli Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Bireysel ve Toplu İş Hukuku ile Sosyal Sigortalar Hukuku ile Kapıcı Eşine Yardım Eden Kişinin Niteliği ile İlgili Bir Değerlendirme)' (1999) 5 (1) Kamu-İş 63-100.
- Uzun E, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar* (Adalet Yayınevi 2021).
- Yamakoğlu E, 'İşçinin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Tazminat ve Alacaklarına Esas Ücretin Tespiti' (2014) 20 (1) Marmara Ün. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi 839-860.
- Yaman R, 'İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları', (2016) 74 İstanbul Ün. Hukuk Fak. Mecmuası 765-787.
- Yardımcıoğlu D, 'Konut Kapıcılarının Ücret Alacaklarından Kat Malikleri ile Yöneticilerin Sorumluluğu' (2024) 12 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 869-898.
- Yaşar R, 'Türk Hukukunda Konut Kapıcılığı' (Yükseklisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2025).
- Yayvak Namlı İ, *Dijital Çalışmada İşçinin Korunması: Çalışma Süreleri ve İş Sağlığı ve Güvenliği* (Oniki Levha Yayıncılık 2024).
- Yazıcı Ç, *Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava* (Oniki Levha Yayınları 2021).
- Yılmaz H, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti' (2019) 145 TBB Dergisi 449-493.
- Yuvalı E, 'Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları' (2017) 14 (56) LİSGHD 1741-1772.

Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı: “Kişisel Çalışma İlişkisi” Teorisi Çerçevesinde Bir Değerlendirme^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı SAĞLAM^(**)

Öz

İş hukukunun geleneksel kurucu anlatısı işçi-işveren ikiliği üzerine kuruludur. Günümüzdeyse çalışma ilişkilerinin geleneksel istihdam modellerinin dışına çıkmasıyla kişi bakımından kapsamının işçi dışındaki korunmaya muhtaç çalışanların olup olmadığı yönünde sorgulanmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda çalışma konumuzun esasını teşkil eden tek başına bağımsız çalışanlar olarak adlandırılan “yeni” bağımsız çalışanların klasik bağımsız çalışanlardan farkı tartışılmalıdır. Güvencesiz çalışma ilişkilerinin iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alınması gerektiği iddiasından hareketle iş hukukunun kapsamı korunması gereken kesimler açısından yeniden değerlendirilmelidir. Özellikle dijital platform çalışanları, tarımda bağımsız çalışanlar, ev hizmetlerinde çalışanlar, sanatçılar ve kayıt dışı istihdamda yer alan tek başına bağımsız çalışanlar göz önünde tutulmalıdır. Çalışmamızda söz konusu iddiadan hareketle, işçi ile işveren arasındaki yapısal pazarlık gücü eşitsizliğini dengelemek amacıyla doğan iş hukukunda sendika ve toplu pazarlık hakkı işçilerin korunmasının temel araçları olduğu dikkate alınarak bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkından yararlanıp yararlanamayacağı incelenmektedir. İncelememizi iş hukukunun normatif temeli ışığında gerçekleştirmekte ve bağımlı-bağımsız çalışan ayrımının bulanıklaştığı mevcut durumda “kişisel çalışma ilişkisi” teorisini yeni bir sınır olarak ele almaktayız.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.02.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 24.04.2026.

Atıf Şekli: Nazlı Sağlam, ‘Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı: “Kişisel Çalışma İlişkisi” Teorisi Çerçevesinde Bir Değerlendirme’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 787,853.

DOI: 10.52273/sduhfd..1896242.

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Yozgat-Türkiye.

E-posta: nzlicoban@gmail.com.

Orcid: 0000-0002-0943-6332.

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk yönteminden yararlanılarak uluslararası düzenlemeler ve rekabet hukuku tartışmaları analiz edilmekte; bu çerçevede güvencesiz çalışma ilişkisi içinde bulunan ve korunma ihtiyacı duyan bağımsız çalışanlara Türk hukukunda toplu pazarlık hakkının tanınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Bağımsız Çalışanlar, Tek Başına Bağımsız Çalışanlar, Toplu Pazarlık Hakkı, Kişisel Çalışma İlişkisi Teorisi.

The Right to Collective Bargaining for the Self-Employed: An Evaluation Within the Framework of the 'Personal Work Relations' Theory

Abstract

The traditional foundational narrative of labor law is constructed upon the binary relationship between employer and employee; however, as employment relationships increasingly extend beyond conventional employment models, the personal scope of labor law has come under scrutiny, particularly with regard to whether it should also encompass vulnerable workers who fall outside the formal category of "employee." In this context, it is essential to examine the so-called "new" self-employed workers-those who operate independently and without employees-whose characteristics diverge from those of classical self-employed workers. Building on the premise that precarious employment relationships should be brought within the protective ambit of labor law, the personal scope of the field must be reconsidered with respect to groups in need of protection, with particular attention given to digital platform workers, self-employed agricultural workers, domestic workers, artists, and solo self-employed individuals engaged in informal employment. Grounded in this premise, this study examines whether self-employed workers can benefit from the right to collective bargaining, considering that trade union rights and collective bargaining -developed to redress the structural imbalance of bargaining power between workers and employers- constitute the core instruments of worker protection in labor law. The analysis is conducted in light of the normative foundations of labor law, approaching the theory of "personal work relations" as a conceptual boundary in an evolving landscape where the distinction between dependent and self-employment has become increasingly blurred. Adopting a comparative law methodology, the study analyzes international regulations alongside debates in competition law and concludes that self-employed workers engaged in precarious employment relationships and in need of protection should be granted the right to collective bargaining under Turkish law.

Keywords

Self-Employed Workers, Solo Self-Employed Workers, Right to Collective Bargaining, Personal Work Relations Theory.

Extended Summary

Labour law is fundamentally based on the distinction between employees and self-employed workers. Employees have organised through trade unions within this framework, and the concept of 'collective bargaining' has arisen as a means of balancing the power asymmetry inherent in individual employment negotiations. Consequently, the right to collective bargaining is inherently shaped around the concept of the employee.

However, the increasing prevalence of work performed outside traditional employment relationships has had a detrimental effect on the guiding capacity of labour law analyses based on employment relationships in the traditional sense. It is therefore necessary to ensure the effective implementation of legal protections for vulnerable workers engaged in new forms of work. In addition to emerging forms of employment, individuals such as self-employed agricultural workers, self-employed domestic workers, and self-employed artists may also be exposed to precarious working conditions. The primary step in ensuring the protection of these workers under both labour law and social security law, much like the historical emergence of labour law itself, is contingent on workers' ability to organise, namely, the right to collective bargaining.

The objective of this study is to examine whether individuals engaged in self-employment can derive benefit from the right to collective bargaining within the context of personal work relations. In order to address this lacuna, the present study will firstly examine whether the traditional foundational narrative of labour law remains adequate to explain the changing nature of contemporary working relationships. The traditional narrative of labour law is based on structural inequality between employee and employer. This underscores the protective function of labour law. The present study underscores the imperative for a paradigm shift in this comprehension, with a view to establishing the foundations for the extension of the right to collective bargaining beyond the confines of a rigidly status-based framework. This would encompass self-employed persons rather than remaining confined to a specific category of workers. This study relies on the theory of personal work relations, which extends labour law beyond dependency to include certain self-employed workers. The personal work relations approach aims to extend the scope of labour law beyond the domain of dependency towards an undifferentiated field of personal work relations that includes self-employed work. The sole exception to this approach pertains to those who engage in a "genuinely self-directed economic activity on their own account." The study provides a valuable contribution to the ongoing debate concerning the question of whether individuals engaged in self-employment should be granted the right to engage in collective bargaining as enshrined in labour law.

International and domestic law recognise the right to collective bargaining for workers. A separate analysis of international instruments and domestic law reveals that international instruments provide for the right to collective bargaining for workers and employers, and that the term "workers" encompasses both employees and public officials. A similar approach is also present in our national legal system. In the domain

of collective labour law, the prevailing doctrine posits that three fundamental questions must be addressed to ascertain whether self-employed workers are entitled to engage in collective bargaining. The primary question to be addressed is whether the right to collective bargaining can be considered a fundamental human right. The question of whether a certain degree of “universality” can be attributed to the scope of this right is a complex one. The question of which categories of workers should benefit from specific labour rights must be resolved by determining whether the conclusion should be based on the classical criterion of legal subordination, the criterion of economic dependency, or the “personal work relations” approach. This approach constitutes the foundation of the present study.

In response to the initial inquiry, it is imperative to recognise that the right to collective bargaining constitutes a fundamental human right. This necessitates a broad interpretation of its personal scope when determining the individuals entitled to benefit from it. At this juncture, the core issue in the discourse concerning the entitlement of self-employed workers to engage in collective bargaining pertains to the interplay between competition law and labour law. The key issue is the tension between competition law and labour law. The prevailing jurisprudence of the Court of Justice of the European Union has historically been to rule out the right to collective bargaining for self-employed workers. The sole exception to this approach is the recognition that certain ostensibly self-employed individuals may be reclassified as “workers” under the Albany doctrine. However, the 2022 “Guidelines on the Application of Union Competition Law to Collective Agreements Regarding the Working Conditions of Solo Self-Employed Persons” adopt “personally performed self-employment relationships” as the distinguishing criterion for determining who may benefit from the right to collective bargaining. Furthermore, by also taking into account qualifying elements such as “economic dependency,” the scope of the Albany exemption is delineated in a broader manner.

At this juncture, an attempt has been made to elucidate that, within the ambit of the right to collective bargaining, the dichotomy between dependent and self-employed workers persists in the context of collective labour law relations. This phenomenon is analogous to the dynamics observed in the realm of individual labour law. This is particularly evident within the context of the conflict between competition law and labour law. The final question we seek to address is whether the extension of the scope of a fundamental human right, such as the right to collective bargaining, can be justified with respect to self-employed workers. In view of the data indicating that self-employed workers, particularly those categorised as ‘solo self-employed’, who are present in both formal and informal employment in our country, are engaged in precarious work, it is concluded that these workers should benefit from the right to collective bargaining.

Giriş

İş hukuku temelde işçi ve işveren dikotomisi üzerine inşa edilmiş, işçi ve işveren çatışmasında pazarlık gücü eşitsizliğinden hareketle bu eşitsizliği dengeleme normatif temeliyle ortaya çıkmıştır. Ardından işçiler sendikalar aracılığıyla örgütlenmiş ve doğası gereği dengesiz olan bu ilişkinin dengelenmesi ile adaletsizliklerin giderilmesi için bir araç olarak “toplu pazarlık” kavramı gelişmiştir. Dolayısıyla toplu pazarlık hakkı doğası gereği işçi kavramı etrafında şekillenmiştir. Son yıllarda bazı ülkelerde işçilerin dışında ara kategoriler kabul edilerek iş hukukunun kapsamı genişletilse de kural olarak bağımsız çalışanlar bu kapsamın dışında yer almaktadır.

Ne var ki çalışmanın artık geleneksel istihdam ilişkileri dışında gerçekleştirilmesinin yaygınlaşması, belirsiz süreli ve tam zamanlı iş sözleşmelerine dayanan iş hukuku analizinin, bu alan için yol gösterici olma niteliğini zayıflatmaktadır. Kanaatimizce yeni çalışma biçimlerinde yer alan çalışanlar bakımından öngörülen hukuki korumaların etkin biçimde uygulanması sağlanmalı, bunun içinse kimlerin korunması gerektiği öncelikle cevaplanmalıdır. Konu sadece yeni çalışma biçimleri açısından değil, tarımda bağımsız çalışanlar, ev hizmetlerinde bağımsız çalışanlar, bağımsız çalışan sanatçılar gibi çalışanlar bakımından da iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının sorgulanmasını “güvencesiz çalışma” içerisinde olanların korunma ihtiyacı bağlamında gerekli kılmaktadır. Ancak çalışma konumuzun esasını teşkil eden “yeni” bağımsız çalışma şeklinde sınıflandırılan “tek başına bağımsız çalışanların” iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alınması ihtiyacı özel bir önem arz etmektedir. İş hukukunda sendika ve toplu pazarlık hakkı işçilerin korunmasının temel araçlarıdır. Dolayısıyla işçi olarak kabul edilmese de bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkından yararlanması, korumalarının başlangıç noktasını oluşturacaktır. Yukarıda yer verdiğimiz bağımsız çalışma şekillerinin önemli bir kısmının kayıt dışı istihdamdaki varlığının büyüklüğü, örgütlenme özgürlüğünün kayıt dışı istihdamdan kayıtlılığa geçişteki olumlu rolünü de konu açısından önemli kılmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda konuya güvencesiz çalışma bağlamında korunmaya ihtiyaç duyabilecek bağımsız çalışanlar şeklinde geniş bir perspektiften yaklaşmaktayız. Zira korunma ihtiyacı, üretimin maddi koşullarıyla doğrudan bağlantı kurulan çalışma biçimlerinde belirginleşir. Bu gereksinim, artık belirli sınıflandırmaların yarattığı dahil etme-dışlama ayrımlarından değil, doğrudan çalışanın varoluşsal konumundan ve kırılganlığından kaynaklanır¹. Kanaatimizce bu korumanın ilk

¹ Adalberto Perulli, ‘A New Category within European Union Law: Personal Work’ (2024) 15 (1) European Labour Law Journal 184, 185.

adımı ise tıpkı iş hukukunun doğuşunda olduğu gibi işçilerin örgütlenmesine yani toplu pazarlık hakkına bağlıdır.

Bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkından yararlanıp yararlanamayacağına kişisel çalışma ilişkileri çerçevesinde ele aldığımız bu çalışmada, öncelikle iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının günümüzün değişen çalışma ilişkilerini açıklamada yeterli olup olmadığı üzerinde durmaktayız. İş hukukunun geleneksel kurucu anlatısına yönelik tartışmaları ve yeni normatif arayışları incelemekteyiz. Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımı da iş hukukunda yeni bir normatif temel yaratmaya yönelik geliştirilmiştir. Söz konusu yaklaşım, iş hukukunun kapsamına ilişkin yeni ve daha geniş bir alan öngörerek “iş sözleşmesinden kişisel çalışma ilişkisine geçiş”i iş hukuku için yeni bir sınır olarak öne sürmektedir. Çalışmamızı şekillendiren yaklaşım, aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenmektedir.

İş hukukunun geleneksel kurucu anlatısına yönelik tartışmalara yer verdikten sonra toplu pazarlık hakkı ve kapsamı üzerinde durulmaktadır. Konu hem uluslararası düzenlemeler hem de ülkemiz hukuku açısından incelenerek mevcut durumda toplu pazarlık hakkından kimlerin yararlanabildiği tespit edilmektedir. Ardından kişisel çalışma ilişkisi teorisi çerçevesinde bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı değerlendirilmektedir. Bu noktada bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı olup olmadığı tartışmasında öncelikle bu hakkın temel bir insan hakkı olduğundan hareket edilmekte ve bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkı tanınmasının rekabet hukukunun ihlali niteliği taşıdığına yönelik iddialar incelenmektedir. Konunun rekabet hukuku ile ilişkisi ele alınırken güncel yaklaşımı gözlemlemek için Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ile AB Kılavuzlarına yer verilmektedir. Tartışmalar ortaya konduktan sonra kişisel çalışma ilişkisi teorisinin bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkı tanınması ihtiyacını gerekçelendirip gerekçelendiremeyeceği sorusuna yanıt aranmaktadır. Öncelikle teori bağımlı çalışanlar dışında kalan kesimlerin korunmaya ihtiyaç duyabileceği iddiasından hareket etmektedir. Biz de hangi bağımsız çalışma ilişkilerinin “güvencesiz çalışma” içerisinde değerlendirilebileceği ve korunma ihtiyacının kimler için söz konusu olabileceğini incelemekteyiz. Son olarak ülkemizde bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkından yararlanmasında mevcut durum ele alınmakta ve kişisel çalışma ilişkisi teorisi çerçevesinde Türk hukukunda bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkı tanınmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

I. İş Hukukunun Geleneksel Kurucu Anlatısı

Çalışmamızda “iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısı” ifadesiyle, işçi-işveren arasındaki yapısal çatışma ve pazarlık gücü eşitsizliği varsayımlarına dayanan, iş hukukunun koruyucu işlevini temellendiren tarihsel normatif çerçeve yani dogmatik temeller kastedilmektedir. Bu başlık altında öncelikle geleneksel kurucu anlatı açıklanmaktadır. Ardından geleneksel kurucu anlatının normatif temellerine yönelik tartışmalara yer verilmektedir. Tartışmalar çerçevesinde bir sonraki başlıkta iş hukukunun değişen kurucu anlatısına değinilmektedir. Böylece toplu pazarlık hakkının hukuki statüye bağlı olmaksızın bağımsız çalışanların da yararlandırılması ihtiyacına zemin oluşturulmaya çalışılacaktır.

A. Genel Olarak

İş hukukunun temelleri konusunda evrensel olarak kabul gören bir teori olduğunu söylemek zor olsa da bu konuda hâkim görüş; iş hukukunun işverenler ve işçiler arasındaki pazarlık gücünü eşitlemek için ortaya çıktığı yönündedir². İş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının klasik ifadesiyse *Otto Kahn-Freund*’a ait olup ona göre; *“İş hukukunun temel amacı her zaman, ve kanaatimce her zaman da böyle kalacaktır, istihdam ilişkisinin doğasında bulunan ve bulunması kaçınılmaz olan pazarlık gücü eşitsizliğini dengeleyici bir karşı güç oluşturmaktır”*³.

İş hukukunun gerekçesi ve amacını ortaya koymaya çalışan bu teori incelendiğinde görülmektedir ki, çalışanlar ve işverenler arasında kaçınılmaz bir çatışma varsayımından hareket edilmektedir. İşgücü piyasasında istisnai durumlar hariç, işverenlerin işçilere göre daha üstün pazarlık gücüne sahip oldukları ve bu nedenle çatışmalarda üstünlük sağlayabileceği iddia edilmektedir. Bu iki husus dikkate alındığında teori; iş hukukunun işçilerin pazarlık gücünü eşitlemek için dengeleyici bir güç olarak işçi lehine müdahil olması gerektiği sonucuna varmaktadır. Açıklamaya çalıştığımız bu hususlar iş hukukunun normatif gücünün geleneksel açıklamasının üç temel direğidir⁴.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının üç temel direği öğretide; i) işçi ve işveren arasındaki içsel çatışma ii) pa-

² Joe Atkinson, ‘Labour Law and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives’ (Doctoral Thesis, University College London 2020) 30-31 <<http://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10093788/>> Date of Access 7 January 2025.

³ Otto Kahn-Freund, *Labour and the Law* (Second Edition, Stevens&Sons 1977) 6.

⁴ Atkinson (n 2) 31-32.

zarlık gücünün doğasında var olan eşitsizlik ve iii) gerekli bir dengeleyici güç olarak iş hukuku şeklinde başlıklandırılmaktadır. İşçi işveren arasındaki içsel çatışma; pek çok farklı etkenden kaynaklanabilse de temelde bir çıkar çatışmasıdır. Üretimin dağıtımı konusunda her iki taraf da paylarını en üst düzeye çıkarmak ister. Daha açık bir ifadeyle, işverenler kâr veya yeniden yatırım, işçilerse daha yüksek ücretler ve daha iyi koşullar şeklinde paylarını en üst düzeye çıkarmaya çalışır. Bunun dışında çatışmanın bir diğer esas nedeni işçilerin kendi çıkarlarını işverenlerin lehine feda etmek zorunda olmasıdır. İş ilişkisinin doğasında var olan hiyerarşi, işçilerin özerkliğinin ve zamanının işverenlerin yararına tabi kılınmasını gerektirir⁵.

Pazarlık gücünün doğasında var olan eşitsizlik ise iş sözleşmesinin şartlarının belirlenmesi veya değiştirilmesi ile iş sözleşmesinin doğasında var olan bağımlılık unsuru şeklinde iki farklı türde karşımıza çıkmaktadır⁶. Pazarlık gücünün eşitsizliği kısaca işçi ve işveren arasındaki sözünü ettiğimiz çıkar çatışmasını kaçınılmaz olarak işverenlerin kazanacağı anlamına gelmesidir. Bu iddianın nedeni olarak öğretide en makul yorumun, işveren ve işçinin eşitsiz kaynaklarının, her birinin ötekine ihtiyaç duyma derecesinde bir dengesizlik yaratarak pazarlık gücünde dengesizliğe yol açtığı düşüncesi olduğu ifade edilmektedir⁷. Diğer bir ifadeyle, işçiler için emeklerini satmak yaşamsal bir gereklilikken, işverenler aynı düzeyde bir mecburiyetle karşı karşıya değildir. Hâl böyleyken işçilerin acil ihtiyaçları, pazarlık sırasında daha iyi bir anlaşma yapmak için direnmelerini engellemektedir. Bunun dışında pazarlık gücünde eşitsizlik yaratan başka bir etken işçi ve işveren arasındaki bilgi asimetrisidir. İşverenler işçilerin mümkün olduğunca çabuk iş bulma gayreti içinde olduklarını ve işgücü piyasasının durumu ile işçiyi hangi koşulda istihdam etmenin kârlı olacağını bilir. Buna karşılık işçiler işverenin yeni personel ihtiyacının ne kadar acil olduğunu ve emek güçlerinin mevcut piyasa değerini bilmezler. Günümüzde modern işgücü piyasalarında bu eşitsiz pazarlık gücünü pekiştiren bir başka neden sermayenin işgücüne kıyasla kolay taşınabilmesidir. Gerçekten de pek çok durumda işçilerin hayatlarını ve ailelerini taşımaları işletmenin taşınmasından daha zor ve mali-

⁵ ibid 33.

⁶ Guy Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law* (Oxford University Press 2016) 52.

⁷ Paul Davies and Mark Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (Third Edition, Stevens&Sons 1983) 17-19; Guy Davidov, 'A Theory of the Contract of Employment' (2025) *Industrial Law Journal* 1, 4 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5684603> Date of Access 8 January 2026.

yetlidir. Bilhassa küreselleşmeyle birlikte, sermaye artık işgücünden çok daha sorunsuz bir şekilde küresel düzeyde hareket edebilmektedir. İşçilerin işverenlerin şartlarını kabul etmemesi durumunda, işletmelerin maliyetlerin daha düşük olduğu ülkelere taşınması gündeme gelmekte ve dolayısıyla işçi-işveren arasındaki pazarlık gücünün eşitsizliği artmaktadır⁸.

Karşımıza tabiiyet ilişkisi olarak da çıkan pazarlık gücündeki eşitsizlik, işçinin belli bir ölçüde işverenin denetimine tabi olmayı kabul etmesidir. Söz konusu tabiiyetin iş ilişkisinde gerekli olduğu ve özünde adaletsiz bir durum yaratmadığı ifade edilmektedir. Aksine bir işin ya da herhangi bir organizasyonun yürütülmesi, birilerine işi koordine etme ve başkaları için bağlayıcı kararlar alma yetkisinin verilmesi olmadan mümkün değildir. Ancak bu durum aynı zamanda, iş ilişkisi içinde güç eşitsizliğinin içkin olduğuna işaret etmektedir ki bu da iş ilişkisinin düzenlenmesi ve işverenler tarafından gücün kötüye kullanılmasının önlenmesi ihtiyacını açıklamaktadır⁹.

İş hukukunun doğuş teorisinde son olarak inceleyeceğimiz unsur “gerekli bir dengeleyici güç olarak iş hukuku” başlığıdır. İş hukuku yukarıda değindiğimiz “işçi işveren arasındaki çatışma ve bunun sonucunda bu çatışmadaki pazarlık gücündeki eşitsizliklere karşı dengeleyici bir işlev görmesi nedeniyle meşrulaştırılmaktadır. Bu meşrulaştırma, usuli ve maddi önlemlerle işçiyi korumak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak, emeğin kolektifleştirilmesine izin veren ve bunu teşvik eden “usuli” önlemler yani işçilerin nasıl örgütleneceğine ve pazarlık yapacağına ilişkin mekanizmalar söz konusudur. Bunlar, her iki tarafta da kolektif güçlerin dengelenmesini sağlar ve böylece işçiler ile işverenleri arasındaki pazarlık gücünü eşitler. İkinci olarak ise, ya iş ilişkisine zorunlu hükümler ekleyen ya da asgari yasal standartlar getiren “maddi” hukuki korumalar bulunmaktadır. Azami çalışma süreleri, tatiller, asgari ücret, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemeleri ve benzeri hükümler getirilmesi maddi hukuki korumalardan olup, bu maddi korumalar işçi ve işverenlerin pazarlık gücünü eşitlemekten ziyade, belirli hususları tamamen pazarlık alanının dışına çıkararak, işverenlerin üstün pazarlık güçleri sayesinde elde edebilecekleri faydalara sınırlar getirme etkisini yaratır¹⁰.

⁸ Atkinson (n 2) 36-37.

⁹ Davidov, A Theory (n 6) 54.

¹⁰ Brian A Langille, ‘Core Labour Rights - The True Story (Reply to Alston)’ (2005) 16 The European Journal of International Law 409, 428-429.

Ne var ki pazarlık gücündeki eşitsizliği gidermek için müdahale edilmesine yönelik yukarıda verilen tekniklere karşın, bu konuda genel bir ilke olmadığı, salt eşitsiz pazarlık gücünün varlığının tek başına yasaların dengeleyici bir güç olarak devreye girmesinin normatif gerekçesini oluşturamayacağı belirtilerek bu unsur eleştirilmektedir¹¹. Dahası bu durumun iş hukukunun geleneksel teorisinde bir “normatif boşluğa” işaret ettiği belirtilmektedir¹². Normatif temeli derken kastettiğimiz “İş hukuku ne içindir? ve İş hukukunun misyonu nedir?” sorularına aradığımız yanıttır. Aşağıda bu eleştiriler üzerinde durulacağından tekrara düşmemek adına şimdilik bu kadar bilgi vermekle yetinmekteyiz.

Geleneksel kurucu anlatının yanı sıra iş hukukunda itici güç oluşturan dört unsur daha bulunduğu belirtilerek iş hukukunun normatif temelinin farklı bir yaklaşımla da gerekçelendirilmektedir. Alman iş hukukunun kurucu babası olarak adlandırılan *Hugo Sinzheimer*¹³ tarafından analiz edilen bu dört unsurdan ilki iş sözleşmesinde edimin bir meta değil, insanın kendisinin olmasıdır. İş hukukunun temel sorununun kişisel bağımlılık olması ikinci unsur olarak incelenirken, üçüncüsü iş ilişkisinin insan onurunu tehlikeye atma potansiyeli göz önüne alınarak temel amaçları arasında insan onuru için mücadelenin yer alması gerektiği düşüncesidir. Son olarak iş hukukunun salt iş ilişkisine ilişkin bir hukuk olarak algılanmaması gerektiği, çalışanların yaşamları boyunca karşılaşılabilecekleri tüm ihtiyaç ve riskleri, iş olanaklarının yaratılması da dahil olmak üzere kapsamı gerektiği anlayışı dördüncü unsurdur. Sonuç olarak özetle *Sinzheimer’a* göre iş hukukunun temel amacı; işsizler de dahil olmak üzere çalışanların maddi ihtiyaçlarının, sağlıkları ile güvenliklerinin ve insan onurunun korunmasıdır¹⁴.

¹¹ Atkinson (n 2) 39.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 40-50.

¹³ Hugo Sinzheimer, Alman iş hukukunun kurucu babası olarak kabul edilir. Bir hukuk ve sosyoloji profesörü olmasının yanı sıra, SPD (Almanya Sosyal Demokrat Partisi) parlamento temsilcisi olarak Weimar Anayasası’nın ve iş kanunlarının taslağının hazırlanmasında doğrudan rol almıştır. Fikirleri, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Federal Cumhuriyet’in iş hukukunda da etkisini sürdürmüştür. Yazar ve iş hukukuna bakış açısı hakkında bu ve daha ayrıntılı bilgiler için bkz. Ruth Dukes, ‘Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law’ (2008) 35 Journal of Law and Society 341, 345-346. Çalışma konumuz ile ilgili olarak ise Hugo Sinzheimer, iş hukukunun normatif temellerini “*Arbeitsrecht und Rechtssoziologie: gesammelte Aufsätze und Reden*” başlıklı eserinde ele almıştır. Esere doğrudan ulaşamadığından bilgileri aktaran için bkz. Manfred Weiss, ‘Re-Inventing Labour Law’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 44.

¹⁴ Aktaran Weiss (n 13) 43-44.

İş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının normatif temelini “işçi-işveren arasındaki pazarlık gücündeki eşitsizliği dengelemek” olduğunu yukarıda açıklamıştık. Bunun dışında *Sinzheimer*’ın insan onuru ve emeğin bir meta olmadığı gerekçelerinden yola çıkarak iş hukukunun varoluş nedenini açıklamaya çalıştığına da değindik. Bu noktada şunu belirtmekte fayda var ki bu iki yaklaşım öğretide birbiri ile bağlantılı yaklaşımlar olarak kabul edilmektedir. Öncelikle bu iddiaların ampirik değil normatif olduğu vurgulanmalıdır. Zira pazarlık gücündeki eşitsizlik veya emek bir meta değildir önermeleri ampirik yani gözlemlenebilen, veriye dayanan, ölçülebilen ya da doğru/yanlışlığı deneyimle test edilebilen olgusal bilgiye dayanan önermeler değildir. Aksine değer yargısı içeren normatif bir değerlendirmedir. Dolayısıyla pazarlık gücü eşitsizliği” ve “emek bir meta değildir” ifadeleri, piyasanın nasıl işlediğine dair bilimsel iddialar değil; piyasanın nerede durması gerektiğine dair normatif uyarılardır. Bu yüzden ekonomi teorisi içinde ‘yanlış’ sayılmaları bir kategori hatasıdır. Daha açık bir ifadeyle; hiçbir sözleşmede pazarlık gücünün eşit olduğundan söz edilemez, hatta böyle olması gerektiğine dair genel bir ilke de mevcut değildir. Taraflar iş sözleşmesinde de tıpkı diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi özgür iradeleriyle sözleşme bağtılamaktadır. Yine emeğin meta olmadığı yönündeki önerme de ekonomi teorisi bakımından ampirik bir iddia imiş gibi yaklaşıldığında yanlış sayılır. Zira karşılığında ücret alınan ve bir maliyet olarak hesaplanan adeta diğer metalar gibi “alınıp-satılabilen” bir kalemdir. Ancak konuya normatif olarak yaklaşıldığında, iş hukuku emek satılmıyor iddiasında değildir. Bunun gibi pazarlık gücünde eşitsizliği tanımlama veya ölçme gibi bir kaygısı da bulunmamakta, sadece bu ilişkinin ekonomi teorisi bakış açısıyla düzenlenmesinin ahlâken kabul edilemeyeceği dolayısıyla iş hukukunun müdahalesinin gerekli olduğu iddiasındadır¹⁵. Tam da bu nedenle yer verdiğimiz iki önermeyi iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısında birbirine paralel ve aynı yorumu getiren önermeler olarak kabul etmekteyiz.

B. İş Hukukunun Geleneksel Kurucu Anlatısının Normatif Temeline Yönelik Tartışmalar

İş hukuku, öğretide hem dışsal hem de içsel birtakım nedenlerle varoluş krizi yaşayan bir alan olarak görülmektedir. Gerçekten de etkinliği, esnekliği ve kalkınmayı engellediği, istihdamı azalttığı ve hâlihazırda görece iyi konumda bulunan

¹⁵ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Brian Langille, ‘Labour Law’s Theory of Justice’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 105-106; Atkinson (n 2) 39-40.

çalışanları diğer çalışanlara kıyasla kayırdığı iddialarıyla suçlanması ve en kırılgan çalışan kesimleri ile “enformel sektör”de yer alan çalışanları kapsamakta başarısız olduğu gerekçeleriyle eleştirilerek dışsal boyutuyla itibarsızlaştırılmaktadır. İçsel boyutuyla iş hukuku akademisyenlerinin, kendi disiplinlerinin kavramsal bakımdan tutarlı olup olmadığı, çalışma hayatının yeni ampirik gerçekleriyle ne ölçüde ilişkilendirilebildiği ve günümüz çalışma ilişkileri bağlamında normatif açıdan ne derece anlamlı kaldığının giderek daha fazla sorgulanmasıyla karşı karşıyadır¹⁶.

Öğretide yapılması gerekenin iş hukukunun karşı karşıya olduğu kimlik krizinde “ampirik boyut yani gerçek dünya, geleneksel iş hukukunu konunun dışına itmiş, işlevsiz hâle getirmiş ya da görünmez kılacak ölçüde mi değişmiştir”, “kavramsal boyut, daha açık bir ifadeyle “işçi”, “işveren”, iş sözleşmesi gibi temel kavramlarımız hâlâ geçerli midir ve düşüncemizi yararlı bir biçimde örgütleyebilme kapasitesine sahip midir”, ve “normatif boyuta bakıldığında iş hukukuna yön veren ahlaki fikirler hâlâ anlamlı, güçlü ve alanımızı savunmaya devam etmemiz için bizi harekete geçirebilecek nitelikte midir” şeklinde üç sorunun yanıtlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁷. Bu üç sorudan normatif boyut yani iş hukukunun var oluş gerekçesinin ne olduğu yanıtlandığında kurucu normatif anlatısı ve dolayısıyla iş hukukunun merkezinde yer alan kavramlar şekillenerek ampirik alanının sınırları belirlenebilecektir. Dolayısıyla normatif boyutu ortaya konulduğunda diğer iki soru da yanıtlanmış olacaktır¹⁸.

Normatif temelin ne olduğuna yanıt ararken öğretide üç farklı yaklaşım benimsenmiştir. Birincisi pazarlık gücünün eşitsizliği savını tamamen terk edip yeni bir normatif temel yaratmaya yönelik yaklaşım iken, ikincisi pazarlık gücündeki eşitsizliğin neden sorunlu olduğunun ortaya konulması ve iş hukukunun müdahalesinin gerekçesi daha iyi temellendirilerek geleneksel kurucu anlatının yeniden canlandırılmasıdır¹⁹. Üçüncü görüş ise bu yaklaşımların ikisini de yetersiz bularak iş hukukunun normatif temelini “çoğulcu bir yaklaşım” ile ele almak gerektiğini ileri sürmektedir²⁰. Aşağıda öğretideki söz konusu iki yaklaşımı kısaca açıklamaktayız.

¹⁶ Guy Davidov and Brian Langille, ‘Introduction: Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time Has Now Come?’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 1, 1.

¹⁷ Langille (n 15) 101.

¹⁸ ibid 102.

¹⁹ Atkinson (n 2) 41.

²⁰ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 45-61.

II. İş Hukukunun Değişen Kurucu Anlatısı

A. İş Hukukunun Kurucu Anlatısında Yeni Bir Normatif Temel Oluşturulmasına Yönelik Yaklaşımlar

İş hukukunun temelleriyle ilgili son yıllarda yaşanan kriz öğretide birbirinden farklı görüşler ileri sürülerek bu hukuk dalının temelini oluşturmak üzere bir dizi yeni teorik çerçeve önerilmesine neden olmuştur. Bu başlıkta söz konusu teorilerin hepsini ayrıntılı bir şekilde incelememiz mümkün olmasa da birbirinden farklı görüşleri olabildiğince ortaya koymaya çalışacağız. Bu görüşlerden; kapasite yaklaşımı, düzenleme yaklaşımı ile işçi haklarının insan hakları olduğuna ilişkin yaklaşım aşağıda ele alınmaktadır. Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımı da iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısında yeni bir normatif temel oluşturmaya yönelik bir görüş olsa da çalışmamızın temelini teşkil etmesi nedeniyle bu başlık altında değil ayrı bir başlık olarak detaylı bir şekilde incelenecektir.

1. Kapasite Yaklaşımı

Öğretide iş hukukunun normatif temelini yeniden oluşturulması gerektiği yönündeki görüşlerden ilkinde göre; söz konusu kurucu anlatı bizi esir almaktadır. İş hukukunun normatifliğine ilişkin geleneksel anlatı benimsendiğinde yalnızca içeriğine değil, aynı zamanda kapsamına yani “yargı alanına” ya da “etki alanına” ilişkin de belirli bir anlayışı benimsemiş olmaktadır. Dolayısıyla iş hukukunun varoluş nedenine yönelik ahlaki kaygımız bu olduğunda sözleşmenin tarafları odak noktamız haline gelir. Söz konusu görüşe göre; buna paralel olarak, işçi, işveren, iş sözleşmesi gibi temel kavramlarımız da bize doğrudan dayatılmaktadır²¹. Teori, bu eleştirileri yaptıktan sonra çözüm önerilerini *Amartya Sen*’in “kapasite yaklaşımını”²² temel alarak oluşturmaktadır. Söz konusu yaklaşım uyarınca

²¹ Langille (n 15) 107.

²² Amartya Sen, teorisinde; ekonomik ve toplumsal kalkınmayı anlamada beşerî sermaye ile insani yapabilirlikler (*capabilities*) arasındaki ilişkiyi merkez almaktadır. Beşerî sermaye ile insanın bilgi, beceri ve emeği aracılığıyla üretim kapasitesini artırma yönü kastedilirken; yapabilirlik perspektifi, insanların değer vermek için nedenleri olan yaşamları fiilen sürdürebilme özgürlüğünü incelemektedir. *Sen*’e göre, bu iki yaklaşım birbiriyle ilişkili olsa da aynı değildir. Nitekim beşerî sermaye anlayışı, yerleşik olarak insan niteliklerini dolaylı değerleri üzerinden, yani ekonomik üretimde “sermaye” olarak kullanılabilmelerini incelemektedir. Buna karşılık yapabilirlik perspektifi, insan yetilerinin hem doğrudan (iyi beslenmiş olmak, sağlıklı olmak, iletişim kurabilmek gibi) hem de dolaylı sonuçlarını kapsayan daha geniş bir çerçeve sunar. Bu nedenle beşerî sermaye yaklaşımı, daha kuşatıcı olan yapabilirlik perspektifinin içinde yer alan daha dar bir bakış açısıdır. *Sen*’in eserinde verdiği bir örnek üzerinden konuyu somutlaştırmamız gerekirse eğitimi ele alabiliriz. Eğitim, üretkenliği artırarak beşerî sermayeyi güçlen-

çalışma ilişkilerinin düzenlenmesinin amacı, çalışma ile bağlantılı olduğu ölçüde insanların yaşamlarını iyileştirmektir. Dolayısıyla iş hukuku, beşerî sermayenin harekete geçirilmesini ve kullanılmasını yapılandıran hukuk alanı olarak görülebilir. Beşerî sermaye, insani özgürlüğün merkezinde yer alır. Bu nedenle iş hukukunu artık, özünde iş sözleşmelerinin müzakeresinde işverenin üstün pazarlık gücüne karşı işçiyi korumayı amaçlayan bir hukuk dalı olarak tanımlamak uygun değildir. Bunun yerine iş hukukunu, beşerî sermayenin yaratılmasını ve kullanılmasını yapılandıran (dolayısıyla bunu ya sınırlandıran ya da özgürleştiren) hukuk alanı şeklinde tanımlamak daha isabetlidir. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre iş hukukunun temel argümanını oluşturan “emek bir meta değildir” ifadesinin anlamı, insanların değer verdikleri yaşamlarını sürdürebilme ve seçeneklerini genişletebilme özgürlüğü fikriyle temellendirilmelidir. Bu anlayış çerçevesinde, iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının kapsam ve amaç hakkındaki yorumundan daha geniş ve derin bir bakış açısı elde edilmektedir. Dolayısıyla anılan görüşe göre; iş hukuku, yalnızca işçi-işveren ilişkileri ve iş sözleşmeleriyle sınırlı olmayıp beşerî sermayenin kullanımını etkileyen tüm hukuki boyutları kapsar. Bu nedenle, sözleşme temelli olmayan çalışma ilişkileri ile ücretsiz emek, eğitim ve çocuk bakımı gibi alanlar da iş hukukunun ilgi alanına dâhil olur. Böylece iş hukukunun normatif temeli değişerek salt sözleşme müzakerelerinde adaletsizliği önlemeye indirgenen ahlaki dayanağı, tüm üretken faaliyeti kapsayan ve insani özgürlüğü merkeze alan daha güçlü bir temel üzerinde şekillendirilmektedir²³.

direbilir; ancak bunun ötesinde, bireyin yaşamını doğrudan zenginleştiren ve özgürlük alanını genişleten etkiler de yaratır. Bu ek etkiler, yalnızca yapabilirlik perspektifiyle tam olarak görünür kılınabilir. Bu ayrımın kamu politikası açısından önemli sonuçları vardır. Eğitim, sağlık ve benzeri toplumsal gelişmeler, ekonomik büyümeye katkıları nedeniyle değil, insanların daha uzun, daha özgür ve daha anlamlı yaşamlar sürebilmelerini sağladıkları için, doğrudan kalkınmanın parçasıdır. İnsanlar yalnızca üretim araçları değil, aynı zamanda kalkınmanın nihai amacıdır. Sen, beşerî sermaye kavramının önemini kabul etmekle birlikte, bunun ötesine geçilmesi gerektiğini savunur. Gerekli olan, beşerî sermaye anlayışını dışlamak değil; onu, insani yapabilirliklerin genişlemesini merkeze alan daha kapsamlı bir kalkınma anlayışıyla tamamlamaktır. Ona göre yapabilirlikler, hem insanların refah ve özgürlüğüyle doğrudan ilişkilidir hem ekonomik üretimi etkiler hem de toplumsal değişimi mümkün kılar. Yazarın teorisini açıkladığı eseri için bkz. Amartya Sen, ‘Editorial: Human Capital and Human Capability’ (1997) 25 (12) World Development 1959, 1959. Amartya Sen’in bu teorisini ayrıntılı inceleyen Türkçe kaynak içinse bkz. Mehmet Sedat Uğur, ‘Amartya Sen’in Kapasite Yaklaşımı ve İnsan Merkezli Bir Kalkınma Anlayışı’ (2017) 25 (31) Sosyoekonomi 91, 91 vd.

²³ Langille (n 9) 111-114. Benzer bir şekilde kapasite yaklaşımını benimseyen ancak bu yaklaşımı kapasiteler aracılığıyla demokratik eşitliğin sağlanması olarak ele alıp iş hukukunda yeni bir normatif temel oluşturulmasını savunan görüş için bkz. Judy Fudge, ‘Labour as a “Fictive Commodity”’: Radically Reconceptualizing Labour Law’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 136.

Kapasite yaklaşımı öğretide bizce de isabetli olarak, önemli bir kavramsal boşluğu yaratması nedeniyle eleştirilmektedir. Eleştirilere göre, bu kavramsal boşluk; çalışanların ve işverenlerin çıkarları arasında nasıl bir denge kurulacağına dair somut bir sıralama ilkesi içermemektedir. Söz konusu boşluk o kadar büyüktür ki, politika yapıcılarının veya yasama organlarının çalışanları korumak için ne kadar ileri veya geri gitmeleri gerektiği net değildir²⁴. Başka bir deyişle, kapasite yaklaşımı, iş hukukunun dışında kalan çalışanların iş hukukunun öznesi hâline gelebilmesini mümkün kılarsa da yaklaşımın savunucuları, bu teorelin iktidar ilişkilerini ve güç asimetrisini yeterince kuramsallaştıramadığı yönündeki eleştirilere karşı henüz güçlü ve ayrıntılı karşı argümanlar ortaya koymamıştır²⁵.

2. Düzenleme Yaklaşımı

İş hukukunun kurucu anlatısında yeni bir normatif temel oluşturmaya yönelik yaklaşımların ikincisi düzenleme teorisidir. İş hukukunu istihdamın ötesinde işgücü piyasasının düzenlenmesi olarak ele alan bu görüşe göre; i) bilgi asimetrisi, ii) işgücü arzının esnek olmaması iii) toplu eyleme yönelik sorunlar, iv) düşük güven ortamı, fırsatçılık ve insan sermayesine yapılan yetersiz yatırımların üstesinden gelme, v) yüksek işlem maliyetleri ve vi) dışsalıklar şeklindeki başarısızlıkların ele alınması temel amaç olmalıdır²⁶. Anılan görüş açısından, iş hukukunun işlevleri ayrıştırılmalı, bu farklı işlevleri kısmen ya da tamamen yerine getirecek farklı kurumlar belirlenmeli ve buna uygun biçimde hukuki düzenlemeler yapılmalıdır²⁷.

Düzenleme teorisini işlevselleştiren *Fudge* ise enformel çalışanlara odaklanarak işçi haklarını bireysel haklar şeklinde ayrıştırmakta ve bu çalışanların her bir hakkı bakımından işverenin bu hakların “işlevsel karşılığını” tespit etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre farklı işçi hakları, devlet dâhil olmak üzere farklı aktörlere karşı ve farklı düzenleyici mekanizmalar aracılığıyla ileri sürülebilir. Söz konusu “düzenleyici mekanizmalar”ın varsayılan sözleşme şartlarını ve toplu pazar-

²⁴ David Cabrelli, ‘Traditional Justifications of Labour Law’ in Guy Davidov, Brian Langille and Gillian Lester (eds), *The Oxford Handbook of the Law of Work* (Oxford University Press 2024) 110-111.

²⁵ Marlese van Broembsen, ‘Collective Bargaining for the “New” Working Class: Putting “Personal Work Relations” to Work for Street Vendors’ (2025) 54 (3) *Industrial Law Journal* 527, 536.

²⁶ Hugh Collins, ‘Justifications and Techniques of Legal Regulation of the Employment Relation’ in Hugh Collins, Paul Davies and Roger Rideout (eds), *Legal Regulation of the Employment Relation* (Kluwer Law International 2000) 4-5, 7-15; Alan Hyde, ‘What is Labour Law?’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law Goals and Means in the Regulation of Work* (Hart Publishing 2006) 53-57.

²⁷ Aktaran van Broembsen (n 25) 537.

lık ilişkisine dair usul kurallarını sağlayan yasaların yanı sıra, çeşitli “platform” veya “teknikleri” de içermesi gerekmektedir²⁸. Düzenleme yaklaşımı öğretide, işgücü piyasasının düzenlenmesi kavramının en az pazarlık gücünün eşitsizliği gerekçesi kadar normatif içerikten yoksun olduğu, işgücü piyasasını neden düzenlememiz gerektiği sorusuna yanıt vermediği belirtilerek eleştirilmektedir²⁹. Gerçekten de bu görüş kanaatimizce de normatif temeldeki boşluğu dolduramamakta, sadece farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra bu iş hukukunu büyük ölçüde araçsal bir şekilde tasvir etmesi, istihdam ilişkilerinin ekonomik perspektifine öncelik vermesi ve iş hukukunun ortaya çıkmasında önemli rolü olan kolektif mücadele ve çatışmanın önemini ikinci plana itmesi gibi gerekçelerle eleştirilmektedir. Benzer şekilde, görüşün piyasa odaklı bakış açısının, iş hukukunun işgücü piyasasından bir adım uzak olan sosyal sorunlara çözüm sunma rolünü dolaylı olarak reddetmesi gerekçesiyle de isabetli bulunmamaktadır³⁰.

3. İşçi Haklarının İnsan Hakları Olduğuna İlişkin Yaklaşım

İşçi haklarının insan hakkı olmasından hareket eden bu görüş, çalışan herkesin salt insan sıfatını haiz olması nedeniyle işçi haklarını talep edebileceğini ileri sürmektedir³¹. İşçi haklarının insan hakları olarak kurgulanmasıyla, iş huku-

²⁸ Aktaran ibid.

²⁹ Atkinson (n 2) 42.

³⁰ Cabrelli (n 24) 110.

³¹ İş hukukunun insan hakları çerçevesinde kavramsallaştırılması gerektiğini savunan başlıca akademisyen Philip Alston’dır. Alston ILO’nun 1998 yılında kabul ettiği Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi’nde benimsediği “çekirdek haklar” yaklaşımını (ILO, söz konusu bildirmede örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkı, zorla çalıştırmanın kaldırılması, çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması, ayrımcılığın yasaklanması şeklindeki dört temel hakkı önceliklendirerek tüm üye devletlerin sözleşmeleri onaylamasalar dahi bu haklara ve ilkelere uymakla yükümlü olduğunu benimsemiştir) eleştirerek yola çıkmakta ve çekirdek haklar yaklaşımının yalnızca kendi sınıflandırmalarına göre siyasal ve medeni haklara odaklanmasından endişe duymaktadır. Temel Haklar ve İlkeler bildirgesine bu nedenle kısmen karşı çıkmakta, bunun neoliberal bir gündemin parçası olduğunu ve asgari ücret ile iş sağlığı ve güvenliği standartları gibi ekonomik ve sosyal hakların bir kısmını dışladığını ileri sürmektedir. Alston’a göre tüm insan hakları bölünmez ve eşit değerdedir, bu nedenle hepsinin “temel” olarak kabul edilmesi gerekir bkz. Philip Alston, “Core Labour Standards” and the Transformation of the International Labour Rights Regime’ (2004) 15 European Journal of Industrial Relations 457, 486-487, 459-460. Heenan ile kaleme aldığı eserindeyse, siyasal ve medeni haklara ayrıcalık tanınması, ILO’nun ekonomik ve sosyal hakları gayrimeşru hale getirme riski taşıdığı gerekçesiyle eleştirmiş, böylece Alston ile Heenan’ın işçi haklarının “çekirdek alanı” olarak gördükleri alanı terk etmesine neden olmuştur. Bkz. Philip Alston and James Heenan, ‘Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work?’ (2004) 36 New York University Journal of International Law and Politics 101, 255-256.

kunun içeridekileri yani işçileri koruyan ancak dışarıdakiler olarak görülen enformel, sendikası veya standart dışı çalışanları korumayan ve dışarıdakiler aleyhine sonuç doğuran ikili yapısını gidermeye yöneliktir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde çalışan işçiler açısından işçi haklarının insan hakları olarak anlaşılması³², çalışan yoksulların işçi haklarını talep edebilmeleri için siyasal bakımdan meşru bir zemin sunması bu görüşün etkili yanları olarak görülmektedir³³. Bu çerçevede insan hakları, iş hukukunun kapsamı dışında kalan işçiler için -geçimlerini sağlamak amacıyla mülkiyete erişimlerini kontrol eden ve çalışma koşullarını belirleyen birimle sözleşmesel bir ilişki içinde olmayan çalışanlar açısından- “işçi” olarak tanınmanın bir yolu haline gelmektedir³⁴.

İş hukuku ve insan hakları arasındaki ilişkiye öğretide tereddütle yaklaşılmaktadır. İş hukuku ile insan hakları, aynı köklerden beslenen fakat aralarında ki ortaklığı nadiren sorgulayan iki ayrı gelenek gibi yan yana varlık gösteren alanlar olarak ifade edilmektedir³⁵. Zaman zaman iş hukukuna ilişkin tartışmalar insan hakları bağlamında ele alınsa da devletlerin, uluslararası kuruluşların, toplumsal aktörlerin ve akademisyenlerin bunları tek bir söylem içinde bütünleştirmeye güçlerinin yetmemesi ya da bunu istememeleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Bunun yanı sıra insan hakları perspektifinin istihdam ilişkilerini düzenlemede yetersiz kalacağına yönelik endişeler de mevcuttur. Endişelerin

³² Konu insana yakışır iş kavramı ile de ilgilidir. İnsana yakışır iş kavramı hakkında bilgi vermek gerekirse; “çalışma hakkı, “diğer insanların haklarının gerçekleştirilmesi için elzem ve insan onurunun ayrılmaz bir parçası olduğu” için temel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Ne var ki kişilere sadece çalışma hakkının tanınmış olması yeterli değildir, tanınan çalışma hakkının “insana yakışır iş” niteliğinde olması gerekmektedir. Çalışma ancak yararlı, geliştirici, sömürü ve köleleştirmeden uzak olduğu, çalışmanın öznesine zarar vermediği, insanların kazanç, gelişim ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamaya hizmet ettiğinde bir değer yaratır ve “onurlu çalışma” olarak ortaya çıkar. Bu nedenle insana yakışır iş kavramı işyerinde çalışanların yaşam kalitesini artırmaya yönelik bir girişimdir. İnsana yakışır iş kavramı en yalın hali ile işçinin temel haklarına ve özellikle de çalışmanın temel ilke ve haklarına saygı gösterilmesini zorunlu kılar” bkz. Nazlı Sağlam, ‘Sürdürülebilirlik ve İnsana Yakışır İş’ Genişletilmiş Özet Metin Bildiriler (Yozgat Bozok Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Koordinatörlüğü 2025) 78-79.

³³ Özellikle gelişmekte olan ülkelerde enformel sektörde çalışanlar açısından işçi haklarının insan hakları perspektifinden hareketle vatandaşlık veya ikamet temelli olarak evrensel haklarla tamamlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Kamala Sankaran, ‘Protecting the Worker in the Informal Economy: The Role of Labour Law’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law Goals and Means in the Regulation of Work* (Hart Publishing 2006) 208-209, 216.

³⁴ van Broembsen (n 25) 538-539.

³⁵ Virginia A Leary, ‘The Paradox of Workers’ Rights as Human Rights’ in Lance a Compa and Stephen F Diamond (eds), *Human Rights, Labor Rights, and International Trade* (University of Pennsylvania Press 1996) 22.

en önemlisi insan haklarının bireycilik merkezli yapısının, iş hukukunun kolektif ve sınıfsal boyutlarının göz ardı edilmesine yol açma ihtimaline yöneliktir³⁶.

B. İş Hukukunun Geleneksel Kurucu Anlatısının Yeniden Canlandırılmasına Yönelik Yaklaşım

Kurucu anlatının yeniden canlandırılması yaklaşımı; yeni bir normatif temel önermektense geleneksel kurucu anlatının gerekçesini oluşturan eşitsiz pazarlık gücünün iş hukukunun varlığını haklı çıkarmak için yeterli veya hâlâ geçerli olduğunu kanıtlamaya çalışmaktadır³⁷. Ne var ki öğretide iş hukukunun normatif temelleri üzerinde çalışanların görüşlerinin, yeni bir normatif temel oluşturmak mı yoksa geleneksel kurucu anlatıyı yeniden canlandırmak mı olduğunun belirlenmesinin zor olduğu ifade edilmektedir³⁸. Kanaatimizce bu belirlemenin zor olmasının nedeni kurucu anlatıda yeni bir normatif temel oluşturanların dahi geleneksel kurucu anlatının dayandığı “pazarlık gücündeki eşitsizlik” gerekçesini açıkça reddetmemesidir³⁹.

Yeni bir normatif temel yaratmaya gerek olmadığını açıkça vurgulayan görüşe göre⁴⁰, iş hukukunun doğuşunda yer bulan fordist üretim süreci ve “ekmek kazanan” erkek modelinin değiştiğine, teknolojik gelişmeler nedeniyle iş organizasyonunun köklü biçimde dönüştüğüne şüphe yoktur. Ancak çalışanların eşitsiz pazarlık gücünün telafi edilmesi gerektiği, emeğin bir meta olmadığı, çalışanların işverene kişisel bağımlılığı ve insan onurunun korunması gerektiği varsayımları geçerliliklerinden hiçbir şey kaybetmemiştir. İş sözleşmesi ile çalışma ve bağımsız çalışma arasındaki sınır gittikçe belirsizleşse de pazarlık gücündeki eşitsizlikle karakterize edilen tüm ilişkilerin iş hukukunun kapsamına alınması düşünülemez. İş hukukunun yeni istihdam gerçekliğine uyarlanması zorunlu olsa da her yerde zayıf tarafın konumunu telafi eden bir araç olarak anlaşılmamalıdır. Anılan görüşe göre sonuç itibarıyla iş hukukunun yeniden icat edilmesine gerek yoktur. İş hukuku kendine özgü işlevini hâlen sürdürmektedir⁴¹.

³⁶ Eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atkinson (n 2) 78-89.

³⁷ Bu yöndeki görüşler için bkz. Weiss (n 13) 43 vd.

³⁸ Atkinson (n 2) 44.

³⁹ Davidov, A Theory (n 6) 52.

⁴⁰ Weiss (n 13) 44-45.

⁴¹ ibid 44-45, 48-49, 56.

C. İş Hukukunun Normatif Temeline Yönelik Çoğulcu Yaklaşım

Çoğulcu yaklaşım; iş hukukunun normatif temeli tartışmasında yeni bir kurucu anlatı yaratmak ve geleneksel kurucu anlatıyı yeniden canlandırmak şeklindeki iki yaklaşımdan birini seçmek yerine birbirinden farklı fikirleri barındıran çoğulcu bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği görüşündedir⁴². Bu görüş de geleneksel kurucu anlatının tamamen geçersiz veya yararsız olduğunu düşünmemekte ancak yeni perspektiflerle tamamlanması gerektiğini iddia etmektedir⁴³.

Çoğulcu yaklaşım iş hukukunun temellerine ilişkin tek bir görüşü reddeder birbiriyle örtüşen ve iç içe geçen çok sayıda unsurdan meydana gelen çoğulcu bir gerekçe çerçevesi oluşturmak gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu görüşe göre iş hukukunun normatif temellerinin tam olarak anlaşılması; insan onuru, sömürü, özgürleşme, sosyal ve dağıtıcı adalet, tahakkümsüzlük ya da kapasite olarak anlaşılan pozitif özgürlük ve insan hakları gibi çeşitli düşünce ve kavramları içermesiyle sağlanabilir⁴⁴.

Kanaatimizce bu yaklaşımın sınırları net değildir. Bu nedenle görüşün “pazarlık gücündeki eşitsizlik” iddiasının normatif temelinde boşluk olduğu yönündeki eleştirisi aslında kendileri için de geçerlidir. Dolayısıyla geleneksel kurucu anlatının eksikliği konusunda haklı olsa da, çoğulcu yaklaşım birden fazla unsurun normatif temel olarak ele alınabileceğini belirterek iş hukukunu sınırları belirli olmayan bir çıkmaza sürüklemektedir.

D. Kişisel Çalışma İlişkisi Yaklaşımı

İş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının normatif temelini değişmesi gerektiği yönündeki ve bizim de çalışmamızın temelini oluşturan görüş “kişisel çalışma ilişkisi (*personal work relations*)” teorisi. Teoriyi geliştiren *Freedland* ve *Kountouris*'e göre; toplumsal, ekonomik ve hukuki dönüşümleri yeterince akıllı ve refleksif biçimde dikkate almak koşuluyla, geleneksel kurucu anlatının kapsam/amaç denkleminin iş hukukunun ötsel bütünlüğü veya işlevselliği kaybedilmeden yeniden kurgulanabilmesi mümkündür⁴⁵. Bu kurgulamanın önemli bir unsuru “çalışmada kişilik” olarak adlandırdıkları bir kavramdır. Dolayısıyla

⁴² Atkinson (n 2) 59.

⁴³ Çoğulcu yaklaşım görüşünü benimseyen yazarlar için bkz. *ibid* 50-51 vd.; Cabrelli (n 24) 112.

⁴⁴ Atkinson (n 2) 59.

⁴⁵ Mark Freedland and Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (Oxford University Press 2011) 20-21.

söz konusu teoride en tartışmalı husus, iş hukukunun kapsamına ilişkin yeni ve daha geniş bir alan öngörerek “iş sözleşmesinden kişisel çalışma ilişkisine geçiş”tir. Kişisel çalışma ilişkisi iş hukuku için yeni bir sınır tanımı olarak öne sürülmektedir⁴⁶.

Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımında “istihdam (*employment*)” kavramının yerine “kişisel çalışma (*personal work*)”, “sözleşme (*contract*)” kavramının yerine ise “çalışma ilişkileri (*work relations*)” kavramının geçirilmesi önerilmektedir⁴⁷. Bu çerçevede kişisel çalışma ilişkileri (*Personal Work Relations-PWR*) kavramı, iş sözleşmesinin sınıflandırma işlevini üstlenerek iş hukukunun kimleri kapsayacağını belirleyen temel ölçüt haline gelmektedir. Görüşe göre “kişisel” sıfatı bu teori için vazgeçilmez nitelikte olup çalışmanın, başka bir kişi veya varlık için bizzat (kişisel olarak) ifa edilmesi anlamına gelmektedir. Ne var ki taraflar arasındaki ilişkinin mutlaka bağımlılık ilişkisi niteliği taşıması zorunlu değildir⁴⁸. Yazarlar bu kavramı kısaca, bir kimsenin başka bir kişi ya da kişilere (gerçek veya tüzel) bizzat iş görmesi nedeniyle, başkası için çalışma olgusundan doğan ilişkiler bütünü olarak tanımlamaktadır⁴⁹.

Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımı “ilişkisel” ve “kişisel” şeklindeki iki unsurdan oluşmaktadır. İlişkisel unsur bir angajman, düzenleme ya da karşılıklı beklenti çerçevesinde yapılan çalışan ve en az iki taraf arasında kurulan bir bağı işaret eder. Bu ilişki bir sözleşmeden ileri gelmek zorunda değildir. Bu nedenle iş hukukunun insan onuru, kapasite ve istikrarın risk altında olduğu ilişkileri düzenlemesi göz önüne alındığında tek seferlik, kopuk, bireysel faaliyetlerden ziyade birine karşı/biri için/bir yapı, organizasyon içinde çalışma söz konusuysa ilişkisellik unsurunun olduğu kabul edilecektir. Kişisellik unsuru olarak karşımıza

⁴⁶ ibid.

⁴⁷ Freedland and Kountouris (n 44) 31. Benzer bir tartışma hukukumuzda da iş sözleşmesi-iş ilişkisi kavramları bağlamında yapılmaktadır. İş sözleşmesi ve iş ilişkisi kavramları arasındaki farkın ortaya konulmasının hem teorik hem de pratik yararı olduğu ifade edilmektedir. İş ilişkisi özetle maddi, fiili bir ilişki olarak katılmayla kurulan ve böylece hukuki sonuç doğuran bir olay olarak nitelendirilmektedir. İş sözleşmesi ise iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçiye işverenin hizmetine girme yükümlülüğü yükleyen bir anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu bilgiler ve konuyu sözleşme teorisi ve katılma teorisi bağlamının yanı sıra Türk iş hukukunda bu kavramların farkının ne anlama geldiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayınevi 2025) 170-173; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion Yayıncılık 2022) 347-350.

⁴⁸ Freedland and Kountouris (n 45) 21.

⁴⁹ ibid 4-5.

çıkan ikinci unsur, çalışmanın kendisinin değil çalışma ilişkisinin kişisel olması yani işin bizzat işçi tarafından yapılması gerektiği anlamına gelmektedir⁵⁰. *Freedland* ve *Kountouris*, kişisel çalışma ilişkilerinin hukuki inşasına odaklanarak, tüm çalışma ilişkilerini bağımlı çalışan ve onun karşısı olan bağımsız çalışan ikiliği üzerinden kavramsallaştıran gelenekten kopmaktadır⁵¹.

Kişisel çalışma ilişkisi teorisinin getirdiği kategorizasyon profilinin netleştirilmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle şunu belirtmeliyiz ki; bağımlı/bağımsız çalışan ikiliğinin hâkim olduğu iş sözleşmesi anlayışı⁵² günümüzde sınırlı bir koruyucu kapasite taşıması riski ve bağımlılık kavramının genişletilmesinin sosyal koruma sistemi dışında kalan kendi hesabına çalışanları dışlama sonucunu doğurması sebepleriyle eleştirilmektedir. Dolayısıyla yakın gelecekte daha fazla yatırım yapılmayı hak eden bir hukuki kategori olarak görülmemektedir⁵³. Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımı ise, iş hukukunun kapsamına bağımsız çalışmayı da alarak bağımlılık alanının ötesine taşıyan bir kişisel çalışma ilişkileri alanına doğru, evrenselci biçimde genişletilmesidir. Bunun tek istisnasını ise “gerçek anlamda kendi nam ve hesabına işletme faaliyeti” yürütenler oluşturmaktadır⁵⁴. Bu bağlamda “faaliyetlerini esas olarak kendi kişisel emeklerine dayanarak yürütmeyen, aksine başta emek ve sermaye olmak üzere -çoğu zaman başkalarının üretim faktörleri de dahil- diğer üretim faktörlerini örgütleme yeteneğine dayanan hizmet sağlayıcıları” iş hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Zira bu tür bir örgütleme kapasitesi, fiilen yerine getirilen faaliyette belirli ölçüde kişisel emek bulunsa bile, söz konusu kişiyi işverene ya da ticari bir girişimciye benzer hâle getirir⁵⁵. Öğretide bir başka görüş ise kişisel çalışma

⁵⁰ ibid 32-34.

⁵¹ Simon Deakin, ‘What Exactly is Happening to the Contract of Employment? Reflections on Mark Freedland and Nicola Kountouris’s Legal Construction of Personal Work Relations’ (2013) 7 *Jerusalem Review of Legal Studies* 135, 141.

⁵² Bu ikili ayırım, tüm iş hukuku sistemleri için güçlü bir başlangıç noktası olsa da çoğu zaman varış noktası değildir. Zira İspanya, Birleşik Krallık, İtalya ve belirli ölçüde Almanya ile Avusturya gibi, yarı-bağımlı ara statü kategorilerini de kapsayan sistemler mevcuttur. Bu sistemler, işçi ile bağımsız çalışanlar arasındaki ayırma dayanan, ancak arada çeşitli biçimlerde tanımlanmış ara istihdam statülerini de öngören “değiştirilmiş bir ikili ayırımı” benimseyen yapılar olarak tanımlanabilir, Nicola Kountouris and Valerio De Stefano, *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment* (ETUC 2019) 19. Ülkeler arasındaki farklı uygulamalar hakkında bilgi için bkz. 19-21.

⁵³ Perulli (n 1) 187.

⁵⁴ ibid.

⁵⁵ Freedland and Kountouris (n 45) 376.

ilişkisi yaklaşımı çerçevesinde iş hukukunun kapsamının belirlenmesinde ek bir ölçüt olarak “istihdam ilişkisinin hukuki sınıflandırmasından bağımsız biçimde, ‘işverenin daha güçlü sözleşmesel gücü karşısında çalışanın piyasadaki zayıflığı’”nın dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁶.

Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımı iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının günümüzdeki yetersizliğine çözüm bulmaya çalışmaktadır. Ancak metodolojik olarak katkı sağlayan bir yaklaşım olsa da eleştiriye açıktır⁵⁷. Teorinin temel katkısı, iş hukukunu “bağımlılık” kavramı merkezinden kurtararak çalışanın kendisini odak noktası hâline getirmesidir. Zira böylece, iş hukukunun uygulama alanı ilişkinin tipolojik olarak “istihdam” ya da “serbest çalışma” olarak sınıflandırılmasına bağlı olmaksızın, kişisel olarak ifa edilen çalışma ilişkileri etrafında şekillendirilmesine ve günümüzün değişen çalışma ilişkilerinde güvencesiz çalışanların yaşadığı sorunlara çözüm bulmak üzere kapsamın genişlemesine katkı sağlar. Ne var ki kişisel çalışma ilişkisi kavramının hukuken tipolojik olarak tanımlanmamış olduğu da göz önünde tutulmalıdır. Söz konusu yaklaşım iş sözleşmesiyle, yarı-bağımlı çalışma ve bağımsız çalışma dâhil olmak üzere çok farklı çalışma biçimlerini kapsayabilecek geniş bir “makro kategori” olarak formüle edilmiştir. Böylece teorinin kapsayıcılığı artırılmaktaysa da düzenleyici ölçütlerin ve kimlerin iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alınacağını belirlenmesi güçleşmektedir. Aslında bu noktada sorun teorinin girişimci faaliyeti peşinen dışlaması değildir. “Kendi hesabına çalışma” kavramının kendisi sorunludur. Zira kişisel çalışma ilişkisi “*bir kimsenin başka bir kişi ya da kişilere (gerçek veya tüzel kişi), başkası yahut başkaları için bizzat iş görmeyi düzenlemesi nedeniyle sahip olduğu ilişkiler bütünü*” olarak tanımlanmaktadır. Hal böyleyken girişimci faaliyetlerin dahi çoğu durumda başkalarının ekonomik çıkarları için ve onların hesabına gerçekleştirildiği göz önüne alındığında iş hukukunun kapsam bakımından sınırlarının belirlenmesi yeni tartışmalara açık hale gelmektedir. Ayrıca işçi/bağımsız çalışan dışındaki örneğin ekonomik olarak bağımlı serbest çalışanlar gibi ara kategoriler ile kişisel çalışma ilişkisinde yer verilen “gerçek anlamda kendi hesabına girişimci faaliyet” arasındaki ayrım yeterince netleştirilmemiştir. Bu ayrımı netleştirmek için öğretide ek bir ölçüt olarak ileri sürülen çalışanın “piyasadaki zayıflığı” kıstası da eleştiriye açıktır. Zira piyasadaki zayıflık terimi sosyolojik olarak belirsiz ve hukuken ölçülmesi zor bir olgu olup güvenilir bir kriter olarak görülmemektedir⁵⁸.

⁵⁶ Countouris and De Stefano (n 38) 67.

⁵⁷ Perulli (n 1) 190.

⁵⁸ ibid.

Tüm bu eleştirilere rağmen kişisel çalışma ilişkisi teorisinin iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısındaki tipolojik sınıflandırmaları dikkate almaması değerli bulunarak, bu teori Avrupa Birliği hukukunda çalışma hayatında ayrımcılıkla mücadele, toplu pazarlık hakkı ve dijital platform çalışmaları alanlarında korumanın kapsamını genişletmek amacıyla kullanılmaya başlanmıştır⁵⁹. Teori her ne kadar eleştirilere açık ve somutlaştırılması gereken noktaları olsa da iş hukukunda bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı olup olmadığı tartışmasında önemli bir bakış açısı sunduğu için çalışmamıza temel oluşturmuştur. Bu nedenle aşağıda öncelikle toplu pazarlık hakkı ve kapsamı açıklanmakta ardından iş hukukunun “kişisel çalışma ilişkisi” yaklaşımı teorisiyle değişen kurucu anlatısı çerçevesinde bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı incelenmektedir.

III. Toplu Pazarlık Hakkı ve Kapsamı

A. Genel Olarak Toplu Pazarlık Hakkı

Sanayi Devriminin iş ilişkilerini köklü bir biçimde dönüştürmesiyle işçiler, yeni üretim yöntemlerinin ve artan rekabet baskılarının etkilerinden korunmak amacıyla, çıkarlarını işverenlere ve devlete karşı temsil edebilecek örgütler kurma yoluna gitmişlerdir. Mesleğe girişleri düzenleyen zanaatkar loncaları ve hastalık, işsizlik veya yaşlılık nedeniyle gelir kaybına karşı koruma sağlayan karşılıklı yardımlaşma dernekleri olarak işlev gören işçi örgütleri bu dönemde ilk işçi örgütleri olarak ortaya çıkmıştır⁶⁰. Görüldüğü üzere sendikalar doğuşu itibarıyla bir işçi teşkilatıdır⁶¹. Anılan dönemde söz konusu işçi örgütleri kendilerini bazı sanayi kesimlerinde ücret karşılığı çalışan işçilerin temsilcileri yani sendika olarak yapılandırmıştır. Çocuk işçiliği, uzun çalışma saatleri, düşük ücretler ve güvensiz çalışma ortamları gibi sorunlarla karşı karşıya kalınan bu erken dönemde sendikalar, ücretlerde ve çalışma koşullarında iyileştirmeler talep etmiştir. Tüm işgücünü geri çekme gücüne sahip olduklarından, işverenler ya onlarla müzakere etmek ya da grev ve üretim kaybı riskiyle yüzleşmek durumunda kalmıştır. Böylece toplu pazarlık, istihdam ilişkilerinde güç eşitsizliğinin dengelenmesi ve dönemin derin eşitsizlikleri ile adaletsizliklerinin giderilmesi için bir araç olarak ortaya çıkmıştır⁶².

⁵⁹ ibid 191.

⁶⁰ Susan Hayter, ‘Introduction’ in Susan Hayter (ed), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy: Negotiating for Social Justice* (Edward Elgar Publishing 2011) 1-2. Sendika kavramının ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sidney Webb and Beatrice Webb, *The History of Trade Unionism* (New Impression, Longmans Green and Co 1956) 1-64.

⁶¹ Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku* (Gazi Kitabevi 2022) 1.

⁶² Hayter (n 60) 2.

Sendika özgürlüğü genel olarak örgütlenme özgürlüğünün özel olaraksa dernek kurma özgürlüğünün bir görünüm biçimidir⁶³. Bu özelliği nedeniyle yıllarca örgütlenme özgürlüğü veya dernek kurma hakkı bağlamında ele alınmıştır. Nitekim uluslararası belgelerde karşımıza, “*freedom of association*” yani “örgütlenme özgürlüğü” ve “*right to organise*” sendika hakkı kavramları olarak iki farklı şekilde çıkmıştır⁶⁴. Öğretide de bu hakkın; örgütlenme özgürlüğü, sendika hakkı ve toplu pazarlık hakkı olmak üzere üç merkezi temel unsuru barındırdığı, hatta bu unsurlara grev hakkının da dahil olduğu ifade edilmektedir⁶⁵. Gerçekten de toplu pazarlık ve sonucunda ulaşılan toplu sözleşme hakkı sendika özgürlüğü ile doğrudan ve yakın bir ilişki içinde bulunmaktadır⁶⁶. Nitekim sendika özgürlüğü, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü şeklinde iki farklı ve birbirini tamamlayan özgürlüğü içeren çifte görünüşlü bir temel hak olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. Toplu pazarlık hakkı da kolektif sendika özgürlüğünün görünüş biçimlerinden biridir⁶⁸.

⁶³ Turhan Esener, *İş Hukuku* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1978) 273; Fevzi Demir, *Sendikalar Hukuku* (Belediye-İş Sendikası Yayınları, No8 1989) 30; Nizamettin Aktay, *Sendika Hakkı (Uluslararası Dayanakları Bakımından Eleştirel Bir Yaklaşımla Türk Hukukunda Sendika Hakkı ve İlgili Belgeler)* (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1993) 36; Arıcı (n 48) 12; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 44. Nitekim Yargıtay kararlarında sendikalar, demokratik toplumun temelini oluşturan örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Anılan kararlarda örgütlenme özgürlüğünün, bireylerin kendi menfaatlerini korumak amacıyla bir araya gelip kolektif yapılar oluşturabilmesini sağladığı ve topluluk içinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik hedeflerin gerçekleştirilmesine imkân tanıdığı belirtilmektedir. Bu bağlamda sendikaların, çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak için örgütlenme hakkının çalışma yaşamındaki görünümü olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca AİHM kararlarına da değinen Yargıtay; örneğin Demir ve Baykara/Türkiye kararında da vurgulandığı üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11. maddesi sendika özgürlüğünün güvence altına alındığını ve bunu dernek kurma özgürlüğünün özel bir boyutu olarak tanımlandığına atıf yaparak konuyla ilgili görüşlerini ortaya koymaktadır, bkz. Yargıtay 9 HD, 6117/7982, 08.05.2024.

⁶⁴ Faruk Pekin, *Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar* (Alan Yayıncılık 1985) 24-26; Nazlı Çoban, ‘Sendika Özgürlüğü Mü? Sendika Hakkı Mı?’ (2019) 16 (62), *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 563, 581.

⁶⁵ Committee on Monitoring International Labor Standards, ‘Freedom of Association and the Right to Collective Bargaining’ *Monitoring international labor standards : techniques and sources of information* (The National Academies Press 2004) 104-105.

⁶⁶ Gaye Burcu Yıldız, *Türk Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* (Yetkin Yayınları 2021) 16.

⁶⁷ Sendika özgürlüğü bir yönüyle bireylerin ekonomik ve sosyal menfaatlerini koruyup geliştirebilmek amacıyla örgütlenebilmeleri serbestisini ifade ederken; diğer yönüyle sendikanın, üyelerinden bağımsız bir tüzel kişilik olarak varlığını sürdürebilmesi ve kendine özgü faaliyetlerini serbestçe yürütebilmesini güvence altına alan kolektif bir özgürlük niteliği taşımasıyla,

Tarihsel olarak ortaya çıkış süreci kısaca bu şekilde özetlenebilecek olan sendika ve toplu pazarlık kavramlarının “hak” olarak nasıl tanımlandığına da değinmek gerekir. Sendika hakkı dar anlamda incelendiğinde ekonomik bakımdan bireysel olarak zayıf konumdaki işçilerin ortak ekonomik ve sosyal menfaatlerini koruyup geliştirmek amacıyla kolektif biçimde örgütlenmeleridir. Dolayısıyla sendika hakkı sendika kurma, sendikaya üye olma ya da üyelikten ayrılma ve herhangi bir sendikaya üye olmama özgürlüğünü kapsayan çok boyutlu bir örgütlenme serbestisini içerir. Sadece işçiler bakımından değil işverenler için de geçerli olan sendika hakkı işverenler açısından, örgüt yani sendika kurabilme ve kurulan sendikanın varlığını sürdürebilme ile faaliyet gösterebilme güvencesi sağlayan bir örgütlenme özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹. Dar anlamıyla sadece bir örgüt kurma serbestisi olarak anlaşılabilecek sendika hakkı geniş anlamda değerlendirildiğinde, ifade özgürlüğü, toplantı özgürlüğü ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi gibi temel haklarla iç içe geçmiş bir özgürlükler bütünü niteliği taşır⁷⁰. Sendika hakkının kapsamı yalnızca çalışan ve işverenlerin sendika kurma, üye olma ve serbestçe faaliyet yürütmesiyle sınırlı değildir; bu hak aynı zamanda, toplu iş sözleşmesi yapma, iş uyuşmazlıkları çıkarma ve dolayısıyla grev ve lokavt gibi kolektif eylemleri de içerir⁷¹.

Toplu pazarlık kavramı ise emek ve sermaye şeklindeki üretim sürecinin başlıca iki ögesi arasındaki ilişkilerde, taraflar arasında ekonomik bir denge kurma amacıyla doğmuştur⁷². İlk kez *Beatrice* ve *Sidney Webb* tarafından geliştirilen bu kavram, “işveren ile çalışan arasındaki tamamen bireysel ve geçici bir anlaşmadan, çalışanlardan oluşan bir grupta gayri resmî olarak belirlenen bir ‘ortak kuralla’ ve nihayetinde işverenin (ya da muhtemelen bir işveren grubunun) çalışanları

bireysel sendika özgürlüğü ve kolektif sendika özgürlüğü şeklinde iki boyutu olan bir özgürlüktür. Bkz. Aziz Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku* (8. Baskı, Beta Yayınevi 2023) 31; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 21; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3 Baskı, Beta Yayıncılık 2016) 9-10; Ahmet Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku* (Yenilenmiş 4 Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 36; Aktay (n 38) 37-38; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 6) 458; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 24) 869; Akyiğit (n 38) 44.

⁶⁸ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 51) 36; Akyiğit (n 47) 47-48.

⁶⁹ Çoban, ‘Sendika Özgürlüğü Mü? Sendika Hakkı Mı?’ (n 60) 579-580.

⁷⁰ Farklı tanımlar hakkında ayrıntılı derleme için bkz. ibid.

⁷¹ Sayım Yorgun, ‘Sendikaların Toplu Pazarlık Yetkisi ve Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü’nün Hukuki Boyutu’ (2023) 1 (76) Çalışma ve Toplum 97, 100.

⁷² Cahit Talas, *Sosyal Ekonomi* (S. Yayınları 14, Sevinç Matbaası 1979) 253.

temsil eden, genellikle bir sendika olan, tanınmış bir örgütle üzerinde uzlaşılan sabit bir kurallar seti” olarak ifade edilmiştir⁷³. Farklı bir tanıma göre toplu pazarlık; işçiler adına hareket eden bir sendika veya bir işçi topluluğunun, işçilerin daha iyi ve adil bir yaşama kavuşabilmesi için sermayenin temsilcileri ile girdiği barışçıl ama arkasında grev ihtimali de bulunan bir diyalogdur⁷⁴. Dar ve geniş anlamı olmak üzere iki farklı şekilde de açıklanabilecek olan toplu pazarlık hakkı dar anlamıyla; işçi sendikası ve işveren/işveren sendikası arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, ücret de dahil olmak üzere çalışma koşullarının belirlenmesini içeren bir sözleşme veya uyuşmazlıkla sonuçlanan bir süreç olarak ifade edilmektedir⁷⁵. Geniş anlamda toplu pazarlık hakkı ise, işçi işveren katılımıyla iki taraflı ya da hükümetin de eklenmesiyle üç taraflı olarak sürdürülen görüşmelerdir⁷⁶. Toplu iş sözleşmesi özerkliği de kapsadığı belirtilen toplu pazarlık hakkı⁷⁷, aynı kolektif sürecin bileşenleri olmasından bahisle sendika hakkıyla birbirlerinin tamamlayıcısı şeklinde nitelendirilmektedir⁷⁸.

B. Toplu Pazarlık Hakkının Kapsamı

1. Uluslararası Düzenlemelerde

Toplu pazarlık hakkının sendika hakkının tamamlayıcısı olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu özelliği göz önüne alındığında, uluslararası düzeyde güvence altına alınması ilk olarak İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası insan hakları rejiminin temel metni olarak ortaya çıkan ve 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile gerçekleşmiştir. Bildirge m.23/4; “*Herkesin menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakları vardır*” şeklindedir⁷⁹.

⁷³ Aktaran PK Edwards, ‘Industrial Relations and Collective Bargaining’ in Neil J Smelser and Paul B Baltes (eds), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Elsevier 2001) 7338, 7338.

⁷⁴ Talas (n 72) 254.

⁷⁵ Mehtap Demir, *Çok Düzeyli Toplu Pazarlık ve Türkiye’de Uygulanabilirliği* (Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları 2018) 29.

⁷⁶ ibid.

⁷⁷ Yorgun (n 71) 100.

⁷⁸ Yıldız (n 66) 19.

⁷⁹ Bildirgenin orijinal metni için bkz. Universal Declaration of Human Rights (UDHR), <<https://www.ohchr.org/en/universal-declaration-of-human-rights>> Date of Access 16 December 2025. Türkçesi içinse bkz. <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/turkish-turkce>> Erişim Tarihi 16 Aralık 2025.

Birleşmiş Milletler'in konuyla ilgili bir diğer çalışması Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁸⁰ olup m.8; bireylerin ekonomik ve sosyal menfaatlerini koruyabilmek amacıyla sendika kurabilmelerini ve sendikaların kendi belirledikleri kurallara tabi olarak kendi tercih ettikleri sendikalara katılabilmelerini taraf devletler bakımından bir yükümlülük olarak düzenlemektedir. Aynı hüküm, sendikaların ulusal düzeyde federasyon ve konfederasyon kurabilmesini; bu üst örgütlerin ise uluslararası sendikal yapılanmalara katılabilmelerini güvence altına alarak örgütlenme özgürlüğünün yalnızca bireysel düzeyde değil, kurumsal ve üst-örgütlenme boyutunun da korunmasını öngörmektedir. Bununla birlikte sendikaların faaliyet serbestisi esas olup, bu özgürlüğe getirilebilecek sınırlamalar ancak demokratik toplum düzeninde zorunlu ve hukuken öngörülmüş istisnai sebeplerle mümkün kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler'in bu Sözleşme ile aynı yıl kabul edilen ve konumuzla ilgili olabilecek diğer bir Sözleşmesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ndeysen *"Sendikaların, kanunla öngörülenler ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik veya kamu düzeni çıkarları veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışında herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın özgürce faaliyet gösterme hakkı"* (m.8/1-c) ile *"İlgili ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılması şartıyla grev hakkı"* (m.8/1-d) güvence altına alınmıştır⁸¹.

Toplu pazarlık hakkının güvence altına alınmasına yönelik en önemli belgeler ise Birleşmiş Milletler ihtisas kuruluşu olan ILO (International Labour Organization-Uluslararası Çalışma Örgütü) tarafından hazırlanmıştır. Sendika özgürlüğünün İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne dâhil edilmesinden önce, söz konu-

⁸⁰ Sözleşmenin İngilizcesi *"International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights"* şeklinde olup (orijinal metin için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>> Date of Access 16.12.2025), Sözleşme 10 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz ise Sözleşmeyi, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış ve 10 Temmuz 2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından onaylanmıştır (RG 11.08.2003/25196).

⁸¹ Sözleşmenin İngilizcesi *"International Covenant on Civil and Political Rights"* şeklinde adlandırılmaktadır (orijinal metin için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> Date of Access 16 December 2025) ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilerek onaylanmış ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz tarafından sözleşme 15 Ağustos 2000 tarihinde onaylanmış ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir (RG 21.07.2003/25175).

su özgürlük önemli ILO belgelerinde yer almıştır. Bunlardan ilki, Versailles Antlaşması’nın XIII. Bölümü olarak kabul edilen özgün hâliyle ILO Kurucu Antlaşmasıdır. Bu metinde taraf devletler, “her türlü meşru amaç için” örgütlenme özgürlüğünün, hem çalışanlar hem de işverenler bakımından “özel ve acil bir öneme sahip” olduğunu ilan etmişlerdir. Anayasa’nın giriş kısmı, çalışma koşullarının iyileştirilmesini ve böylece barışın güvence altına alınmasını sağlayabilecek önlemler arasında sendika hakkını açıkça zikretmektedir. İkinci olarak ILO 1944 yılında, Philadelphia Bildirgesini kabul ederek bu Bildirgeyi Kurucu Antlaşmasına dâhil etmiş ve örgütlenme özgürlüğü, ILO’nun dayandığı temel ilkelere biri olarak yeniden teyit edilerek “sürdürülebilir ilerleme için vazgeçilmez” olarak nitelendirilmiştir. Bildirge ayrıca, toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınmasına, üretken verimliliğin sürekli olarak iyileştirilmesinde yönetim ile emeğin iş birliğine ve sosyal ve ekonomik önlemlerin hazırlanması ve uygulanmasında çalışanlar ile işverenlerin iş birliğine atıfta bulunmaktadır⁸².

Toplu pazarlık hakkına ilişkin ILO belgelerinin en önemlileri⁸³ ise 87 ve 98 Sayılı Sözleşmelerdir. 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin⁸⁴ 2. maddesinde çalışanlar⁸⁵ ve işverenlerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Sözleşme, sendika özgürlüğünü yalnızca temel örgütlenme düzeyiyle sınırlamamakta; işçi ve işveren örgüt-

⁸² Lee Swepston, ‘Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO Supervision’ (1998) 137 (2) International Labour Review 169, 170.

⁸³ ILO, 1998 yılında “Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi”ni yayınlamış, bu bildirmede 8 temel sözleşmeye yer vermiştir. Bunlar; zorla çalıştırma yasağı (29 ve 105 Sayılı Sözleşmeler), örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkı (87 ve 98 Sayılı Sözleşmeler), işyerinde ayrımcılık ile (100 ve 111 Sayılı Sözleşmeler) ve çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasını (138 ve 182 Sayılı Sözleşmeler) içermektedir.

⁸⁴ Sözleşme için bkz. <<https://www.ilo.org/tr/resource/87-nolu-sendika-ozgurlugu-ve-sendikalaşma-hakkinin-korunmasi-sozlesmesi>> Erişim Tarihi 19.12.2025. Sözleşme ülkemizde 12.07.1993 tarihinde ve 3847 sayılı yasa ile uygun bulunmuştur (Yayımlandığı RG 11.12.1992/21432).

⁸⁵ Komiteye göre söz konusu düzenlemede yer alan “çalışanlar” kavramı dar anlamda iş sözleşmesine dayalı çalışanlarla sınırlı değildir. Kavram, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kamu görevlileri ve kamuda istihdam edilen diğer personeli de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu yaklaşım, sendika özgürlüğünün kişisel kapsamının mümkün olduğunca daraltılmaması gerektiği yönündeki ilkesel kabulün bir yansımasıdır. Yorum için bkz. ILO, *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (6th Edition, International Labour Organization 2018) 62, para.334.

lerinin federasyon ve konfederasyonlara katılabilmesini de açıkça güvence altına almaktadır (m.5). Sözleşme'nin 11. maddesindeyse üye devletlerin örgütleme özgürlüğünün serbestçe kullanılmasını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Konumuzla doğrudan ilgili bir diğer ILO sözleşmesi, 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi⁸⁶ olup, bu sözleşmeyle işçilerin hem iş ilişkisinin kurulması hem de devamı sürecinde sendikal nedenlerle ayrımcılığa uğramaları yasaklanarak sendika özgürlüğünün bireysel boyutu güvence altına alınmıştır (m.1). Bunun yanı sıra, çalışma koşullarının belirlenmesinde toplu pazarlık mekanizmasının etkin biçimde işletilmesini amaçlayan Sözleşme, işçi ve işveren örgütleri arasında toplu görüşme usulünün teşvik edilmesini devlet bakımından pozitif bir yükümlülük olarak öngörmüştür (m.4). Toplu pazarlık hakkının tanımlandığı ILO'nun 154 sayılı Toplu Pazarlık Sözleşmesi'ndeys⁸⁷ bu terimin bir işveren, bir işveren grubu veya bir veya daha fazla işveren örgütü ile bir veya daha fazla işçi örgütü arasında; "(a) çalışma koşullarını ve istihdam şartlarını belirlemek; ve/veya (b) işverenler ve işçiler arasındaki ilişkileri düzenlemek; ve/veya (c) işverenler veya işveren örgütleri ile bir işçi örgütü veya işçi örgütleri arasındaki ilişkileri düzenlemek" şeklindeki gerçekleşen tüm müzakereleri kapsadığı belirtilmiştir (m.2). Bir diğer ILO belgesi 2019 tarihli ILO Yüzüncü Yıl Bildirgesi'dir⁸⁸. Bildirge küresel bir hedef olarak sürdürülebilirlik fikrine dayanmakta ve bu bağlamda "tüm çalışanlar için güvenli ve emniyetli çalışma ortamlarına" dikkat çekmektedir. Bu hedefler arasında "kapsayıcı ve sürdürülebilir büyümenin gerçekleştirilmesinde kilit bir unsur olarak çalışan haklarının teşvik edilmesi; bu bağlamda, kolaylaştırıcı haklar olarak sendika özgürlüğüne ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınmasına odaklanılması" da yer almaktadır⁸⁹.

⁸⁶ Sözleşme için bkz. <<https://www.ilo.org/tr/resource/98-nolu-orgutlenme-ve-toplu-pazarlik-hakki-sozlesmesi>> Erişim Tarihi 19 Aralık 2025. Sözleşme ülkemizde 8 Ağustos 1951 tarihinde 5834 sayılı yasa ile onaylanmıştır (Yayımlandığı RG 14.08.1951/7884).

⁸⁷ Sözleşme ülkemizde henüz onaylanmamıştır. Bkz. <https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102893> Date of Access 19 December 2025. Sözleşme için bkz. <https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_INSTRUMENT_ID:31229>Date of Access 19 December 2025.

⁸⁸ ILO Centenary Declaration for the Future of Work, <<https://www.ilo.org/media/217791/download>> Date of Access 23 December 2025.

⁸⁹ Tonia Novitz, 'Collective Labour Rights for Working People: The Legal Framework Established by the International Labour Organization' in Sanjukta Paul, Shae McCrystal and Ewan McCaughey (eds), *The Cambridge Handbook of Labor in Competition Law* (Cambridge University Press 2022) 16.

Toplu pazarlık hakkına yönelik bir diğer uluslararası düzenleme getiren kuruluş Avrupa Konseyi’dir. Konseyin sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkı ile ilgili kabul ettiği ilk belge Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁹⁰’dir. Söz konusu Sözleşme 1950 yılında imzalanmış, 1953’te yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanarak iç hukukun bir parçası hâline getirilmiştir⁹¹. Sözleşme m.11/1 her ne kadar sendika özgürlüğünü tanımlama ve bu özgürlüğün nasıl sınırlanabileceğine ilişkin hüküm şeklinde karşımıza çıksa⁹² da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) söz konusu maddenin toplu pazarlık hakkını da kapsadığını belirterek hükmü geniş bir şekilde yorumlamaktadır⁹³. Avrupa Konseyi’nin konumuzla ilgili diğer belgesi Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’dır⁹⁴. Şart’ın 5. maddesinde; sendika özgürlüğü açık biçimde güvenceye kavuşturulmuş, çalışan ve işverenlerin ekonomik ve sosyal menfaatlerini koruyabilmek amacıyla yerel, ulusal ve uluslararası düzeyde örgüt kurabilmelerini ve bu örgütlere katılabilmelerini teminat altına almış; taraf devletlere ise bu özgürlüğü ihlal edici yasal düzenlemelerden kaçınma yükümlülüğünü getirmiştir. Şart m.6’da ise tüm çalışanlar ve işverenlerin, toplu pazarlık hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere uluslararası belgelerde toplu pazarlık hakkı çalışanlar ve işverenler için öngörülmüş, “çalışanlar” deyiminin içerisine ise işçiler ve kamu kurumunda görev yapan memurlar alınmıştır. Aşağıda hukukumuzda da buna

⁹⁰ Sözleşme için bkz. <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur> Erişim Tarihi 20 Aralık 2025.

⁹¹ RG 19.03.1954/8662.

⁹² m.11/1: “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. Bu hakların kullanılması yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncı yukarıda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir”.

⁹³ AİHM’in bu yöndeki kararları için bkz. Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining and Others v. Germany App no 815/18 (ECHR, 5 October 2022). Demir Baykara v. Turkey App no 34503/97 (12 November 2008). Benzer yöndeki başka karar için bkz. Doğan Küçük, ‘Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı’ (2024) 9 (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 369, 382, dn.44.

⁹⁴ Şart için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/the-revised-european-social-charter>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2025. Şart, ülkemizce 2007 yılında onaylanarak yürürlüğe girmiştir (Yayımlandığı RG 09.05.2017/26488).

benzer bir yaklaşımın benimsendiğini göreceğiz. Ancak uluslararası literatürde toplu pazarlık hakkının kapsamının bağımsız çalışanlara tanınması gerektiği yönünde adımlar atıldığını da inceleyeceğiz. Şimdilik sadece bu başlık altında incelediğimiz uluslararası belgelerin lafzından toplu pazarlık hakkının kişiler bakımından kapsamının uzun yıllar bu şekilde anlaşıldığını söylemekle yetinebiliriz.

2. Türk Hukukunda

Toplu pazarlık hakkı hukukumuzda hem 1982 Anayasası'nda hem de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda⁹⁵ yer almaktadır. 1982 Anayasası'nda, sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt haklarına yer verilmektedir. 1982 Anayasası, sendikal hakları çalışma hayatına ilişkin temel güvenceler arasında düzenlemiştir. Sendika kurma (m.51) ve sendikal faaliyet özgürlüğü anayasal düzeyde güvence altına alınmış (m.52); toplu iş sözleşmesi (m.53) ve grev hakkı (m.54) da bu çerçevede kolektif iş ilişkilerinin temel araçları olarak tanınmıştır. Anayasa'nın 51. maddesi, üyelerin çalışma ilişkileri ve ekonomik-sosyal haklarını korumak amacıyla, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilme, bu kuruluşlara katılabilme ve üyelikten çekilebilme özgürlüklerini güvence altına almıştır. Böylece sendika özgürlüğünün bireysel boyutu, bir yandan sendikaya üye olma hakkını tanıırken (olumlu sendika özgürlüğü) diğer yandan sendikaya üye olmama ve üyelikten ayrılma serbestisini de (olumsuz sendika özgürlüğü) güvence altına almaktadır⁹⁶. Söz konusu düzenlemenin bireysel sendika özgürlüğünün yanı sıra kolektif sendika özgürlüğünü de koruduğu ifade edilmektedir⁹⁷. Anayasa'nın 53. maddesi, işçilerin yanı sıra memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu sözleşme

⁹⁵ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18/10/2012, RG 07.11.2012/28460.

⁹⁶ Aktay (n 47) 38; Narmanlıoğlu (n 51) 29; Aktay ve Özdemir Ertürk (n 51) 37.

⁹⁷ Öğretide ve yargı kararlarında, ilgili maddede kolektif sendika özgürlüğüne doğrudan atıf yapılmasa da, bireysel sendika özgürlüğünün yalnızca kolektif sendika özgürlüğünün varlığı halinde tam anlam ve değer kazanması nedeniyle, kolektif özgürlüğünün de korunduğu kabul edilmektedir, bkz. Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 42) 34; Şahlanan (n 42) 21; Narmanlıoğlu (n 42) 13; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 6) 462; Aktay ve Özdemir Ertürk (n 42) 37-38; Akyiğit (n 38) 44-45, 47; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 24) 869, 874. Nitekim Yargıtay da öğreti ile benzer bir yaklaşımla kararlarında *"Bireysel sendika özgürlüğü kolektif sendika özgürlüğünün temelidir ve bu ikisi bir bütünü oluşturur"* ifadelerine yer vermektedir. Bkz. Yargıtay 9 HD, 8784/7250, 24.03.2016, Yargıtay 9 HD, 15096/20514, 04.06.2015.

yapabilme hakkını güvence altına almıştır. Buna karşın grev hakkı, 54. maddede, toplu iş sözleşmesi sürecinde anlaşmazlık çıkması durumunda işçilere tanınmıştır.

Toplu pazarlık hakkı Anayasa’da güvence altına alınmasının yanı sıra 6356 sayılı Kanun’da toplu iş sözleşmesinin esasları, toplu iş uyuşmazlıklarında çözüm yolları ve grev ve lokavt düzenlemesi şeklinde somutlaştırılmıştır. Anayasa’nın sadece işçiler için değil memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de toplu pazarlık hakkına sahip olduğuna yer vermesi nedeniyle söz konusu kişilerin toplu sözleşme yapabilmelerine ilişkin esaslar 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nda düzenlenmiştir⁹⁸. Kimlerin toplu pazarlık hakkı olduğu ve nasıl yararlandığı konularının somutlaştırıldığı bu Kanun hükümleri aşağıda çalışma konumuzun temelini oluşturan bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı olup olmadığı sorusuna yanıt ararken değerlendirileceğinden burada şimdilik bu kadar bilgi vermekle yetinmekteyiz.

Hukukumuzda toplu pazarlık hakkının temel dayanakları bu şekilde olup konumuzla ilgili olarak üzerinde kısaca durmamız gereken nokta Anayasa’nın 90. maddesidir. Zira anılan madde uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki bağlayıcılığına ilişkindir. Bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkından yararlanmasının mümkün olup olmadığı tartışmasında sadece iç hukuk düzenlemelerimiz değil taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin konuyla ilgili hükümlerinin de göz önünde tutularak yorum yapılması kaçınılmazdır. Çalışmamızın sınırlarını göz önünde tutarak kısaca konuyla ilgili çıkarımlarımızı ortaya koymak gerekirse, öncelikle değerlendirilmesi gereken hüküm Anayasa m.90/son’dur. Usulüne göre yürürlüğe konulan⁹⁹ uluslararası sözleşme hükümlerinin kanun hükmünde olduğu açıkça belirtilmekte, ardından şayet bu uluslararası sözleşme temel hak ve özgürlüklere ilişkinse ve kanun hükümleri ile sözleşme hükümleri çatışıyorsa sözleşme hükümlerinin “esas alınacağı” belirtilmektedir¹⁰⁰. Sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının düzenlendiği uluslara-

⁹⁸ Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, Kanun Numarası: 4688, Kabul Tarihi: 25.06.2001, RG 15.07.2001/24460.

⁹⁹ Usulüne göre yürürlüğe girmenin nasıl olduğu konusunda bilgi için bkz. Mesut Gülmez, ‘Sözleşmeler “Onay Kanunu” ile Yürürlüğe Girmez, Bağlayıcılık Kazanmaz!’ (2013) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi 349, 357-360.

¹⁰⁰ “Esas alma” ibaresinden kaynaklı olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara kanunlar karşısında hiyerarşik bir üstünlük mü tanındığı, yoksa yalnızca uygulamada öncelik mi öngörüldüğü doktrinde tartışmalıdır. Bu belirsizlik, normlar hiyerarşisi bakımından yorum sorununa yol açmaktadır. Bunun yanı sıra maddede geçen “temel hak ve özgür-

rası sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğuna şüphe yoktur. Bunun yanı sıra bir uluslararası antlaşmanın iç hukukta kişilere sübjektif haklar tanınması ve yargı organları tarafından hukuk normu olarak doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı da ayrı bir sorundur¹⁰¹. Konuyla ilgili tartışmalara yer vermek çalışma konumuzun sınırlarını aşacağından sadece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ILO Sözleşmelerinin bilhassa da sendikal haklara ilişkin olanların bu kapsamda değerlendirilebileceğini hatta sosyal hakların da örneğin sosyal güvenlik hakkına ilişkin uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilme yeteneğini haiz olduğunu belirtmekle yetinmekteyiz¹⁰². Sonuç itibarıyla, uluslararası düzenlemelerde toplu pazarlık hakkı başlığında yer verdiğimiz ve taraf olduğumuz Sözleşmeler Anayasa m.90/son çerçevesinde iç hukukumuz açısından bağlayıcılık taşıyan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kapsamında değerlendirilmeli ve doğrudan uygulanabilme kabiliyetini haiz olduğu kabul edilmelidir.

3. Kişisel Çalışma İlişkisi Yaklaşımı Çerçevesinde Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı

C. Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı Olup Olmadığı Tartışması

İş hukukunun kişisel kapsamına yönelik yerleşmiş ve gelişmiş normatif ve analitik bir tartışma bulunmaktadır. Ancak bu tartışma bireysel iş hukukuna ilişkin algılanmakta toplu iş hukukunun kişisel kapsamının normatif ve analitik incelemesi derinlemesine yapılmamaktadır. Çoğu zaman bireysel iş hukuku ile toplu iş hukukundaki işçi tanımı birbirinden farklı değerlendirilmektedir. Genel olarak bireysel iş hukukunun kapsamı toplu iş hukukunun kapsamına göre daha geniş

lülere ilişkin antlaşmalar” ifadesinin açık olmaması da bir diğer tartışmalı noktadır. Ne var ki çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına bu tartışmaya yer vermeyi tercih etmemekteyiz. Öğretilere ise bu ifadenin “uluslararası antlaşma hükümlerine göre ‘karar vermek’ ya da ‘işlem yapmak’” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Öner Eyrenci, ‘İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları’ (2016) 1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 381, 385.

¹⁰¹ ibid 385-386.

¹⁰² Sosyal hakların doğrudan uygulanabilirliği hakkındaki tereddütler için bkz. Serkan Odaman, ‘Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi’ (2004) 1 (3) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 816, 820-823. Öğretinin aksine sosyal hakların doğrudan uygulanabilir olduğunu, konuyu özellikle bu hakların dava edilebilirliği ve sosyal güvenlik hakkı bağlamında değerlendiren bizim de katıldığımız görüşler ileri süren önemli bir çalışma içinse bkz. Emrah Çetin, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkının Etkinleştirilmesi* (Yetkin Yayınları 2020) 369-386.

kabul edilmekteyse de kimi zaman iki alan kişisel kapsam bakımından benzer bir yaklaşımla ele alınmaktadır¹⁰³. Bu konudaki normatif temellendirmelere bakıldığında ilk olarak kolektif iş hukukunun kişisel kapsamının bağımlı çalışanlarla sıkı biçimde sınırlandırılmasına yönelen ve ikinci olarak ise radikal ölçüde daha kapsayıcı bir yaklaşımı işaret eden iki farklı görüşle karşılaşmaktayız. Dışlayıcı normatif çerçeve olarak isimlendirilebilecek ilk görüş, kolektif iş hukukunun amacını ve temelini -bireysel iş hukukuna kıyasla daha belirgin biçimde- iş sözleşmesi veya ilişkisinde içkin olan pazarlık gücü eşitsizliğinin, kolektif temsil ve kolektif eylem yoluyla giderilmesi olarak ele alır ve kolektif iş hukukunun asli öznesinin yalnızca bağımlı çalışanlar olduğu sonucuna varır¹⁰⁴. Kapsayıcı normatif çerçeve ise, kolektif iş hukukunun koruma alanını örgütlenme özgürlüğü ve demokratik temsil gibi temel kavramlar etrafında toplanan haklar çerçevesinde değerlendirerek genel siyasal anayasal düzen içinde bu hakların somutlaşmasının bir parçası ya da onun devamı olarak görür¹⁰⁵. Bu normatif bakış açısından hareketle, kolektif iş hukukunun kişisel kapsamını yalnızca bağımlı çalışanlarla sınırlandırmadan ziyade daha kapsayıcı biçimde tanımlanan bir çalışma ilişkileri alanında kişisel kapsamın belirlenmesi ya da somut örneğini bulmak zor olsa da hem bireysel hem de kolektif iş hukuku bakımından kişisel kapsamın genel olarak kapsayıcı yorumlanmasını gerektirdiğini ileri sürer¹⁰⁶.

Söz konusu tartışmalar bağlamında toplu iş hukukunda bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı olup olmadığının belirlenebilmesi için öğretide üç temel sorunun yanıtlanması gerektiği belirtilmektedir. Bunlardan ilki toplu pazarlık hakkının temel bir insan hakkı olup olmadığıdır. Ardından iş hukukunun temel hak olarak tanımlanabilecek bir hakka bağladığı sonuçların, daha açık bir ifadeyle bu hakka getirilebilecek istisna ve sınırlamaların hangi ölçüde uygulanabileceği veya hakkın kapsamına belirli bir “evrensellik” düzeyi atfedilip atfedile-

¹⁰³ Hukukumuzda ise, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.2/3, “Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir” hükmüne yer verirken 4. fıkra “İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır” hükmü göz çarpmaktadır. Dolayısıyla 6356 sayılı yasadaki işçi tanımının daha geniş olduğu anlaşılmaktadır. İleride bu konuya değinileceğinden burada bu kadar bilgi verilmekle yetinilmektedir.

¹⁰⁴ Mark Freedland and Nicola Kountouris, ‘Some Reflections on the “Personal Scope” of Collective Labour Law’ (2017) 46 Industrial Law Journal 52, 54-55.

¹⁰⁵ ibid 55.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 53-55.

meyeceği sorusu yanıtlanmalıdır¹⁰⁷. Son olarak ise iş hukukunda belirli işçi haklarının hangi çalışanlar bakımından uygulanması gerektiği sorusu; klasik bağımlılık kriteri, ekonomik bağımlılık kriteri ve çalışmamızın temelini teşkil eden “kişisel çalışma ilişkisi” yaklaşımından hangisinden yararlanılarak sonuca varılabacağı tespit edilerek cevaplanmalıdır¹⁰⁸. Aşağıda bu sorulara yanıt aramaktayız.

1. Toplu Pazarlık Hakkının Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Örgütlenme özgürlüğü ve dolayısıyla toplu pazarlık hakları gibi kolektif çalışma hakları ile bireysel çalışma haklarını içeren çalışma haklarının¹⁰⁹ (*labour rights*) temel bir insan hakkı olup olmadığı konusunun öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira çalışma haklarının “işçi hakları” olarak günümüzün değişen koşullarında sadece bir hukuki statüye bağlı şekilde ele alınması kayıt dışı istihdam, dezavantajlı gruplar, ev hizmetlerinde çalışanlar veya dijital platform çalışanlarının iş hukukunun koruyucu kapsamının dışında kalması gerektiği gibi yanlış bir algıya neden olmaktadır.

Toplu pazarlık hakkının uluslararası belgelerde düzenlenişini incelerken değindiğimiz üzere temel hak ve özgürlüklere yer verilen belgelerde özellikle sendikal haklar bağlamında toplu pazarlık hakkının da güvenceye kavuşturulmuştur. Hem ILO hem de AİHM’in toplu pazarlık hakkını sendika hakkı bağlamında ele alarak temel bir insan hakkı olarak nitelendirdiğine değindiğimizden tekrara düşmemek adına burada sadece bu kadar bilgi vermekle yetinmekteyiz.

Toplu pazarlık hakkının temel bir insan hakkı olmasının pek çok sonucu bulunmaktadır. Çalışma konumuz bağlamında önemli olan bu hakkın asıl olduğu, hakkın özüne dokunulmaması gerektiği ve orantılılık ilkesi çerçevesinde istisnasının öngörülebileceğidir. İkinci husus temel hak olarak kabul edilen hakların kişisel kapsamının geniş yorumlanmasıdır. Nitekim bu hususu değerlendiren ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, bir devlet için verdiği kararda “*kendi hesabına çalışan işçilerin, menfaatlerini ilerletmek ve korumak amacıyla -toplu pazarlık da dâhil*

¹⁰⁷ Nicola Countouris and Valerio De Stefano, ‘The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain Collectively’ 1 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3763214> Date of Access 29 December 2025.

¹⁰⁸ ibid, 1-2.

¹⁰⁹ Bu çalışmada *labour rights* terimi bilinçli olarak “çalışma hakları” şeklinde çevrilmiştir. Kavram, kimi zaman “işçi hakları” olarak da kullanılabilirle birlikte, hukuki statüye bağlı olmaksızın çalışma ilişkisi kapsamında ortaya çıkan hakları ifade etmesi amacıyla bu çalışmada “çalışma hakları” terimi tercih edilmiştir.

olmak üzere- sendikal haklardan tam olarak yararlanabilmelerini sağlamak için gerekli önlemleri almasını talep etmiştir; ayrıca, ilgili sosyal taraflarla istişare içinde, toplu pazarlık açısından önem taşıyan kendi hesabına çalışan işçilerin özelliklerini belirlemesini ve uygun olduğu takdirde bu işçilere özgü toplu pazarlık mekanizmaları” geliştirmesini istemiştir¹¹⁰. Öğretide hem ILO 87 ve 98 Sayılı Sözleşmeleri hem de Avrupa Sosyal Şartı m.6 çerçevesinde kendi hesabına çalışanların ilke olarak sendika özgürlüğü hakkından toplu pazarlık hakkına kadar çeşitli kolektif iş hukuku haklarına sahip olduğu ifade edilmektedir¹¹¹.

Üçüncü olarak bir hakkın temel hak olarak kabul edilmesiyle sadece ilgili alanda değil farklı alanlarda da bu hakların gündeme gelmesi ele alınmalıdır. Örneğin kimi zaman örgütlenme özgürlüğüne ilişkin bazı ülkelerin işçi tanımını çok dar tutması ülkeler arasındaki ticari anlaşmalara aykırı bulunabilmektedir¹¹². Bu bakımdan bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı rekabet hukuku ile ilişkilendirilmekte olup aşağıda bu konuyu ayrı bir başlık altında ele almaktayız.

Sonuç itibarıyla toplu pazarlık hakkının temel bir insan hakkı olması ondan yararlanacak kişileri belirlerken hakkın kişi bakımından kapsamının geniş yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun yanı sıra aşağıda değineceğimiz üzere iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısının dışına çıkan ve bağımlı/bağımsız çalışan ayırımından sıyrılan “kişisel çalışma ilişkisi” yaklaşımı neticesinde de bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı olduğu kabul edilmektedir. Öğretide isabetli olarak, bağımsız çalışanların bu haklardan otomatik olarak dışlanması, kolektif hakların insan hakları olma özelliği göz önüne alındığında evrensel niteliğiyle bağdaşmayacağı belirtilerek eleştirilmektedir. Ayrıca, çalışanlar üzerinde kullanılan güçleri sınırlama ihtiyacı yalnızca biçimsel istihdam ilişkisi içinde bulunan kişilerle sınırlı tutulamaz. Zira bunun nedeni sadece, bu ilişkilerin günümüzde değişen çalışma biçimleri nedeniyle çalışanların hukuki statüsünün yanlış sınıflandırılmalarına karşı kolektif biçimde hareket etme imkânından -potansiyel olarak uzun ve maliyetli davalara başvurmaksızın-mahrum bırakma riski değildir¹¹³. Aynı zaman-

¹¹⁰ ILO, *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (n 85) 240, para.1285.

¹¹¹ Perulli (n 1) 198; Countouris and De Stefano (n 52) 38.

¹¹² Countouris and De Stefano (n 107) 5.

¹¹³ Valerio De Stefano and Antonio Aloisi, ‘Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human Rights Protection of Non-Standard Workers’ in Janice R Bellace and Berly ter Haar (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 371-372.

da, tek bir ya da sınırlı sayıdaki müşteriye bağımlı olan bağımsız çalışma biçimlerinin yaygınlaşması ve dolayısıyla bu müşterilerin kullandığı güçlere karşı kolektif bir yanıt gereksinimi modern işgücü piyasalarının acil bir ihtiyacıdır¹¹⁴.

Bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı olup olmadığına ilişkin tartışmada en önemli nokta rekabet hukuku ile iş hukuku arasındaki ilişki ve bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkı tanınmasının rekabet hukuku ilkelerine, düzenlemelerine aykırı olup olmadığı sorunudur. Bu nedenle aşağıda bu konuya açıklık getirmek amacıyla bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı ile rekabet hukuku tartışmalarına yer verilmektedir.

2. Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı ve Rekabet Hukuku Tartışmaları

a. Genel Olarak

Rekabet hukuku ile toplu pazarlık hakkına ilişkin düzenlemelerin temel amaçları birbirinden oldukça farklıdır. Toplu pazarlık hakkı ve rekabet hukukunun temel amaçlarına baktığımızda bu çekişmenin nedenini anlayabilmekteyiz. Zira toplu pazarlık hakkı rekabet hukukunun yasakladığı; karteller, fiyat belirleme ve üretim düzeylerini kontrol etmeye yönelik anlaşmalar gibi hususları teşvik eder ve destekler¹¹⁵. Tam da bu nedenle bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkı gündeme geldiğinde rekabet hukuku ile aralarında ciddi bir çekişme baş göstermektedir. Bunun nedeni kısmen de olsa, rekabet hukukunda piyasa düzenlemelerinin konusunun bir mal veya hizmet olması ancak toplu pazarlık hakkının kişilerin emeğine yönelik düzenlemeler getirmesidir. Hâl böyleyken ikame edilebilir bir şeyin ya da kişisellikten arındırılmış bir hizmetin satışı ile bir kişinin emeğini belirli bir süre için tek bir talep edene satması arasında fark olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶.

Rekabet düzenlemesi, rekabetçi piyasaların teşvik edilmesi yoluyla kamusal refahın en üst düzeye çıkarılmasıyla ilgilenir. Serbest rekabetin, kaynakların en iyi şekilde kullanılmasını sağlayarak optimal ekonomik sonuçlar ürettiği ka-

¹¹⁴ ibid 372.

¹¹⁵ Shae McCrystal and Phil Syrips, 'Competition Law and Worker Voice: Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union' in Alan Bogg and Tonia Novitz (eds), *Voices at Work Continuity and Change in the Common Law World* (Oxford University Press 2014) 423. Benzer açıklamalar için bkz. Antonio García-Muñoz Alhambra, 'Collective Bargaining of Self-Employed Workers and Competition Law in the EU' (2023) (3) *Lavoro Diritti Europa* 1, 5 <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.lavorodirittieuropa.it/images/GARCIA_MUNOZ.p> Date of Access 4 February 2026.

¹¹⁶ McCrystal and Syrips (n 115) 423.

bul edilir ve üreticiye de optimal bir getiri sağlayan bir fiyattan sunulur. Ne var ki bu yaklaşım emeğin bir meta olmaması nedeniyle işgücü piyasalarına ters düşmektedir. Emek, kişiden ya da kişinin geçimini sağlamak için çalışma ihtiyacından ayrılmayacağı gibi çoğu çalışan için emek, en değerli varlık ve kendileri ile bakmakla yükümlü olduklarını desteklemenin aracı olup gelecekte kullanılmak üzere depolanamaz veya başka bir kişinin emeğiyle ikame edilemez¹¹⁷. Emeğin makul bir getiri sağlamaması halinde diğer mübadele konusu değerler gibi kolaylıkla başka bir amaca yönlendirilmesi ve gelir elde etmeye devam etmesi de mümkün değildir. İşte emeğin piyasadaki diğer mübadele araçlarından bu farklı yönleri toplu pazarlık düzenlemelerinin devreye girerek emeğin korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Toplu pazarlık araçlarıyla getirilen düzenlemeler, işgücü piyasalarındaki pazarlık gücü eşitsizliklerini hafifletir; işyeri demokrasisini ve çalışanların sesini duyurmasını kolaylaştıran mekanizmalar sunar. Çalışanlara, çalışma koşullarını değiştirme konusunda anlamlı fırsatlar yaratır. Söz konusu sosyal amaçlarının yanı sıra toplu pazarlık araçlarıyla getirilen düzenlemeler; çalışma koşullarının toplu olarak müzakere edilmesi, işlem maliyetlerinin azalması yoluyla etkinlik yaratabilir ve işçilerin çalışma düzenlemelerine doğrudan katılımı, daha verimli ve etkili iş süreçlerinin geliştirilmesi gibi birtakım ekonomik hedefleri de gerçekleştirebilir¹¹⁸.

Rekabet hukuku ile iş hukuku arasındaki bu farklar nedeniyle rekabet hukuku kurallarının sadece “teşebbüs”lere¹¹⁹ uygulanacağı kabul edilerek teşebbüsün sınırları içerisinde -özellikle çalışanlar ile yönetim arasındaki etkileşimin nasıl gerçekleştiği konusunda- müdahale etmekten kaçınılır¹²⁰. AB hukuku bir çalışanın teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğini benimsemektedir. Zira çalışan, piyasada mal veya hizmet sunma ve bu faaliyetin mali riskini üstlenme anlamında özerk bir ekonomik faaliyet yürütmez. Bu nedenle işçiler bir araya gele-

¹¹⁷ Simon Deakin and Frank Wilkinson, ‘Labour Law and Economic Theory: A Reappraisal’ [1998] ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No.92 1, 14.

¹¹⁸ McCrystal and Syrijs (n 115) 423-424.

¹¹⁹ Teşebbüs kavramı rekabet hukukunda işlevsel bir anlamda şekillenmiştir. Hukuki statüsü veya finansman biçimi ne olursa olsun, ekonomik bir faaliyette bulunan tüm birimler bu kavramın kapsamına girer. Bu geniş tanım, kural olarak bağımsız çalışanları da kapsamaktadır. Achim Seifert, *Kollektivverträge Für Wirtschaftlich Abhängige Selbständige Und Unionsrechtliches Kartellverbot* (Bund Verlag 2022) 56; Nicola Countouris, Valerio De Stefano and Ioannis Lianos, ‘The EU, Competition Law and Workers Rights’ in Sanjukta Paul, Shae McCrystal and Ewan McCaughey (eds), *The Cambridge Handbook of Labor in Competition Law* (Cambridge University Press 2022) 281.

¹²⁰ Countouris, De Stefano and Lianos (n 119) 281.

rek işverenlerle emeklerinin satışına ilişkin bir ücret ya da fiyat belirlemek üzere toplu sözleşmeler akdettiklerinde, rekabet hukuku sistemleri bu uygulamaları genellikle teşebbüslerin başvurabileceği fiyat tespiti pratiklerinden oldukça farklı bir olgu olarak değerlendirerek rekabet hukuku sınırlamalarından muaf tutmaktadır¹²¹. Özetle, işgücü piyasalarının kartelleştirilmesine yönelik temel ekonomik gerekçe, mal ve hizmet piyasalarından farklı olarak rekabet ilkesinin işgücü piyasalarında tam uygulanmasının piyasa başarısızlığına yol açabileceği ve bu nedenle rekabetin sınırlandırılmasını zorunlu kıldığı varsayımdır. Zira rekabetin tam uygulanması, işçiler arasında yıkıcı bir ücret kırma yarışını tetikleyebileceği için, karşı güç oluşturma yetkisinin tanınmasıyla bu durumun düzeltilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu yetki, toplu sözleşmeler aracılığıyla asgari çalışma koşullarının belirlenmesini mümkün kılar¹²².

Konu bağımsız çalışanlar olduğunda rekabet hukuku ile iş hukuku arasındaki ilişkiye yanıtlanması gereken soru işçiler, sendikalar, toplu pazarlık faaliyetleri gibi işgücü piyasası aktörlerinin ne ölçüde rekabet hukukunun dışında veya içinde tutulabileceğidir. Başka bir deyişle rekabetin korunması ile çalışanların korunması arasındaki denge nasıl kurulmalıdır ve toplu pazarlık hakkının kapsamının bağımsız çalışanları da içerisinde alacak şekilde kabul edilmesinin bu denge kurma çabası üzerindeki yeri nasıl tespit edilmelidir? Aşağıda bu sorulara yanıt arayan AB hukukunun konuya yaklaşımı incelenmekte ve böylece ülkemizdeki durum değerlendirilirken bir fikir edinilmeye çalışılmaktadır.

b. AB Hukukunda

i. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı

AB hukuku TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union- Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma) m.101/1 uyarınca, iç pazardaki rekabeti bozabilecek ve üye devletler arasındaki ticareti etkileyen tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve buna benzer eylemler yasaktır. Bu yasak; fiyat belirleme, üretim ve piyasa kontrolü, piyasaların paylaşımı, farklı koşullar uygulama veya sözleşmelere ek yükümlülükler koyma gibi uygulamaları kapsamaktadır¹²³. Aşağıda görüleceği üzere AB rekabet hukukunda toplu pazarlık hakkının

¹²¹ ibid.

¹²² Seifert (n 119) 19-20.

¹²³ İlgili madde için bkz. T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi, <<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>> Erişim Tarihi 04 Şubat 2026.

sosyal politika amacıyla rekabet kaygılarının önüne geçebilmesine iki kümülatif koşul altında izin verilmektedir: İlk olarak bir toplu iş sözleşmesi bulunmalı; ikinci olarak ise bu sözleşme, kişisel kapsamına girenlerin istihdam ve çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlamalıdır¹²⁴.

Değerlendirmelerini anılan madde çerçevesinde gerçekleştiren Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (kısaca ABAD) *Albany*¹²⁵, *Pavlov*¹²⁶ ve *FNV Kunsten*¹²⁷ kararlarının analizi konuyla ilgili yol göstericidir. *Albany* kararında; rekabeti sınırlayıcı etkisine rağmen çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlayan toplu iş sözleşmelerinin, AB rekabet hukukunun dışında tutulabileceği kabul edilmiştir. Böylece literatürde *Albany* muafiyeti olarak adlandırılan “işgücü muafiyeti” doktrini oluşturulmuştur. Kararda bağımsız çalışanların bu muafiyetten yararlanamayacağı ancak görünürde bağımsız çalışanların¹²⁸ toplu pazarlık hakkından yararlanabileceğine karar verilmiştir¹²⁹. Birkaç yıl sonra *Pavlov* davasında ise esasen bağımsız çalışanlardan oluşan Hollanda’daki tıp meslek mensuplarının temsilci örgütünce emeklilik planına ilişkin toplu sözleşmenin TFEU m.101/1’e aykırı olmadığı yönündeki başvuruda, söz konusu tarafların bağımsız çalışan olması nedeniyle *Albany* muafiyetinden yararlanamayacağına kanaat getirilmiştir¹³⁰.

¹²⁴ García-Muñoz Alhambra (n 115) 5-6.

¹²⁵ *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Judgment, ECLI:EU:C:1999:430, Case, 67/96, 21st September 1999, European Court of Justice [ECJ].

¹²⁶ *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Judgment, ECLI:EU:C:2000:428, Case, 180/98 to 184/98, 12th September 2000, European Court of Justice [ECJ].

¹²⁷ *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, Judgment, ECLI:EU:C:2014:2411, Case, 413/13, 4th December 2014, Court of Justice of the European Union [CJEU].

¹²⁸ Görünürde bağımsız çalışma kavramı için literatürde birbirinden farklı terimler kullanılmaktadır. En yaygın olarak kullanılan İngilizce terimler; “*bogus*”, “*fake*”, “*false*”, “*sham*”, “*involuntary*”, “*misclassified*”, or “*pseudo*” *self-employment* şeklinde olup hepsi neredeyse aynı anlama gelmektedir, bkz. Ondřej Dvouletý and Dagmara Nikulin, ‘Dependent Self-Employed Individuals: Are They Different from Paid Employees?’ (2023) 45 (3) *Employee Relations* 704, 706. Aslında işçi olarak çalışması gereken veya halihazırda işçi olarak çalışan kişilerin işverenlerce “görünürde bağımsız çalışan” olmaya sevk edilerek işverenlerin iş hukukundan doğan temel yükümlülüklerinden kaçınmasıyla ortaya çıkan bir statüdür. Konuyla ilgili kullanılan farklı kavramlar, tanım ve görünürde bağımsız çalışan kabul edilmek için aranan ölçütler hakkında bkz. Gaye Burcu Yıldız, ‘Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi’ in Kübra Doğan Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 783-785.

¹²⁹ Kararın incelemesi için bkz. Freedland and Kountouris (n 103) 60; Countouris and De Stefano (n 52) 48; Countouris, De Stefano and Lianos (n 119) 282-283.

¹³⁰ *Albany*, (n 125) para. 69.

FNV Kunsten kararında ise, orkestradaki yedek müzisyen bağımsız çalışanların asgari ücret de dahil, çalışma koşullarının belirlendiği toplu iş sözleşmesinin TFEU m.101/1'e aykırı olmadığı iddiasına karşılık toplu iş sözleşmesinin kapsamına alınan söz konusu müzisyenlerin bağımsız çalışan olduğu gerekçesiyle *Albany* muafiyetinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Ancak müzisyenlerin görünürde bağımsız çalışan statüsünün de araştırılması gerektiği, bunu tespit etmenin de ulusal mahkemelerin görevi alanına girdiği vurgulanmıştır¹³¹.

Görüldüğü üzere, bağımsız çalışanların çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlayan toplu pazarlık süreçlerinde sendika temsili elde edebilme kapasitesi üç temel engelle karşılaşmaktadır. Birincisi toplu pazarlığın anayasal ya da temel bir hak olarak korunmasına yönelik hak-temelli bir yaklaşımın bulunmaması, ikincisi AB hukukunda çalışan/işçi (*worker/employee*) statüsünde olmayan kişiler için toplu pazarlık hakkının öngörülmemiş olduğu yönündeki kabul ve son olarak bir yanda bağımlı çalışanlar, diğer yanda ise değişmez biçimde “teşebbüs” olarak sınıflandırılan bağımsız çalışanlar arasında kurulan son derece katı ikili ayrımdır. ABAD'ın yaklaşımı, bazı görünürde bağımsız çalışanların *Albany* doktrini uyarınca “işçi” olarak yeniden sınıflandırılarak toplu pazarlık hakkından yararlanabileceğinin kabulü şeklindedir¹³².

ii. Tek Başına Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlığına İlişkin AB Kılavuzları

ABAD'ın konuyla ilgili yukarıda yer verdiğimiz yaklaşımına karşın 2022 yılında Avrupa Birliği Hukukunda “tek başına bağımsız çalışanların toplu sözleşmelerine ilişkin” kılavuzların¹³³ kabul edilmesi önemli bir adım olarak görülmektedir. Kılavuzların amacı bazı bağımsız çalışan kategorilerinin AB rekabet hukukunu ihlal etmeksizin toplu sözleşmeleri müzakere edebileceklerini (ya da bu sözleşmelere dâhil olabileceklerini) açıklığa kavuşturmadır¹³⁴.

Kılavuza göre tek başına bağımsız çalışanlar (*solo self-employed workers*); faaliyetlerini çalışan istihdam etmeksizin yürüten bağımsız çalışanlar olarak

¹³¹ *FNV Kunsten*, (n 127) para. 29-31.

¹³² Freedland and Kountouris, ‘Personal Scope’ (n 85) 64.

¹³³ Official Journal of the European Union, ‘Guidelines on the Application of Union Competition Law to Collective Agreements Regarding the Working Conditions of Solo Self-Employed Persons (2022/C 374/02)’ (2022) 65 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2022:374:FULL>> Date of Access 3 February 2026.

¹³⁴ Ira Schwarz-Vomhof and Reentje Streuter, ‘Entwicklungen Der Rechtlichen Rahmenbedingungen Für Tarifverträge Mit Solo- Selbstständigen’ (2023) 71 Arbeit und Recht 421, 422; García-Muñoz Alhambra (n 115) 7.

tanımlanmaktadır¹³⁵. Tek başına bağımsız çalışanlar, hizmetlerini sunmak için bazı mal veya varlıkları kullanabilirler. Örneğin, bir temizlik görevlisi temizlik ekipmanlarını kullanarak hizmet sunabilir, bir müzisyen bir müzik aleti çalarak işini yerine getirebilir. Bu gibi durumlarda, söz konusu mallar nihai hizmetin sunulmasında yardımcı (tali) araçlar olarak kullanıldığından, ilgili çalışanların esas itibarıyla kendi kişisel emeklerine dayanarak çalışmalarını yerine getirdiği kabul edilir. Buna karşılık, örneğin tek başına çalışan bir kişinin konaklama amacıyla yer/taşınmaz kiraya verme veya otomotiv parçaları satışı durumunda, bu faaliyetler kişisel emek sunumundan ziyade varlıkların işletilmesi ve malların yeniden satışıyla ilgili olduğu için kılavuzlar tek başına bağımsız çalışanların ekonomik faaliyetinin yalnızca mal veya varlıkların paylaşımı, işletilmesi veya yeniden satışından ibaret kabul ederek söz konusu çalışmaları kapsamadığını belirtmektedir¹³⁶.

Görüldüğü üzere Kılavuzlar, toplu pazarlık hakkından kimlerin yararlanabileceğine ilişkin “kendi hesabına yürütülen kişisel çalışma ilişkilerini” ayırt edici ölçüt olarak benimsemekte ve “ekonomik bağımlılık” gibi bazı nitelendirici unsurları da gözeterek *Albany* muafiyetinin kapsamını daha geniş bir şekilde çizmektedir. Kılavuzlar, tek başına bağımsız çalışanların TFEU m.101/1 çerçevesinde toplu pazarlık hakkının bulunmadığını kabul etse de kimi durumlarda bu kişilerin müzakere gücü bakımından işçilerle “karşılaştırılabilir bir nitelikte” olduğunu belirtmektedir. Bunun içinse çalışma koşullarının iyileştirilmesi açısından toplu pazarlığın önemli bir araç olabileceği; dolayısıyla kendi hesabına çalışanlar söz konusu olduğunda toplu pazarlık hakkından yararlanabileceğini düzenlemektedir¹³⁷. Müzakere gücündeki dengesizlik ise, tüm bir sektörü veya endüstriyi temsil eden bir ya da birden fazla karşı tarafla toplu iş sözleşme müzakeresi olması durumunda ya da toplam yıllık cirosu 2 milyon Avro’yu aşan ya da on veya daha fazla çalışan istihdam eden bir karşı tarafla veya birlikte bu eşiklerden birine ulaşan yahut aşan birden fazla karşı tarafla toplu iş sözleşmesinin müzakere edilmesi şeklindeki iki özel durumdan birinin varlığı halinde söz konusudur. Bu bağlamda tek başına bağımsız çalışanlar üç kategoride sınıflandırılmaktadır:

¹³⁵ Perulli (n 1) 198.

¹³⁶ Official Journal of the European Union (n 133) Art. 18; Schwarz-Vomhof and Streuter (n 134) 422.

¹³⁷ Perulli (n 1) 200; García-Muñoz Alhambra (n 115) 8.

- 1) Ekonomik olarak bağımlı tek başına bağımsız çalışanlar: Bu kişiler gelir olarak bir başkasına bağımlı ancak bağımsız çalışanlardır. Kişinin ekonomik olarak bağımlı kabul edilebilmesi için yıllık toplam iş gelirinin en az %50'sinin bir veya iki yıllık bir dönem boyunca aynı karşı taraftan elde edilmesi beklenmektedir.
- 2) Müşterilerinin çalışanlarıyla yan yana çalışan tek başına bağımsız çalışanlar: Burada görünürde bağımsız çalışan olmasalar dahi *FNV Kunsten* davasında olduğu gibi bağımlı çalışan statüsündeki müzisyenlerle aynı şekilde çalışan ancak “yedek” müzisyen olarak görev yapan bağımsız çalışanların durumu örnek verilebilir.
- 3) Dijital platformlar¹³⁸ aracılığıyla çalışan tek başına bağımsız çalışanlar¹³⁹: Bu kategoride değerlendirilerek toplu pazarlık hakkından yararlanabilmek için

¹³⁸ Dijital platform iki veya daha fazla tarafın etkileşime girebilmelerine imkân tanıyan dijital bir altyapıdır. Platform ekonomisi ise dijital platformların işletmeler, tüketiciler ve kaynakları bir araya getirerek etkileşim yarattığı bir model olarak tanımlanmaktadır. Bilgiler için bkz. Levent Akın ve Hande Bahar Aykaç, *İş Hukuku: Bireysel İş İlişkileri* (Yetkin Yayınları 2025) 392. Banu Denizli Öztürk, ‘Dijital Platform Çalışmalarında Çocuk İşçiliği’ *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi IV. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 20-21 Nisan 2024* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 519.

¹³⁹ Dijital platform çalışmalarında, çalışanlar şirketler tarafından bağımsız çalışan olarak kabul edilmektedir. Ancak kontrol ve denetim hakkının kendi bünyelerinde tutan platformlar işverenlerin sahip olduğu ayrıcalıklardan yararlanırken yükümlülük ve sorumluluklarından kaçmaktadır. Hal böyleyken bu durum öğretide, çalışma hayatından kısmi süreli veya belirli süreli çalışmanın da ötesinde bir güvencesiz çalışma modelinin ortaya çıkması olarak değerlendirilmektedir, bkz. Gaye Baycık, Orhan Ersun Civan, Hazal Tolu Yılmaz ve Berrin Bosna ‘Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ [2021] *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 713, 716-717. Türk hukukunda dijital platform çalışmaları, çalışanların hukuki statüsü ve çalışma koşulları şeklinde iki temel problem etrafında ele alınmaktadır, Akın ve Aykaç (n 135) 402-414. Ancak genellikle konu hukuki statünün belirlenmesi üzerinden tartışılmaktadır, Hazal Tolu Yılmaz, *Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 420. Hukuki statünün belirlenmesiyle iş hukukunun en temel kavramı olan iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin tanımlanmasında yararlanılan “bağımlılık unsuru”nu tartışmaya açmaktadır, Baycık, Civan, Tolu Yılmaz, 717; Erbil Beytar, ‘Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu’ (2023) 8 *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHD)* 239, 245. Platform çalışanlarının işçi, bağımsız çalışan veya ara kategori oluşturularak hukuki statülerinin açıklanmaya çalışıldığı tartışmalarda; bağımlılık unsurunun tespiti hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. Dilek Dulay Yangın, ‘Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği- Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2020) 78 *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1209, 1222-1229; Baycık, Civan, Tolu Yılmaz ve Bosna, 742-752; Beytar, 246-249, 250-253; Melike Yaman Alçı, ‘Toplu İş Hukukunda Dijital Platform Çalışanları’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2025) 112-120.

işin elektronik araçlar vasıtasıyla uzaktan yürütülmesi ve hizmet alıcısının talebi üzerine gerçekleştirilmesi ile faaliyetin çevrim içi ya da belirli bir fiziksel mekânda yerine getirilip getirilmediğine bakılmaksızın, kendine ait bir iş organizasyonuna sahip olması aranmaktadır¹⁴⁰.

Öğretide Kılavuzların bu yaklaşımı, bağımsız çalışmayı çalışmanın bir takım kişisel nitelikleri doğrultusunda, kendine özgü bir sosyal nitelik taşıyan bir çalışma biçimi ve kolektif olarak korunmaya muhtaç olarak değerlendirdiği şekilde yorumlanmaktadır. Tek başına bağımsız çalışanlar, toplu pazarlık hakkının aktörlerinden işçilerle “karşılaştırılabilir” kişiler niteliğiyle, nihayetinde AB hukukunun tanımayı ve korumayı amaçladığı bir sosyal koruma ihtiyacı içerisinde görülmektedir¹⁴¹. Ne var ki öğretide isabetli olarak Kılavuzların her ne kadar TFEU m. 101’in uygulanmasından muaf tutulan toplu sözleşme kategorilerinin genişletilmesine katkı sağlasalar da, tüm bağımsız çalışanlara özellikle de piyasadaki kırılganlıkları nedeniyle toplu pazarlığa ihtiyaç duyanların tamamına bu hakkı garanti etmediği belirtilerek eleştirilmektedir¹⁴².

D. Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkının Kapsamının Belirlenmesinde Kişisel Çalışma İlişkisi Yaklaşımının Rolü

1. Genel Olarak

İş hukukunun kurucu anlatısının günümüz çalışma hayatının değişen ihtiyaçlarına cevap vermede yetersiz kalması nedeniyle yeni bir normatif temel yaratma girişimlerine çalışmamızın başında yer verdik. Geline nokta toplu pazarlık hakkı bağlamında tıpkı bireysel iş hukukunda olduğu gibi kolektif iş hukuku ilişkilerinde de bağımlı/bağımsız çalışan ikileminin sürdürüldüğünü ve bunun özellikle rekabet hukuku ile iş hukuku çatışması içerisinde yapıldığını açıklamaya çalıştık. Bu başlık altında yanıtını arayacağımız soru ise toplu pazarlık hakkı gibi temel bir insan hakkının kapsamının bağımsız çalışanlar bakımından genişletilmesinin gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceğidir.

Kişisel çalışma ilişkisi teorisi çerçevesinde konu incelendiğinde, yaklaşımın bağımlı/bağımsız çalışan ikileminin ötesine geçerek kendi hesabına çalışanları da iş hukukunun koruyucu şemsiyesinden yararlanması gerekenler arasına

¹⁴⁰ Perulli (n 1) 200-202.

¹⁴¹ ibid 203.

¹⁴² García-Muñoz Alhambra (n 115) 9.

dahil ettiğini açıklamıştık. Bu bağlamda kapsam dışındaki çalışanlar, “gerçek anlamda kendi nam ve hesabına işletme faaliyeti” yürütenlerdir. Bu bağlamda “faaliyetlerini esas olarak kendi kişisel emeklerine dayandırarak yürütmeyen, aksine başta emek ve sermaye olmak üzere -çoğu zaman başkalarının üretim faktörleri de dahil olmak üzere diğer üretim faktörlerini örgütleme yeteneğine dayanan hizmet sağlayıcıları” işveren veya ticari girişimci olmaları nedeniyle kapsam dışıdır. Bunun somutlaştırılabilmesi için önerilen ‘işverenin daha güçlü sözleşmesel gücü karşısında işçinin piyasadaki zayıflığı’nın bir ölçüt olarak dikkate alınması konumuz açısından önemlidir.

AB Kılavuzlarında yer verilen ve kimi durumlarda bu kişilerin, müzakere gücü bakımından işçilerle “karşılaştırılabilir bir nitelikte” olan ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi açısından toplu pazarlığın önemli bir araç olabileceği bağımsız çalışanlar söz konusuysa toplu pazarlık hakkında yararlanabilecekleri yönündeki değerlendirmeler kişisel çalışma ilişkisi teorisinin amacı ile benzer nitelik taşımaktadır. Zira kişisel çalışma ilişkisi teorisi de bağımlı/bağımsız çalışan ikiliğinin hâkim olduğu iş sözleşmesi anlayışının günümüzde sınırlı bir koruyucu kapasite taşıması riski ve bağımlılık kavramının genişletilmesinin sosyal koruma sistemi dışında kalan bağımsız çalışanları dışlama sonucunu doğurması sebebiyle yeni bir normatif temel önermekteydi. Aşağıda günümüzde kimi bağımsız çalışanların da iş hukuku kapsamında korunmaya ihtiyaç duyduğu açıklanmaya çalışılarak kişisel çalışma ilişkisi teorisi bağlamında toplu pazarlık hakkından yararlanabilecekleri gerekçelendirilmektedir.

Nitekim öğretide de ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanların kendileriyle ilgili eser ve hizmet piyasalarında işçilere benzer bir konuma sahip olduğu, bu durumun özellikle faaliyetlerini esasen kendi işgücüyü yürüten ve yanında işçi çalıştırmayan ya da aile bireylerinin yardımına başvurmayan bağımsız çalışanlar yani tek başına bağımsız çalışanlar için de geçerliliğinin göz önünde tutulması isabetle önerilmektedir. Zira onlar açısından da yukarıda açılmaya çalıştığımız rekabet paradoksu riski temelde mevcuttur ve kriz dönemlerinde bir ücret kırma yarışının ortaya çıkması ihtimali bulunmaktadır. Bu durum özellikle sözleşmeyle üstlendikleri eser veya hizmet edimlerini bizzat ve esasen işçi çalıştırmaksızın yerine getiren tek başına bağımsız çalışanlar açısından önem arz etmektedir¹⁴³.

¹⁴³ Seifert (n 119) 22-23.

2. Güvencesiz Bir Çalışma Biçimi Olarak Bağımsız Çalışma

a. Bağımsız Çalışmanın Güvencesiz Çalışma Şeklinde Nitelendirilmesinin Nedenleri

Bağımsız çalışma 19. yüzyılda, Fordist üretim modelinin¹⁴⁴ yükseldiği ve bağımlı çalışmanın daha baskın hale geldiği 20. yüzyıla kıyasla daha yaygındı. Bağımlı çalışmanın arttığı bağımsız çalışmanın ise gerilediği 20. yüzyılda gelişmiş ekonomilerde, bağımsız çalışanlar gelir, özerklik, esneklik ve kendi hesabına çalışmaya atfedilen diğer çalışma koşullarından daha yüksek fayda elde etmeyi gönüllü olarak amaçlayan bireyler olarak görülmekteydi. Son dönemlerdeyse hem bu algıda hem de eğilimde bir değişim yaşanmaktadır. Bağımsız çalışmanın uzun vadeli tarihsel gerilemesinin aksine, Avrupa ülkelerinin bir kısmında kendi hesabına çalışanların sayısı ve toplam çalışanlar içindeki payı artmakta; özellikle de “yanında çalışanı olmayan” bağımsız çalışanlarda belirgin bir yükseliş görülmektedir¹⁴⁵. Günümüzde “yeni” bağımsız çalışanlar; özellikle hizmet ve inşaat gibi sektörlerde faaliyet gösterirken çoğunlukla düşük sermaye gerektiren mesleklerde, yanında başka bir çalışan istihdam etmeyen bağımsız çalışanlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu çalışanlar “zorunluluk”, “bağımlılık ilişkisi” ve “güvencesizlikle” ilişkilendirilmektedir¹⁴⁶.

Güvencesiz çalışmanın kökeni, “*precarious work (güvencesiz çalışma)*” ya da “*precarity (güvencesizlik)*” kavramlarına atıfta bulunan ve belirsizlik, istikrarsızlık, kırılganlık ve güvensizlik gibi özellikler taşıyan çalışmaları işaret etmektedir¹⁴⁷. Güvencesiz çalışmada, çalışanların işin risklerini bizzat üstlenmek zorun-

¹⁴⁴ Fordizm kavramı ABD’de Henry Ford tarafından yaygınlaştırılan farklı anlamlar için kullanılan bir terimdir. Anlam kargaşasını önlemek için öğretide kavram emek süreci, birikim rejimi ve bunun düzenlenme (regülasyon) ile toplumsallaşma biçimleri bakımından açıklanmaktadır. Emek süreci bağlamında Fordist üretim, üretimin hem teknik hem de toplumsal olarak yeniden dizayn edildiği dört temel sütun üzerinde şekillenen bir modeldir. Üretim mantığı, işgücü yapısı, mekansal ve sektörel dağılım ile dikey entegrasyon başlıklarıyla öne çıkan fordizm en yalın haliyle; üretimi montaj hattı üzerinden standartlaştıran, farklı beceri düzeylerine sahip işçileri verimlilik eksenli tek bir örgütsel yapı içinde bütünleştiren ve hammaddeden pazarlamaya kadar tüm aşamaları merkezi biçimde koordine eden bir üretim sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bob Jessop, ‘Fordism and Post-Fordism: A Critical Reformulation’ in Michael Storper and Allen J Scott (eds), *Pathways to industrialization and regional development* (Routledge 1992) 42-47.

¹⁴⁵ Wieteke Conen and Joop Schippers, ‘Self-Employment: Between Freedom and Insecurity’ in Wieteke Conen and Joop Schippers (eds), *Self-Employment as Precarious Work: A European Perspective* (Edward Elgar Publishing 2019) 1.

¹⁴⁶ ibid.

¹⁴⁷ Kevin Hewison, ‘Precarious Work’ in Stephen Edgell, Heidi Gottfried and Edward Granter (eds), *The Sage Handbook of the Sociology of Work and Employment* (SAGE Publications 2016) 428.

da kaldıkları durumlar ifade edilmektedir¹⁴⁸. İş hukukunda esnekleşmenin getirdiği ve güvencesiz çalışma ile ilişkilendirilen atipik istihdam biçimlerinin varlığına karşın hâlâ klasik istihdam biçimleri ile çalışanların çoğunluğu oluşturduğu belirtilmektedir. Benzer bir durum bağımsız çalışma için de söz konusu olup bazıları için işin niteliği yüksek ve iş sürekliliği güvence altındayken, diğerleri için bağımsız çalışma güvencesiz ve düşük kaliteli işlerle eş anlamlıdır¹⁴⁹.

İş hukukunun kapsamına giren bağımlı çalışanlar bakımından güvencesiz çalışma; işin niteliğinin analiz edilmesiyle belirlenebilen çok boyutlu bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelir yeterliliği, refah ve hukuki koruma, istihdamın sürekliliğinin derecesi, özerklik ve emek süreci üzerindeki kontrol¹⁵⁰, kazanç ve yan haklar gibi ekonomik getiriler, iş belirsizliği düzeyi ve istihdam edilebilirlik gibi unsurların incelenmesiyle tespit edilmeye çalışılan güvencesiz çalışmanın bağımsız çalışma söz konusu olduğunda ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Zira yer verilen bu unsurlar genellikle bağımlı çalışmaya özgü olup, bağımsız çalışmanın doğası gereği görece yüksek düzeyde iş belirsizliğiyle karşı karşıya kalmaları ve belirli riskleri doğal olarak üstlenmeleri söz konusudur. Çoğu zaman “oyunun bir parçası” olarak görülen söz konusu riskler bireyler tarafından yeterince öngörüldüğü ve olası iş sürekliliği kesintilerinde mali güvenlik sağlayacak finansal rezervler mevcut olduğu takdirde, bu belirsizliğin olumsuz etkilerinin daha sınırlı kalması da mümkündür. Bu nedenle bir bağımsız çalışmada çalışmanın güvencesiz olup olmadığını tespit edebilmek için farklı ölçütlerden faydalanılması gerektiği isabetle belirtilmektedir¹⁵¹. Dolayısıyla güvencesiz bir çalışma biçimi olarak bağımsız çalışma “*bireylerin veya hane halklarının çalışma sırasında temel fizyolojik ve güvenlik ihtiyaçlarını karşılayamadıkları bir istihdam durumu*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵². Bağımsız çalışanların güvencesiz çalışması, 1) çalışırken gelir yetersizliğine maruz kalma, 2)

¹⁴⁸ ibid.

¹⁴⁹ Conen and Schippers (n 145) 3-4.

¹⁵⁰ Güvencesiz çalışmanın dört boyutu olduğunu ileri süren görüş; 1) gelir yeterliliği, çalışanın ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin insana yakışır bir yaşam sürdürebilmesi için yeteli kazanç elde edip etmediğini göstermekte 2) refah ve hukuki koruma; bir sendika tarafından temsil edilme veya başka bir hukuki yolla koruma altında olmayı 3) istihdamın sürekliliğinin derecesi; kısa vadeli işler veya işini kaybetme riskinin yüksek olmasını ve son olarak 4) emek süreci üzerindeki kontrol; çalışanın çalışma şartları, ücret veya çalışma temposu üzerindeki kontrolünün daha az olmasını açıklamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerry Rodgers, ‘Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate’ in Gerry Rodgers and Janine Rodgers (eds), *Precarious jobs in labour market regulation: The growth of atypical employment in Western Europe* (International Labour Organization 1989) 3-6.

¹⁵¹ Conen and Schippers (n 145) 4-5.

¹⁵² ibid 5.

yeterli sosyal haklar ve düzenleyici korumalardan yoksunluk ve 3) işin devamlılığına ilişkin yüksek belirsizlik içeren çalışma koşulları şeklinde üç önemli göstergeye dayanmaktadır¹⁵³. Söz konusu üç önemli gösterge isabetlidir. Ancak kanaatimizce “bağımlılık ilişkisi” boyutu yani bağımsız çalışanın işi üzerindeki özerklik sorunu onları bağımlı çalışanlarla kıyaslayabilecek ve bu nedenle korunmalarını gerektirecek en önemli nedendir. Dolayısıyla biz, çalışırken gelir yetersizliğine maruz kalma şeklindeki göstergeyi “bağımlı” olmanın yarattığı güvencesizlik açısından ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun gördük.

Bağımsız çalışanların güvencesiz çalışması söz konusu olduğunda özellikle günümüzde bağımsız çalışmanın dönüştüğü “yeni” bağımsız çalışma olarak sınıflandırılan *solo self-employment* yani “tek başına bağımsız çalışma” çalışma biçimi üzerinde durulmaktadır. Dolayısıyla bağımsız çalışanların kişisel çalışma ilişkisi teorisi çerçevesinde iş hukukunun kapsamına girerek toplu pazarlık hakkından yararlanarak korunması gereken bir çalışan kesimi olduğunu iddia ederken tüm bağımsız çalışanları değil “yeni” bağımsız çalışanları yani tek başına bağımsız çalışanları kastetmekteyiz. Bu nedenle aşağıda tek başına bağımsız çalışanlar kavramı ve bu çalışanların güvencesiz çalışması incelenmektedir.

b. Güvencesiz Çalışan Olarak “Tek Başına Bağımsız Çalışanlar”

Son yıllarda OECD¹⁵⁴ ülkelerinde gözlemlenen çarpıcı bir eğilimle bağımsız çalışanın yapısında değişim yaşanmaktadır. Bağımsız çalışan ancak yanında bir başka çalışan istihdam etmeyen çalışanların yani tek başına bağımsız çalışanların payı artarken, yanında işçi çalıştıran bağımsız çalışanların oranı ise azalmıştır¹⁵⁵. “Yeni” bağımsız çalışma olarak adlandırılan tek başına bağımsız çalışma öğretilde güvencesiz ve standart dışı istihdam biçimi olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁶. Güvencesiz çalışmada günümüzde baskın olan yaklaşım insana yakışır çalışma koşullarından mahrum kalma riski taşıyan kişilerin kırılabilirliğinin kabul edilmesi ve buna yönelik çözüm arayışlarının tartışılmasıdır¹⁵⁷.

¹⁵³ ibid 5; Darja Reuschke and Mary Zhang, ‘Precarious Self-Employment in Urban Europe’ (2022) 29 (4) European Urban and Regional Studies 440, 442.

¹⁵⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development-Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü.

¹⁵⁵ Tito Boeri, Giulia Giupponi, Alan B Krueger and Stephen Machin ‘Solo Self-Employment and Alternative Work Arrangements: A Cross-Country Perspective on the Changing Composition of Jobs’ (2020) 34 (1) Journal of Economic Perspectives 170, 170-171.

¹⁵⁶ Jerzy Cieślík and André van Stel, ‘Solo Self-Employment--Key Policy Challenges’ (2024) 38 (3) Journal of Economic Surveys 759, 761, 763.

¹⁵⁷ ibid 763.

Tek başına bağımsız çalışan; kendi işini yürüten ya da mesleğini serbest çalışma temelinde icra eden ve düzenli olarak başkalarını istihdam etmeyen kişileri ifade etmektedir¹⁵⁸. Öğretide yeni bağımsız çalışanlar genellikle dijital platform çalışmasıyla ilişkilendirilmekteyse de güvencesiz bağımsız çalışma yeni veya platform ekonomisine özgü bir olgu değildir¹⁵⁹. Bu nedenle çalışmamızda özellikle güvencesiz çalışma biçimi olarak tek başına bağımsız çalışmayı dijital platform çalışmalarına özülemekten kaçınmaktayız. Tek başına bağımsız çalışanlar öğretide “*güvencesiz istihdamın yükselen rejimi*” olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁰. Bunun nedenlerine baktığımızda, faaliyetlerinin küçük ölçekli olması ve genel olarak zayıf pazarlık güçleri dolayısıyla işgücünün özellikle kırılgan bir kesimi olarak görülmeleri ve dolayısıyla standart dışı biçimlerin daha geniş kategorisi içinde değerlendirilmeleriyle karşılaşmaktayız¹⁶¹. Aşağıda tek başına bağımsız çalışanların güvencesiz çalışma içerisinde değerlendirilmesinin en önemli üç göstergesi incelenmektedir.

i. İşin Devamlılığına İlişkin Belirsizliğin Yarattığı Güvencesizlik

Tek başına bağımsız çalışanların güvencesiz çalışmasının ilk göstergesi olarak karşımıza işin devamına ilişkin belirsizlikten kaynaklanan güvencesizlik çıkmaktadır. İşin devamına ilişkin belirsizlik finansal güvencesizliğin nedenlerinden biriyken diğer bir neden tek başına bağımsız çalışanların ekonomik olarak tek bir müşteriye bağımlı olmasıdır. Bu başlık altında işin devamına ilişkin belirsizlik üzerinde durulmaktadır. Ekonomik bağımlılıkları ise aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmektedir. Zira bu çalışan grubunu bağımlı çalışanlara yaklaştıran ve korunması gerekenler arasında değerlendirilmelerini sağlayan en önemli neden ekonomik bağımlılıklarıdır. Ancak şunu belirtmekte fayda var ki işin devamlılığına ilişkin belirsizlik finansal istikrarsızlık yaratsa da istihdam güvencesizliği, istihdam edilebilirlikteki eksiklik şeklinde de karşımıza çıkabilir¹⁶².

¹⁵⁸ Karin Schulze Buschoff, ‘The “New” Self-Employed and Hybrid Forms of Employment: Challenges for Social Policies in Europe’ in Wieteke Conen and Joop Schippers (eds), *Self-Employment as Precarious Work a European Perspective* (Edward Elgar Publishing 2019) 238; Cieşlik and van Stel (n 156) 760.

¹⁵⁹ Frank Bayreuther, *Sicherung Der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern Und Anderen Plattformbeschäftigten* (Bund Verlag 2018) 14.

¹⁶⁰ Aktaran, Mia Tammelin, ‘The Solo Self-Employed Person and Intrinsic Financial Security: Does the Promotion of Self-Employment Institutionalise Dualisation?’ (2019) 27 (2) *Journal of Poverty and Social Justice* 219, 219.

¹⁶¹ Cieşlik and van Stel (n 156) 763.

¹⁶² Conen and Schippers (n 145) 13.

İşin devamlılığına ilişkin belirsizlikte istihdam güvencesizliği ile iş güvencesi kastedilmemektedir. Bağımlı çalışanlar için öngörülen iş güvencesinin bağımsız çalışanlara uygulanması elbette ki beklenemez. İş güvencesinden farklı bir kavram olan istihdam güvencesizliğinde çalışmaya devam etme konusundaki belirsizlikte; yeni ve genel olarak benzer bir iş bulmanın ne kadar kolay ya da zor olduğu, mevcut işlerinin güvenli olup olmadığına ilişkin endişeleri ve işlerini kaybetme riskleri gibi ihtimallerin ölçülmesine yönelik bağımsız çalışanlara özgü yeni yöntemlerin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶³. Zira bağımsız çalışanlar üzerinde yapılan araştırmalar bu belirsizliklere karşı ciddi endişe duyduklarını göstermektedir¹⁶⁴.

ii. Sosyal Güvencenin Yetersizliği

Ülkelerdeki sosyal güvenlik düzenlemelerinin çerçevesi birbirinden farklılık gösterse de bağımlı çalışanlarla karşılaştırıldığında, bağımsız çalışanlar çoğu zaman zorunlu sosyal güvenlik sistemlerinin kapsamı dışında kalmakta ya da bazı haklara yalnızca kısmi veya gönüllü olarak erişebilmektedir¹⁶⁵. Bağımsız çalışanlar da tıpkı bağımlı çalışanlar gibi yaşlılık, malullük ya da işsizlik ve buna benzer sosyal risklerle karşı karşıyadır. Girişimcilik literatüründe bağımsız çalışanların kendi kendine yeten bireyler (öz-yeterlilik- *self-reliance*) olduğu yönünde yaygın bir kanı hâkim olup sosyal risklerle karşı karşıya olmalarına bu şekilde bir yanıt verilmektedir. Ne var ki sosyal korumanın yeterliliği perspektifinden değerlendirildiğinde bağımsız çalışanlar arasında bir kesimin bağımlı çalışanlara daha yakın bir konumda olabileceği vurgulanmaktadır. Zira sosyal güvenliklikten yoksunluk güvencesiz çalışmanın bir başka boyutudur¹⁶⁶.

Öz-yeterlilik anlayışı bağımsız çalışanların sosyal korunmasına yönelik sınırlı devlet müdahalesi yaklaşımıyla uyumludur. Söz konusu yaklaşımı daha açık bir şekilde ifade edersek, girişimcilerin, işletmelerinden ve çalışanlarından sorumlu olmaları ve ücretli çalışanlara kıyasla daha yüksek kullanılabilir gelire sahip olmaları nedeniyle, sağlık, hastalık, malullük ve yaşlılık gibi sosyal risklere karşı kendi

¹⁶³ ibid.

¹⁶⁴ Söz konusu bilgiler ve araştırmalar için bkz. ibid 13-14.

¹⁶⁵ Cieşlik and van Stel (n 123) 765. Benzer yönde bkz. Schwarz-Vomhof and Streuter (n 109) 424; Eurofound, ‘Self-Employment in the EU: Job Quality and Developments in Social Protection’ (Publications Office of the European Union 2024) 45 <<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/all/self-employment-eu-job-quality-and-developments-social-protection>> Date of Access 11 February 2026.

¹⁶⁶ Conen and Schippers (n 145) 10.

kendilerine güvenmeleri gerektiği varsayılır. Bu varsayım yüksek gelirli bağımsız çalışanlar bakımından yerinde olsa da finansal yetersizlikle mücadele eden tek başına bağımsız çalışanlar için aynı görüşü benimsemek mümkün değildir¹⁶⁷.

Tek başına bağımsız çalışanlar da dahil bağımsız çalışanların sosyal güvence yoksunluğu sorununu kabul ederek çözüm arayışına giren Avrupa Komisyonu 2018 yılında “Çalışanlar ve Bağımsız Çalışanlar İçin Sosyal Korumaya Erişime İlişkin Bir Konsey Tavsiyesi” kabul ederek; işsizlik ödenekleri, hastalık ve sağlık hizmetleri yardımları, analık ve buna eşdeğer babalık yardımları, malullük yardımları, yaşlılık yardımları ile iş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin yardımlar şeklindeki sosyal güvencelerin bağımsız çalışanları da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁸.

iii. Bağımlılığın Yarattığı Güvencesizlik

Bağımsız çalışmada çalışanın müşterileriyle arasındaki ilişkinin bağımlı nitelik taşıması halinde finansal istikrarsızlık riskinin arttığı kabul edilmektedir¹⁶⁹. Ekonomik olarak bağımlı¹⁷⁰ tek başına bağımsız çalışanlar şeklinde adlandırabileceğimiz kişilerin yaşadığı bu finansal güvencesizlikte; çalışanlar pek çok yönden bağımlı çalışanlara benzese de çoğu zaman işçi statüsünün sağladığı haklardan, özellikle de işsizlik ödeneği, kaza veya hastalık yardımları gibi sosyal koruma mekanizmalarına erişimden yoksundurlar. Bu tür serbest çalışma biçimleri genellikle düşük gelir, yüksek finansal güvencesizlik ve sınırlı koruma ile

¹⁶⁷ Cieşlik and van Stel (n 156) 765.

¹⁶⁸ European Commission, ‘Council Recommendation of 8 November 2019 on Access to Social Protection for Workers and the Self-Employed (C 387/1)’ Art. 3.2 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2019.387.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2019:387:TOC> Date of Access 11 February 2026.

¹⁶⁹ Cieşlik and van Stel (n 156) 764.

¹⁷⁰ Ekonomik olarak bağımlı çalışanlar öğretide, “*Ekonomik olarak bağımlı çalışanların yürüttükleri faaliyet, bir yandan daha özerk gibi görünen, serbesti kapsamında hareket edildiği düşünülen bir alanda yapılmaktadır. Çalışmalarını kural olarak bağımsız sürdürmekte ama ağırlıklı olarak tek bir kişiye veya müşteriye hizmet vermektedirler. Bir iş sahibine “bağımlı” olarak nitelendirilirler. Bu bağımlılık, gelirin bu iş sahibi ile aradaki hukuki ilişkiden elde edilmesinden kaynaklanmaktadır ve sonuç olarak bu bir ekonomik bağımlılığa işaret eder*” şeklinde açıklanmaktadır. Bu konuda farklı ülke uygulamaları ve özellikle İtalyan hukukundaki düzenlemeler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Olgu Özdemir Ertürk, ‘Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler’ (2024) 9 İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHD) 689, 710, 710 vd.

karakterize edilmektedir¹⁷¹. 2018 yılında yapılan bir araştırmada tek başına bağımsız çalışanların, yanında çalışan istihdam eden bağımsız çalışanlara göre daha yüksek bir yoksulluk riskiyle karşı karşıya oldukları tespit edilmiştir¹⁷². Yalnız çalışan bağımsız çalışanlar, sosyo-ekonomik özellikler hesaba katıldığında klasik istihdam ilişkisi içerisinde bağımlı çalışanlarla neredeyse aynı düzeyde maddi yoksunluk olasılığına sahipken gelir yoksulluğu riskinin daha yüksek olduğu görülmüştür¹⁷³. Konu ile ilgili yapılan birbirinden farklı çalışmalarda bağımsız çalışanların ücretli çalışanlara kıyasla daha düşük gelir elde edebildiği vakıaların yaygınlığı, özellikle de tek başına bağımsız çalışanların benzer sektörlerdeki bağımlı çalışanlara kıyasla daha az gelir elde ettikleri görülmektedir. Gerçekten de öğretilde tek başına bağımsız çalışanların, bağımsız çalışanlar içerisinde en güvencesiz konumda olanlar arasında yer aldığı zira yeterli gelire veya sosyal haklara sahip olma olasılıklarının daha düşük, mesleki bir örgüte üye olma ihtimallerinin daha az ve işlerinin devamlılığı açısından en yüksek belirsizlikle karşı karşıya kalan grubu teşkil ettikleri ifade edilmektedir¹⁷⁴.

Tek başına bağımsız çalışanların finansal açıdan yaşadığı bu kırılganlığın en önemli nedeni ekonomik bağımlılıklarıdır. Ancak bu bağımlılık durumunu salt ekonomik bağımlılık olarak ele almak isabetli değildir. Bağımlılık; daha geniş bir çerçevede, bağımsız çalışan kişinin hizmetlerini yalnızca bir ya da sınırlı sayıda müşteriye sunduğu ve bu müşterilerden birinin baskın bir konuma sahip olduğu hallerde ortaya çıkması şeklinde anlaşılmalıdır. Böyle bir durumda baskın konumdaki müşteri, pazarlık gücünü kullanarak bağımsız çalışanın özerkliğini sınırlandırabilir. Örneğin operasyonel özerkliklerini sınırlama; bağımsız çalışanın çalışma saatlerine, gerçekleştirilen görevlerin içeriğine ve sırasına ya da kendi çalışanlarını işe alıp alamayacağına ilişkin operasyonel konularda karar verme yetkisine sahip olamaması gibi konularda ortaya çıkabilir. Operasyonel bağımlılıklarının yanı sıra tek başına bağımsız çalışanların bu bağımlılıkları, alternatif istihdam olanakları karşısındaki sınırlı seçenekleri nedeniyle hizmetleri karşılığında yetersiz ücreti kabul etmek zorunda kalmalarına neden olmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷¹ Eurofound (n 165) 14.

¹⁷² European Commission, *Employment and Social Developments in Europe 2018* (Publications Office of the European Union 2018) 119 <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/00248c95-b182-11e8-99ee-01aa75ed71a1/language-en>> Date of Access 11 February 2026.

¹⁷³ ibid 122-123.

¹⁷⁴ Tammelin (n 127) 223-224. Benzer yönde bkz. Cieşlik and van Stel (n 123) 763.

¹⁷⁵ Cieşlik and van Stel (n 156) 766-767.

Tek başına bağımsız çalışanların ekonomik bağımlılığı ayrı bir tartışma konusu olup çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına bu konuyu derinlemesine incelememiz mümkün değildir. Ancak şunu belirtmekte fayda var ki, bağımsız çalışanların *“yalnızca tek bir müşteri için hizmet sunan ya da iki veya daha fazla baskın müşterisi bulunan (gelirin %75 veya daha fazlasını sağlayan) kendi hesabına çalışan bir kişinin bağımlı bir ilişkiye dönüşme riski özellikle yüksektir”*¹⁷⁶. Dolayısıyla ekonomik bağımlılık gündeme geldiğinde bağımsız çalışanın görünürde bağımsız çalışan olup olmadığı sorusu doğmaktadır. Öğretide isabetle belirtildiği üzere, ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışma, bir kişinin tipik bir işçi/çalışanla aynı görevleri yerine getirdiği ve aynı işveren için çalıştığı, ancak geleneksel bir iş sözleşmesi olmaksızın ve “düzenli” çalışanlara tanınan bazı haklardan yoksun şekilde bağımsız çalışmaya dayalı olarak faaliyet gösterdiği bir durumdur¹⁷⁷. Bu tür bir çalışma ilişkisi, işgücü piyasası düzenlemelerini dolanmak ve vergi kaçırma amaçlarıyla kullanılmaktadır¹⁷⁸. Dolayısıyla bu kişilerin iş hukukundaki hukuki statüsünün ne olacağı tartışmalarına girmeksizin, ekonomik bağımlılıklarının da tıpkı operasyonel bağımlılıkları gibi güvencesiz çalışmaya işaret ettiği ve iş hukuku araçları ile korunmaya muhtaç olduklarını belirtmekle yetinmekteyiz.

Tek başına bağımsız çalışanların, bağımsız çalışan olmalarına rağmen neden güvencesiz çalışma başlığı altında değerlendirildiklerini ortaya koymaya çalıştığımız bu kısımdan sonra aşağıda Türk hukukunda toplu pazarlık hakkının kapsamı belirlenirken bağımsız çalışanlara uzanan bir genişlemenin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı kişisel çalışma ilişkisi teorisinden yararlanılarak aranmaktadır.

3. Türk Hukukunda Kişisel Çalışma İlişkisi Teorisi Çerçevesinde Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkının Değerlendirilmesi

Türk hukukunda toplu pazarlık hakkına yönelik normatif düzenlemelere çalışmamızın önceki başlıklarında değinmiştik. Tekrara düşmemek adına burada sadece konuyla ilgili değerlendirmelerimize yer vermekteyiz. Ülkemizde hem Anayasa hem de 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda toplu pazarlık hakkı sadece işçiler ile memurlar ve diğer kamu görevlilerine tanın-

¹⁷⁶ Jerzy Cieślík and Ondřej Dvouletý, ‘Segmentation of the Population of the Solo Self-Employed’ (2019) 17 (3) International Review of Entrepreneurship 281, 298.

¹⁷⁷ Dvouletý and Nikulin (n 128) 705.

¹⁷⁸ ibid.

mıştır. Bunun bir istisnası olarak görülebilecek 6356 sayılı Kanun’un 2/4 maddesi uyarınca, ücret karşılığı iş gören ancak iş sözleşmesi kapsamında olmayan gerçek kişiler (eser, vekalet, yayın, komisyon veya adi şirket sözleşmesiyle çalışanlar) Kanun’un 2. ile 6. bölümleri¹⁷⁹ bakımından işçi kabul edilmektedir. Maddede belirtilen bu kişilerin işçi sayılmasının anlamı bağımsız çalışanların da işçi sendikası kurabileceği ve üye olabileceğidir. Ancak bunun için söz konusu kişilerin belirtilen çalışmalarını “meslek edinmiş olarak” sürdürmeleri gerekmektedir. Her ne kadar sendika kurma veya üye olma hakkı tanınsa da Kanun’un sadece 2. ve 6. bölümleri bakımından işçi sayılacakları açıkça belirtildiğinden, bağımsız çalışanların toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmasına imkân tanınmamıştır¹⁸⁰.

Toplu pazarlık hakkından yararlanması mevcut düzenlemeler çerçevesinde mümkün olmayan bağımsız çalışanların böyle bir ihtiyacının olup olmadığı tartışılmalıdır¹⁸¹. Öncelikle ülkemiz iş hukukunda bireysel iş ilişkilerinin işçi-işveren ikiliği çerçevesinde kurulduğu ve bazı ülkelerde olduğu gibi işçi olmasa da korunmaya ihtiyaç duyan kimi çalışanlar için ara kategori olmadığını¹⁸² belirtmek gerekir. Kişisel çalışma ilişkisi yaklaşımı ise teoriyi açıklarken belirttiğimiz üzere

¹⁷⁹ Kanun’un 2. bölümü sendikaların kuruluş esasları ve organlarını, 6. bölümü ise kuruluşların gelirleri, denetimi ve kapatılmasını düzenlemektedir.

¹⁸⁰ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 53) 95; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 53) 503-504; Aktay ve Özdemir Ertürk (n 53) 41; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 53) 926; Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 391.

¹⁸¹ Bağımsız çalışanlara hukukumuzda sendika kurma hakkı tanınmasını bizden farklı bir şekilde “...sendikanın doğuş dinamiğine ve sendika sosyolojisine aykırıdır. Bağımsız çalışanlara tanınan bu hak, kâğıt üstünde bir sendika hakkı olarak kalmaya, hiçbir zaman gerçek anlamda sendika kimliği taşımamaya mahkumdur. Bu nedenle 6356 Sayılı Kanunda da yer verilen bağımsız çalışanlara sendika kurma hakkı tanınması yerinde olmamıştır” şeklinde değerlendiren aksi görüş için bkz. Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Toplu İş Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024) 92-93.

¹⁸² İş hukukunda çalışma ilişkisinin geçirdiği dönüşüm nedeniyle hem bağımlı hem de bağımsız çalışmanın özelliklerini taşıyan iki kategoriden birine tam olarak yerleştirilemeyen çalışmalar söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra bağımlılık unsuru bulunmasına rağmen kâğıt üzerinde bağımsız çalışma olarak adlandırılan çalışmaların varlığı nedeniyle de “gri bir alan” doğduğu ifade edilmektedir. Gri alanda çalışan kişilerin sosyal korumadan yararlanabilmesi için zaman içerisinde yabancı ülke hukuku uygulamalarında işçi ve bağımsız çalışan arasında üçüncü bir kategori yaratılarak, kişilerin *işçi benzeri çalışan*, *ekonomik bağımlı çalışan*, *bağımlı benzeri* veya *bağımlı serbest çalışan* olarak sınıflandırılarak iş hukukunun belirli koruma mekanizmalarından yararlanmaları sağlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Ertürk (n 170) 696-702.

işçi-işveren ikiliğinin iş hukukunun günümüz çalışma ilişkilerinde katı bir şekilde uygulanmasının iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altına girmesi gereken bazı çalışan gruplarını dışarda bıraktığını iddia etmekteydi. İş sözleşmesinden çalışma ilişkisine geçiş önerisinde bulunan bu yaklaşımın en önemli özelliği net ve sınırları belirli bir kapsam sınırlaması yapmaktan kaçınmasıdır. Belirsizlik içerdiği yönünde eleştirilere maruz kalsa da günümüz çalışma ilişkilerinde bağımlı-bağımsız çalışan sınırının bulanıklaştığı göz önüne alındığında Avrupa Birliği hukukunda çalışma hayatında ayrımcılıkla mücadele, toplu pazarlık hakkı ve dijital platform çalışmaları alanlarında iş hukukunun geleneksel kurucu anlatısındaki tipolojik sınıflandırmaları dikkate almayarak korumanın kapsamını genişletmek amacıyla bu teorinin kullanılmaya başlanması yerindedir. Biz de şayet ülkemizdeki bağımsız çalışanlardan korunmaya ihtiyaç duyan belirli bir kesim olup olmadığını ortaya koyabilirsek özellikle tek başına bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkına ilişkin AB Kılavuzlarında belirtildiği üzere “tek başına bağımsız çalışanlar, toplu pazarlık hakkının aktörlerinden işçilerle ‘karşılaştırılabilir’ kişiler olarak rekabet hukuku sınırlarının ihlali iddialarını aşarak toplu sözleşmelerle korunabilecekleri sonucuna varabiliriz. Elbette bunun için 6356 Sayılı Kanun’da değişiklik yapılması gerekirse de şu an sadece “olması gereken” durumu tartışmaya açmak istemekteyiz. Bunun için öncelikle verilerle bağımsız çalışanların durumu incelenmelidir.

2024 yılı TÜİK verilerine göre ülkemizde 32.620.000 kişi istihdam içerisinde yer almakta olup bunların 5.297.000’si bağımsız çalışandır¹⁸³. Bağımsız çalışanların çalışma koşullarına baktığımızda yine TÜİK’in bir başka çalışması olan “Kendi Hesabına ve İşverenler Araştırma Sonuçları, 2017” karşımıza çıkmaktadır. Bu verilere göre, 2017 yılı itibarıyla ülkemizde 6.101.000 kendi hesabına çalışan varken bunların 80’i ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışan kategorisindedir¹⁸⁴. TÜİK verileri salt ekonomik bağımlılığı dikkate alsa da bizim çalış-

¹⁸³ Bkz. TÜİK, İşgücü İstatistikleri 2024, İstihdam Edilenlerin İşteki Durumu <<https://veriportali.tuik.gov.tr/api/tr/data/downloads?t=i&p=XHLsod2OkEaHPzayWC4gVwXUGzWOVaBTgazLRBHYR54b%2BbDcRgWYrbrYm%2F6NooSzxYNMqJAFWFrROMXV%2F36ysw%3D%3D>> Erişim Tarihi 13 Şubat 2026.

¹⁸⁴ TÜİK’e göre ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar; “Kendi hesabına çalışanlardan bir müşterisi olan veya birden fazla müşteri olup ancak birinin belirleyici olduğu ve çalışma saati müşteriler tarafından belirlenen kişilerdir”. Söz konusu tanım ve veriler için bkz. TÜİK, Kendi Hesabına ve İşverenler Araştırma Sonuçları 2017 <<https://veriportali.tuik.gov.tr/api/tr/data/downloads?t=i&p=LGWpGks1IRgiE%2B7QzHN5ScJDatcTI0up4s%2F%2BJkwAwxH1bLRPxxvDhxp%2BD68qv9oL1vBm19tkIDTsFIQ16XK2mObpDI3%2FzRNAFNfct19vHVMVteogSJvXG%2B8ZNPicZ74I%2B8CtjRXV7SBUEJiCIM1RdrJIW5xtpOzi4Z8B0EdelHM%3D>> Erişim Tarihi 13 Şubat 2026.

mamızda güvencesiz bağımsız çalışma göstergesi olarak incelediğimiz operasyonel özerkliğin bu noktada önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira Eurostat (Avrupa Birliği İstatistik Ofisi) 2017 yılındaki araştırmasına göre araştırmaya katılan Türkiye’deki bağımsız çalışanların %26.2’si yapılan işin içeriği ile görev sırasını belirlemede özerk olduklarını belirtirken %63.4’ü bu konuda özerk olmadıklarını ifade etmiştir¹⁸⁵. Operasyonel özerkliğin yanı sıra aynı çalışmada katılımcılara finansal güvencesizlik yaşayıp yaşamadıkları da sorulmuş ve %30.8’i finansal güvencesizlik yaşadığını, %55.3’ü girişimleri için finansman kaynağı bulmakta zorlandığını, %5.4’ü önemli ölçüde stres, sorumluluk veya risk altında hissettiklerini, %0.7’si sosyal koruma yetersizliği içinde olduğunu belirtmiştir¹⁸⁶.

Bağımsız çalışanların durumuyla ilgili ulaşabildiğimiz en güncel veriler bu şekilde olmakla birlikte kayıt dışı bağımsız çalışanların da incelenmesi gerekmektedir. Zira ülkemizde kayıt dışı istihdamın önemli bir kısmını bağımsız çalışanlar oluşturmaktadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre ülkemizdeki kayıt dışı istihdam oranı 2022 yılında %26.8 iken 2023 yılında %26.1’e gerilemiştir. Kayıt dışı istihdamın %80’i tarım, %16.8’i ise tarım dışı sektörlerde çalışmaktadır¹⁸⁷. Bağımsız çalışanların kayıt dışı istihdamdaki oranı ise konuyla ilgili değerli bir çalışmada 2022 yılı itibarıyla %62.4 olarak hesaplanmıştır¹⁸⁸. Kayıt dışı istihdam genellikle, resmi sektöre geçiş için gerekli nitelik veya fırsatlara sahip olmayan, daha dezavantajlı konumdaki işçilerin yer aldığı bir istihdam biçimi olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁹. Hâl böyleyken kayıt dışı istihdamda çalışanların iş ve sosyal güvenlik hukuku koruması dışında kalan bir çalışma biçimi olması nedeniyle güvencesiz çalışmanın en önemli görünüm biçimlerinden birini teşkil ettiğini ifade edebiliriz.

¹⁸⁵ Eurostat, *Labour Force Survey (LFS) Ad-Hoc Module 2017 on the Self-Employed Persons: ASSESSMENT REPORT* (Publications Office of the European Union 2018) 80 <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-reports/-/ks-39-18-011>> Date of Access 13 February 2026.

¹⁸⁶ ibid 94.

¹⁸⁷ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, ‘Ulusal İstihdam Stratejisi (2025-2028)’ 16 <<https://www.csgeb.gov.tr/Media/t0bomvck/ulusal-istihdam-stratejisi-2025-2028.pdf>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2026; Tarımda bağımsız çalışan kavramı tanımı için bkz. Münevver Temir, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar* (Yetkin Yayınları 2020) 55. Tarımda bağımsız çalışanların çalışma şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi içinse bkz. 37-54.

¹⁸⁸ Ensar Balkaya, ‘Türkiye’de Kendi Hesabına Çalışanların Kayıt Dışı Çalışmalarına Neden Olan Faktörler’ (2026) 1 (88) Çalışma ve Toplum 301, 304.

¹⁸⁹ ibid 306-307.

Toplu pazarlık hakkının kayıt dışı ekonomiden kayıtlı ekonomiye geçişteki rolü ise ILO'nun 204 sayılı Kayıt Dışı Ekonomiden Kayıtlı Ekonomiye Geçiş İlişkin Tavsiye Kararı'nda vurgulanmıştır. 204 Sayılı Tavsiye Kararı'na göre, kayıt dışı ekonomide yer alan kişilerin örgütlenme özgürlüğünden ve toplu pazarlık hakkından yararlanmaları sağlanmalıdır (m.31)¹⁹⁰. ILO, örgütlenme özgürlüğünün, sosyal diyalogun ve işçi ile işveren örgütlerinin kayıt dışılıktan kayıtlılığa geçişte kilit bir rol oynadığını belirtmektedir¹⁹¹. Dolayısıyla ülkemizdeki kayıt dışı istihdamda güvencesiz çalışan bağımsız çalışanların korunması bakımından toplu pazarlık hakkından yararlandırılmalarının düşünülmesi ve buna yönelik adımların atılması bu sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır¹⁹².

Bunların dışında ülkemizde bir de bağımsız çalışan mı yoksa işçi olarak mı değerlendirecekleri konusunda önemli tartışmalar bulunan dijital platform çalışanlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Zira bu kesim, mevcut durumda hukuki statüleri bağımsız çalışan kabul edilmesine rağmen olması gereken bakımından -her ne kadar somut olayın ve platform çalışmasının türüne göre değişmesi muhtemel olmakla birlikte- işçi sayılmaları veya ara bir kategori yaratılarak korunmaları gerektiği yönünde tartışmaları doğurmaktadır. Çalışma konumuz itibarıyla bu tartışmalara girmesek de bu kesimin de somut olayın özelliklerine göre işçi sayılmasalar bile toplu pazarlık hakkından yararlanabilecek güvencesiz bağımsız çalışan olarak kabul edilmesi gerekebilir¹⁹³. Zira öğreti-

¹⁹⁰ Söz konusu tavsiye kararının İngilizcesi "Recommendation No. 204 Concerning the Transition From the Informal to the Formal Economy" şeklinde olup, Karar için bkz. <<https://www.ilo.org/resource/other/ilc/104/recommendation-no-204-concerning-transition-informal-formal-economy>> Date of Access 14 February 2026.

¹⁹¹ ILO, *Transition from the Informal to the Formal Economy Recommendation, 2015 (No. 204): Workers' Guide* (International Labour Office 2017) 6 <https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_545928.pdf> Date of Access 14 February 2026.

¹⁹² Sendikaların kayıt dışı ekonomide çalışanlara insana yakışır iş sağlanması ve kayıtlılığı artırmasında etkili olduğunu gösteren örnekler mevcuttur. Literatürde "olumlu geçiş etkisi" olarak adlandırılan bu rollerinin 10 farklı ülke üzerinden inceleyen bir çalışmadan aktarılan örnekler için bkz. ILO, *Innovative Approaches Taken by Workers' Organizations to Drive Formalization by Organizing, Representing and Providing Services to Workers in the Informal Economy* (International Labour Office 2025) 29-30 <<https://www.ilo.org/publications/innovative-approaches-taken-workers%E2%80%99-organizations-drive-formalization>> Date of Access 14 February 2026.

¹⁹³ Hukukumuzda bağımsız dijital platform çalışanlarının toplu pazarlık hakkı 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde değerlendirilmektedir. Söz konusu Kanun'un 3. maddesi teşebbüsleri tanımlamaktadır. Anılan maddenin yorumu uyarınca serbest meslek sahipleri de birer teşebbüstür. Dolayısıyla bağımsız çalışanların toplu sözleşme akdetmesi

de; platform çalışması, yeni bir güvencesiz çalışma biçimi olarak nitelendirilmektedir. Bunun en önemli nedeni ise platform çalışanlarının çoğu zaman peşinen “tek başına serbest çalışan” statüsüne sahip olduğunun kabulü ve bu statünün iş ve sosyal güvenlik haklarının, güvencelerin ve korumaların azalması anlamına gelmesidir¹⁹⁴.

Görüldüğü üzere kayıtlı istihdamdaki bağımsız çalışanların tek başına bağımsız çalışan statüsünde olması, kayıt dışı istihdamdakiler ve dijital platform çalışanlarının varlığı karşısında ülkemizde de korunması gereken bağımsız çalışanlar olduğu ve bunlara toplu pazarlık hakkının tanınması, örgütlenme imkânı sunularak ekonomik ve sosyal haklarını geliştirme önünün açılması gerektiği kanaatindeyiz¹⁹⁵.

Sonuç

İş hukukunun doğuşuyla beraber işçilerin işverene karşı eşitsiz pazarlık gücünü dengelemek üzere geliştirdiği sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı, ortaya çıkış amacı itibarıyla bağımlı çalışanlar için öngörülmüş bir araçtır. Sendika özgürlüğü; örgütlenme özgürlüğü, sendika hakkı ve toplu pazarlık hakkı olmak üzere üç merkezi temel unsuru içerisinde barındırır. Dolayısıyla sendika özgürlüğü nasıl temel bir insan hakkı ise toplu pazarlık hakkı da sendika özgürlüğünün kolektif boyutunun görünüm biçimi olarak temel bir insan hakkıdır. Bağımlı-bağımsız çalışma ikiliği üzerine kurulu bireysel iş hukukunda olduğu gibi

Türk hukukunda da rekabet yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Ancak öğretide mevcut durum ortaya konulduktan sonra olması gereken bakımından, çalışmamızda yer verdiğimiz AB Kılavuzları dikkate alınarak özellikle platforma ekonomik olarak bağlı olan ve tek başına bağımsız çalışanların rekabet hukukuna ilişkin sınırlamalardan bağışık tutulması yönünde düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Tolu Yılmaz (n 136) 481-482. Özellikle sosyolojik açıdan işçiye benzer nitelikte kabul edilmesi gereken tek başına bağımsız çalışan dijital platform çalışanlarının toplu pazarlık hakkından yararlanmasının güçlü hukuki ve sosyal gerekçelere dayanan toplu pazarlığın rekabet hukukundan istisna tutulması görüşünün toplumdaki refah oranının artmasına da hizmet edeceği belirtilmektedir, bkz. Yaman Alçı (n 136) 339-344.

¹⁹⁴ Colin Crouch, ‘Redefining Labour Relations and Capital in the Digital Age’ in Max Neufeind, Jaqueline O’Reilly and Florian Ranft (eds), *Work in the Digital Age: Challenges of the Fourth Industrial Revolution* (Rowman&Littlefield International Ltd 2018) 189-191; Robert MacDonald and Andreas Giazitzoglou, ‘Youth, Enterprise and Precarity: Or, What Is, and What is Wrong with, the “Gig Economy”?’ (2019), 55 (2) Special Issue-Gendered and Generational Inequalities in the Gig Economy Era, *Journal of Aging and Sociology* 1, 11-12.

¹⁹⁵ Konuyu ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar bakımından ele alan ve bu kesime toplu pazarlık hakkı tanınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Küçük (n 93) 395.

toplu iş hukukunda da aynı ikilik geçerli olup, koruyucu hükümlerden ancak bağımlı çalışanlar yararlanabilmektedir. Çalışmamızda iş ilişkilerinin iş hukukunun doğduğu dönemdekinden çok farklı bir boyuta evrildiği gerçeğinden hareketle, özellikle bağımlı-bağımsız çalışan sınırının bulanıklaştığı göz önüne alındığında çalışma hayatında birtakım haklar elde etmenin en temel yolu olan örgütlenme ardından toplu pazarlık aracılığıyla mevcut durumunu iyileştirme ihtiyacı için de hala klasik kişisel kapsam anlayışının yeterli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkını incelediğimiz çalışmamızda, mevcut durumda bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkının bulunmadığı aşikâr olmakla birlikte çalışmamızda “olması gerekeni” tartışmaya açmak istedik. Bağımsız çalışanların da temel bir insan hakkı olan toplu pazarlık hakkından yararlanması gerektiği görüşünü ileri sürmekle birlikte her bağımsız çalışanın değil çalışma koşulları işçilerle kıyaslanabilecek yani onlara benzer şekilde korunma ihtiyacı duyabileceklerin toplu pazarlık hakkından yararlanabileceği kanısına vardık. Bu iddiamızı gerekçelendirirken iş hukukunun bağımlı-bağımsız çalışan ikiliği üzerine kurulu normatif temelinde yani geleneksel kurucu anlatısında hangi tartışmaların yaşandığını ve günümüz çalışma ilişkilerinde yeni bir normatif temel yaratmaya yönelik öğreti görüşlerini ortaya koyma çalıştık. Yeni normatif temel yaratma eğilimi içerisinde bizim esas aldığımız görüş “kişisel çalışma ilişkisi” teorisi, tam da iddia ettiğimiz gibi iş hukukunun kişisel kapsamını bağımlı-bağımsız çalışan ikiliğinin ötesine taşıyarak korunmaya ihtiyacı olan başka çalışan gruplarının salt klasik anlamda bir bağımlılık ilişkisi içerisinde olmadığı için dışlanmasını isabetli bulmamaktadır. Teori her ne kadar soyut olduğu ve geliştirilmesi gerektiği yönünde eleştirilere maruz kalsa da kanaatimizce özellikle kolektif iş ilişkileri yani çalışma konumuz itibarıyla toplu pazarlık hakkı bağlamında dikkate alınmaya değerdir.

Toplu pazarlık hakkından yararlanabilecek bağımsız çalışanları tespit edebilmek için incelenmesi gereken konu ise “güvencesiz çalışma”dır. Şayet bir bağımsız çalışanın güvencesiz çalışmanın görünüm biçimlerinden birinde çalışması söz konusu olduğunda bu grubun toplu pazarlık hakkını kullanarak birtakım asgari çalışma hakları elde etmesi gerektiği, bu kişilerin girişimci niteliği ileri sürülerek rekabet hukuku sınırlamalarına tabi olmayacakları kanaatineyiz. Çalışmamızda belirttiğimiz üzere tıpkı bağımlı çalışma gibi bağımsız çalışma da klasik anlamını yitirmiş ve korunmaya muhtaç hale gelmiştir. Bunun en güzel örneğini tek başına bağımsız çalışanlar oluşturmaktadır. İster dijital platform çalışması gibi atipik istihdam biçimlerinin evrildiği en son noktadaki bir iş ilişki-

sinde ister iş hukukunun doğuşundan dahi eski olan ev hizmetlerinde bağımsız çalışma olsun, tek başına bağımsız çalışanlar da güvencesiz çalışma kapsamında değerlendirilmelidir. İş ve sosyal güvenlik hukuku haklarından yoksun, finansal güvencesizlik, işin devamlılığına ilişkin belirsizlik ve bağımsız çalışan adı altında olmalarına rağmen tek bir müşteriye bağlı olarak çalışmaları yani kendilerine özgü bağımlılığın yarattığı güvencesizlik nedeniyle güvencesiz çalışma olarak kabul ettiğimiz bu çalışma biçimleri de iş hukukunun korumasına muhtaçtır.

Konuyu ülkemiz açısından değerlendirdiğimizde bağımsız çalışanlara sadece sendika kurma ve üye olma hakkının tanınıp toplu iş sözleşmesine ilişkin hükümlerden yararlanmalarının mümkün olmaması isabetli değildir. Toplu pazarlık hakkı, sendika hakkının tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçası olup toplu pazarlık hakkı olmaksızın sendika hakkının bir anlamı yoktur. Özellikle tek başına bağımsız çalışanlar, ev hizmetlerinde bağımsız çalışanlar, tarımda bağımsız çalışanlar, dijital platform çalışanları ve kayıt dışı istihdamda bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkının 6356 sayılı Kanun’da yapılacak bir değişiklikle tanınmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Aktay AN ve Özdemir Ertürk O, *Toplu İş Hukuku* (Yenilenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Aktay N, *Sendika Hakkı (Uluslararası Dayanakları Bakımından Eleştirel Bir Yaklaşımla Türk Hukukunda Sendika Hakkı ve İlgili Belgeler)* (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1993)
- Akyiğit E, *Toplu İş Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku* (Gazi Kitabevi 2022)
- Atkinson J, 'Labour Law and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives' (Doctoral Thesis, University College London 2020) <<http://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10093788/>> Date of Access 7 January 2025
- Balkaya E, 'Türkiye'de Kendi Hesabına Çalışanların Kayıt Dışı Çalışmalarına Neden Olan Faktörler' (2026) 1 Çalışma ve Toplum 301-336
- Bayreuther F, *Sicherung Der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern Und Anderen Plattformbeschäftigten* (Bund Verlag 2018)
- Boeri T, Giupponi G, Krueger AB, Machin J, 'Solo Self-Employment and Alternative Work Arrangements: A Cross-Country Perspective on the Changing Composition of Jobs' (2020) 34 Journal of Economic Perspectives 170-195
- Cabrelli D, 'Traditional Justifications of Labour Law' in Guy Davidov, Brian Langille and Gillian Lester (eds), *The Oxford Handbook of the Law of Work* (Oxford University Press 2024) 103-114
- Cieślak J and Dvouletý O, 'Segmentation of the Population of the Solo Self-Employed' (2019) 17 International Review of Entrepreneurship 281-304
- Cieślak J and van Stel A, 'Solo Self-Employment--Key Policy Challenges' (2024) 38 Journal of Economic Surveys 759-792
- Collins H, 'Justifications and Techniques of Legal Regulation of the Employment Relation' in Hugh Collins, Paul Davies and Roger Rideout (eds), *Legal Regulation of the Employment Relation* (Kluwer Law International 2000) 3-27
- Committee on Monitoring International Labor Standards, 'Freedom of Association and the Right to Collective Bargaining' *Monitoring international labor standards : techniques and sources of information* (The National Academies Press 2004)
- Conen W and Schippers J, 'Self-Employment: Between Freedom and Insecurity' in Wie-teke Conen and Joop Schippers (eds), *Self-Employment as Precarious Work: A European Perspective* (Edward Elgar Publishing 2019) 1-22
- Countouris N and De Stefano V, *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment* (ETUC 2019)
- , 'The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain Collectively' <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3763214> Date of Access 29 December 2025

- Countouris N, De Stefano V and Lianos I, ‘The EU, Competition Law and Workers Rights’ in Sanjukta Paul, Shae McCrystal and Ewan McCaughey (eds), *The Cambridge Handbook of Labor in Competition Law* (Cambridge University Press 2022) 280-297
- Crouch C, ‘Redefining Labour Relations and Capital in the Digital Age’ in Max Neufeind, Jaqueline O’Reilly and Florian Ranft (eds), *Work in the Digital Age: Challenges of the Fourth Industrial Revolution* (Rowman&Littlefield International Ltd 2018) 187-198
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, ‘Ulusal İstihdam Stratejisi (2025-2028)’ <<https://www.csgb.gov.tr/Media/t0bomvck/ulusal-istihdam-stratejisi-2025-2028.pdf>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2026
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkara E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayıncılık 2023)
- Çoban N, ‘Sendika Özgürlüğü Mü? Sendika Hakkı Mı?’ (2019) 16 Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 563-601
- Davidov G, *A Purposive Approach to Labour Law* (Oxford University Press 2016)
- , ‘A Theory of the Contract of Employment’ (2025) *Industrial Law Journal* 1 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5684603> Date of Access 8 January 2026
- Davidov G and Langille B, ‘Introduction: Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time Has Now Come?’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 1-11
- Davies P and Freedland M, *Kahn-Freund’s Labour and the Law* (Third Edition, Stevens&Sons 1983)
- De Stefano V and Aloisi A, ‘Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human Rights Protection of Non-Standard Workers’ in Janice R Bellace and Berly ter Haar (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 359-379
- Demir F, *Sendikalar Hukuku* (Belediye-İş Sendikası Yayınları, No:8 1989)
- Demir M, *Çok Düzeyli Toplu Pazarlık ve Türkiye’de Uygulanabilirliği* (Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları 2018)
- Dvouletý O and Nikulin D, ‘Dependent Self-Employed Individuals: Are They Different from Paid Employees?’ (2023) 45 *Employee Relations* 704-720
- Edwards PK, ‘Industrial Relations and Collective Bargaining’ in Neil J Smelser and Paul B Baltes (eds), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Elsevier 2001) 7338-7344
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Toplu İş Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024)
- Esener T, *İş Hukuku* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1978)

- Eurofound, 'Self-Employment in the EU: Job Quality and Developments in Social Protection' (Publications Office of the European Union 2024) <<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/all/self-employment-eu-job-quality-and-developments-social-protection>> Date of Access 11 February 2026
- European Commission, *Employment and Social Developments in Europe 2018* (Publications Office of the European Union 2018) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/00248c95-b182-11e8-99ee-01aa75ed71a1/language-en>> Date of Access 11 February 2026
- , 'Council Recommendation of 8 November 2019 on Access to Social Protection for Workers and the Self-Employed (C 387/1)' <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2019.387.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2019:387:TOC> Date of Access 11 February 2026
- Eurostat, *Labour Force Survey (LFS) Ad-Hoc Module 2017 on the Self-Employed Persons: ASSESSMENT REPORT* (Publications Office of the European Union 2018) <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-reports/-/ks-39-18-011>> Date of Access 13 February 2026
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2024)
- Freedland M and Kountouris N, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (Oxford University Press 2011)
- , 'Some Reflections on the "Personal Scope" of Collective Labour Law' (2017) 46 Industrial Law Journal 52-71
- Fudge J, 'Labour as a "Fictive Commodity": Radically Reconceptualizing Labour Law' in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 120-136
- García-Muñoz Alhambra A, 'Collective Bargaining of Self-Employed Workers and Competition Law in the EU' (2023) *Lavoro Diritti Europa* 1 <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.lavorodirittieuropa.it/images/GARCIA_MUNOZ.pdf> Date of Access 4 February 2026
- Göktaş S and Yılmaz G, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Hayter S, 'Introduction' in Susan Hayter (ed), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy: Negotiating for Social Justice* (Edward Elgar Publishing 2011) 1-19
- Hewison K, 'Precarious Work' in Stephen Edgell, Heidi Gottfried and Edward Granter (eds), *The Sage Handbook of the Sociology of Work and Employment* (SAGE Publications 2016) 428-433

- Hyde A, ‘What is Labour Law?’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law Goals and Means in the Regulation of Work* (Hart Publishing 2006) 37-62
- ILO, *Transition from the Informal to the Formal Economy Recommendation, 2015 (No. 204): Workers’ Guide* (International Labour Office 2017) <https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_545928.pdf> Date of Access 14 February 2026
- , *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (6th Edition, International Labour Organization 2018)
- , *Innovative Approaches Taken by Workers’ Organizations to Drive Formalization by Organizing, Representing and Providing Services to Workers in the Informal Economy* (International Labour Office 2025) <<https://www.ilo.org/publications/innovative-approaches-taken-workers%E2%80%99-organizations-drive-formalization>> Date of Access 14 February 2026
- Kahn-Freund O, *Labour and the Law* (Second Edition, Stevens&Sons 1977)
- Küçük D, ‘Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı’ (2024) 9 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 369-400
- Langille B, ‘Labour Law’s Theory of Justice’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 101-119
- MacDonald R and Giazitzoglu A, ‘Youth, Enterprise and Precarity: Or, What Is, and What is Wrong with, the “Gig Economy”?’ (2019) 55 (2) Journal of Aging and Sociology 1-17
- McCrystal S and Syrijs P, ‘Competition Law and Worker Voice: Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union’ in Alan Bogg and Tonia Novitz (eds), *Voices at Work Continuity and Change in the Common Law World* (Oxford University Press 2014) 421-435
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta Yayıncılık 2016)
- Novitz T, ‘Collective Labour Rights for Working People: The Legal Framework Established by the International Labour Organization’ in Sanjukta Paul, Shae McCrystal and Ewan McCaughey (eds), *The Cambridge Handbook of Labor in Competition Law* (Cambridge University Press 2022) 11-26
- Official Journal of the European Union, ‘Guidelines on the Application of Union Competition Law to Collective Agreements Regarding the Working Conditions of Solo Self-Employed Persons (2022/C 374/02)’ (2022) 65 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2022:374:FULL>> Date of Access 3 February 2026
- Pekin F, *Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar* (Alan Yayıncılık 1985)
- Perulli A, ‘A New Category within European Union Law: Personal Work’ (2024) 15 European Labour Law Journal 184-210

- Reuschke D and Zhang M, 'Precarious Self-Employment in Urban Europe' (2022) 29 European Urban and Regional Studies 440-459
- Rodgers G, 'Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate' in Gerry Rodgers and Janine Rodgers (eds), *Precarious jobs in labour market regulation: The growth of atypical employment in Western Europe* (International Labour Organization 1989) 1-16
- Sağlam N, 'Sürdürülebilirlik ve İnsana Yakışır İş' *Genişletilmiş Özet Metin Bildiriler* (Yozgat Bozok Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Koordinatörlüğü 2025), 77-84
- Schulze Buschoff K, 'The "New" Self-Employed and Hybrid Forms of Employment: Challenges for Social Policies in Europe' in Wieteke Conen and Joop Schippers (eds), *Self-Employment as Precarious Work a European Perspective* (Edward Elgar Publishing 2019) 238-259
- Schwarz-Vomhof I and Streuter R, 'Entwicklungen Der Rechtlichen Rahmenbedingungen Für Tarifverträge Mit Solo- Selbstständigen' (2023) 71 Arbeit und Recht 421-425
- Seifert A, *Kollektivverträge Für Wirtschaftlich Abhängige Selbständige Und Unionsrechtliches Kartellverbot* (Bund Verlag 2022)
- Sen A, 'Editorial: Human Capital and Human Capability' (1997) 25 World Development 1959-1961
- Sweepston L, 'Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO Supervision' (1998) 137 International Labour Review 169-194
- Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Talas C, *Sosyal Ekonomi* (S Yayınları 14, Sevinç Matbaası 1979)
- Tammelin M, 'The Solo Self-Employed Person and Intrinsic Financial Security: Does the Promotion of Self-Employment Institutionalise Dualisation?' (2019) 27 Journal of Poverty and Social Justice 219-324
- Temir M, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar* (Yetkin Yayınları 2020)
- Tuncay AC, Savaş Kutsal B ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Hukuku* (8. Bası, Beta Yayınevi 2023)
- Uğur MS, 'Amartya Sen'in Kapasite Yaklaşımı ve İnsan Merkezli Bir Kalkınma Anlayışı' (2017) 25 Sosyoekonomi 91-107
- van Broembsen M, 'Collective Bargaining for the "New" Working Class: Putting "Personal Work Relations" to Work for Street Vendors' (2025) 54 Industrial Law Journal 527-564
- Webb S and Webb B, *The History of Trade Unionism* (New Impression, Longmans Green and Co 1956)

- Weiss M, ‘Re-Inventing Labour Law’ in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press 2011) 43-56
- Yıldız GB, ‘Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi’ in Kübra Doğan Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 781-810
- , *Türk Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* (Yetkin Yayınları 2021)
- Yorgun S, ‘Sendikaların Toplu Pazarlık Yetkisi ve Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü’nün Hukuki Boyutu’ (2023) 1 Çalışma ve Toplum 97-120

Yargı Kararları Bağlamında Tarafta İradi Değişiklik Kuralının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi İş Uyuşmazlıkları Bakımından Uygulanabilirliği Sorunu^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Tuba GÜNGÖR^(**)

Öz

Arabuluculuk faaliyetinin iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı olarak kabul edilmesi, uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşturulması amacına belirli bir noktaya kadar hizmet etse de bazı konularda yargılamaların uzamasına hatta işçi tarafın alacağına veya hakkına kavuşmasına engel teşkil edebilmektedir. Türk hukukunda arabuluculuk, tamamlanabilir dava şartı olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla taraflar mahkemeye başvurmadan önce doğru tarafla arabuluculuk faaliyeti yürütmek durumundadırlar. Tarafta iradi değişiklik ise yargılama aşamasında ortaya çıkan; tarafta yanılma, tarafın eksik veya yanlış gösterilmesinin düzeltilmesine hizmet eden bir kurumdur. Arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesinden önce, yargılama sırasında ortaya çıkan tarafta yanılma hallerinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md.124'ün uygulanması mümkündür. Ancak dava şartı arabuluculuk faaliyeti, tamamlanabilir dava şartlarından olmadığından, sonradan ortaya çıkan ve taraf değişikliğini gerektiren bir durumda artık HMK md.124'ün uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu durum elbette en çok işçiyi mağdur etmektedir. Zira uygulamada genellikle tarafta yanılma veya tarafın eksik gösterilmesi işçi tarafından işveren aleyhine açılan alacak veya işe iade talepli davalarda söz konusu olmaktadır. Yüksek mahkeme son zamanlarda işçinin kabul edilebilir yanılığın sebebi ile işvereni yanlış göstermesi halinde doğru işverenle

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.11.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 25.12.2025.

Atıf Şekli: Tuba Güngör, 'Yargı Kararları Bağlamında Tarafta İradi Değişiklik Kuralının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi İş Uyuşmazlıkları Bakımından Uygulanabilirliği Sorunu' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 855,883.

DOI: 10.52273/sduhfd..1830956.

(**) Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale-Türkiye.

E-posta: tubagungor@kku.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-1164-6283.

arabuluculuk faaliyeti yürütülmemiş olmasına rağmen, HMK md.124 kuralının uygulanabileceği yönünde karar vermektedir. Bu durum işçinin mağdur olmasını engellese ve hak arama özgürlüğüne hizmet etse de kararların hukuka uygunluğunu tartışmaya açmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İş Uyuşmazlığı, Dava Şartı Arabuluculuk, Tarafta İradi Değişiklik.

In The Context of Court Decisions The Issue of Applicability of The Parties Administrative Change Rule to Labour Disputes Subject to Mandatory Mediation

Abstract

Although the acceptance of mediation activities as a condition for litigation in labour disputes serves the purpose of resolving disputes more quickly to a certain extent, it may prolong proceedings in some cases and even prevent the employee from obtaining their due or rights. In Turkish law, mediation is not accepted as a completable condition for litigation. Therefore, the parties must conduct mediation with the correct party before applying to the court. Voluntary change of party is an institution that serves to correct errors, omissions or misrepresentations that arise during the litigation process. Before mediation was accepted as a condition for litigation, it was possible to apply Code of Civil Procedure (CCP) Article 124 in cases of error in the parties that arose during the trial. However, since mediation as a condition for litigation is not a completable condition for litigation, it is no longer possible to apply CCP Article 124 in cases where a change in the parties arises later. This situation, of course, most adversely affects the employee. In practice, errors in identifying the parties or the failure to properly identify the parties typically arise in cases where the employee files a claim for payment or reinstatement against the employer. The Supreme Court has recently ruled that even if mediation proceedings have not been conducted with the correct employer due to the employee's mistake in identifying the employer, Article 124 of the CCP may still be applied. While this ruling prevents the employee from being disadvantaged and serves the freedom to seek justice, it also opens the door to debate regarding the legality of such decisions.

Keywords

Labour Dispute, Mandatory Mediation, Voluntary Change of Party.

Extended Summary

The transformation of labour dispute resolution mechanisms in Turkish law through the introduction of mandatory mediation has generated significant procedural and doctrinal debates, particularly regarding its interaction with the voluntary change of party (CCP art. 124). While the legislator's primary objective in making mediation a pre-condition to litigation was to reduce judicial workload and facilitate faster dispute settlement, the institutional design of mandatory mediation-especially its categorisation as a non-completable litigation condition-has produced systemic inconsistencies and access-to-justice concerns. The core problem examined in this study is whether HMK Article 124 can be applied to labour disputes that are subject to mandatory mediation, especially in circumstances involving an employee's acceptable mistake regarding party identity.

Mandatory mediation, introduced by Law No. 7036 and in force since 2018, encompasses individual labour claims arising from statute, employment contracts, collective agreements, and reinstatement actions. The regulatory framework expressly stipulates that mediation must be initiated before filing a lawsuit. Unlike other litigation conditions under CCP Article 115, mandatory mediation is explicitly constructed as non-completable: where the plaintiff fails to apply to a mediator prior to litigation, the action must be dismissed on procedural grounds. Only reinstatement claims filed directly within the statutory one-month period allow a subsequent mediation process following procedural dismissal. Beyond this narrow exception, the mediation requirement must be fulfilled strictly and in advance.

Against this background, the traditional function of Article 124 - which permits correction of party identity errors during litigation - has been significantly restricted. Historically, before mandatory mediation was introduced, courts freely allowed party substitution where the plaintiff had mistakenly sued the wrong party. The provision served important goals of procedural economy, access to justice, and avoidance of irreparable rights loss in cases with short limitation or forfeiture periods. Today, however, the rigid structure of mandatory mediation prevents such correction: if the plaintiff has mediated with the wrong party, the later discovery of the correct employer renders Article 124 practically inapplicable, because mediation with the correct party is treated as a non-completable condition.

This structural tension becomes most visible in disputes involving subcontracting arrangements, organically linked companies, joint ventures, corporate veil-piercing scenarios, or informal employer structures-contexts where determining the real employer requires legal and factual assessments typically possible only during the judicial process. Employees often lack the institutional information or legal capacity to identify the correct employer prior to litigation. Therefore, strict adherence to the non-completable nature of mandatory mediation disproportionately burdens employees and renders Article 124 effectively dysfunctional in labour disputes.

Recent Supreme Court jurisprudence reflects increasing awareness of the injustices arising from this rigid framework. Several decisions have adopted a more flexible, rights-oriented approach, effectively expanding the scope of Article 124 despite legislative silence. In one notable case, the Court held that where the first-instance

court itself set a one-week deadline for mediation after identifying a party misdesignation, the plaintiff's failure to complete mediation within this short period should not bar litigation; initiating mediation was deemed sufficient to satisfy the mandatory requirement. The Court invoked constitutional principles-particularly the right of access to a court under Article 36 of the Constitution and Article 6 of the ECHR-to justify this interpretation. Yet, while the outcome protects employees, it contradicts the explicit legislative rule that mandatory mediation is not completable.

A second line of jurisprudence concerns cases involving organic links between companies. Yargıtay has accepted that if mediation was conducted with a company owner who effectively controls both entities, the mediation requirement may be considered fulfilled for both companies. This acknowledges the reality of group company structures and prevents abusive reliance on corporate separateness to evade liability. In similar fashion, some regional courts have allowed substitution of the defendant based on acceptable mistake, though not consistently.

Nevertheless, these judicial solutions highlight a structural inconsistency rather than resolve it. The courts are effectively compensating for a legislative gap by stretching Article 124 beyond its intended limits. This creative interpretation risks undermining legal certainty, as different chambers may reach different conclusions, and the line between acceptable flexibility and unlawful judicial activism becomes blurred.

The underlying conflict arises from the inherent incompatibility between mandatory mediation and the doctrine of voluntary party substitution. Article 124 presupposes that litigation has already commenced and that procedural corrections can be made during trial. Mandatory mediation, by contrast, is a *pre-litigation* requirement. A plaintiff must identify the correct party even before a judicial process begins. If mandatory mediation is non-completable, then by definition, Article 124 cannot function properly in labour disputes-particularly those where the employer is difficult to determine. This produces outcomes fundamentally at odds with principles of fairness, employee protection, procedural economy, and the constitutional right to a fair trial.

The study concludes that this conflict cannot be resolved through judicial interpretation alone. The problem is legislative in nature and requires a statutory amendment. Accordingly, the proposed solution is to revise Article 3 of the Labour Courts Act (7036) to expressly allow the mandatory mediation requirement to be considered "completed" in cases involving: representation errors, acceptable mistake in party identity, incomplete or incorrect identification of the employer, complex employer structures such as subcontracting, organic links, joint ventures, or veil-piercing scenarios.

In conclusion, the present statutory configuration produces a doctrinal and practical contradiction between mandatory mediation and voluntary party substitution. Judicial attempts to safeguard employees' access to justice-though normatively justified-lack the stability and clarity required for a predictable legal system. Reconciling CCP Article 124 with the mandatory mediation regime through explicit legislative amendment is essential to prevent further rights loss, ensure consistent judicial practice, and uphold both procedural economy and constitutional guarantees of fair trial and effective access to justice.

Giriş

İş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk, 2017 yılında İş Mahkemeleri Kanunu'nda¹ yapılan değişikliklerle dava şartı olarak kabul edilmiştir. 2018 yılında yürürlüğe giren düzenleme gereğince arabuluculuk, yargılamadan önce başvurulması gereken zorunlu bir süreç haline gelmiştir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu² (HMK) m.114/2 kapsamında “*diğer kanunlarda düzenlenen dava şartı*” kategorisine giren ve belirli uyuşmazlık türleri bakımından kanun koyucu tarafından öngörülmüş özel bir dava şartıdır. Dava şartlarının tamamlanabileceğini düzenleyen HMK md.115/2'de, hâkimin dava şartı eksikliğini tespit etmesi halinde davanın usûlden reddedileceği, dava şartı eksikliğinin giderilmesinin mümkün olması halinde ise kesin süre verilerek bu eksikliğin tamamlanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Arabuluculuğun dava şartı olduğunu düzenleyen Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun³ ilgili hükmünde ise, arabulucuya başvurulmaksızın doğrudan dava açılması halinde davanın usûlden reddedileceği belirtilmiştir (HUAK md.18/A,2; İMK md.3/2). Bu halde dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartlarından olmadığı söylenebilecektir⁴. Yalnızca iş uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak işe iade talepli davalar bakımından farklı bir düzenleme getirilmiş olup, anılan hüküm gereğince işe iade talebiyle süresi içerisinde arabulucuya başvurulmaksızın doğru-

¹ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221. İlgili Kanunun kısaltması olarak İMK kullanılacaktır.

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836. İlgili Kanunun kısaltması olarak HMK kullanılacaktır.

³ Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331. İlgili Kanunun kısaltması olarak HUAK kullanılacaktır.

⁴ Konuyla ilgili olarak yüksek mahkeme tarafından farklı yönde kararlar verilmiştir. İstanbul BAM 16.HD. dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olduğu yönünde karar verirken (İstanbul 16 BAM, 2740/2702, 10.12.2019, Lexpera Erişim Tarihi 10.09.2025; Trabzon BAM 5.HD.'nin aksi yöndeki kararı Yargıtay 9.HD. tarafından onaylanmıştır (Trabzon 5 BAM 998/854, 18.05.2021 <Yayımlanmamış>; Yargıtay 9 HD, 7355/10412, 26.09.2022, Lexpera Erişim Tarihi 10.09.2025). Ancak Yargıtay yakın tarihli bir kararında arabuluculuk faaliyeti yürütülmeksizin görevsiz mahkemede dava açılmasının ardından görevli mahkemeye başvuru sürecinde arabuluculuk faaliyetini hukuka uygun yani tamamlanabilir dava şartı olarak kabul etmiştir (Yargıtay 9 HD 14948/70, 09.01.2024, Lexpera Erişim tarihi 10.09.2025). Belirtmek gerekir ki; görevsizlik kararı nedeniyle davaya görevli mahkemede devam edilmesi yeni bir dava olmayıp, ilk açılan davanın devamıdır. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilip getirilmediği görevsiz mahkemede açılan dava esas alınarak belirlenmelidir. Bu itibarla yüksek mahkeme kararı usûl ekonomisi ve arabuluculuğun temel amacı dikkate alındığında isabetli olmakla beraber, mevcut arabuluculuk düzenlemesi karşısında kanuna uygun değildir.

dan dava açılması halinde dava usûlden reddedilir. İş Kanunu'nun⁵ ilgili hükmü gereğince kesinleşen ret kararının taraflara re'sen tebliğ edilmesinden itibaren işçi iki hafta içerisinde arabulucuya başvurabilir (İK md.20/1).

Arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olmaması özellikle işçi tarafın işveren konusunda yanıldığı hallerde tarafta iradi değişiklik kurallarının uygulanmasının önünde engel teşkil ettiğinden davanın usûlden reddedilmesine ve çoğu zaman hak kayıplarına yol açabilmektedir. Ancak son zamanlarda yüksek mahkeme, doğru tarafla arabuluculuk faaliyeti yürütülmemiş olmasına rağmen HMK md.124'de düzenlenen tarafta iradi değişiklik kuralını uygulayarak, davanın devam etmesine yönelik hüküm vermektedir⁶.

Çalışmamızın amacı tarafta iradi değişiklik kuralının, dava şartı arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıkları bakımından uygulanabilir olup olmadığını yüksek mahkeme kararları ışığı altında değerlendirmektir. Bu itibarla çalışmamızda öncelikle iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuk ve tarafta iradi değişiklik kuralı anlatılarak, arabuluculuk faaliyeti sürecinde ve dava açıldıktan sonra tarafta iradi değişiklik kuralının uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışılacaktır. Sonrasında ise yüksek mahkemenin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlara değinilerek, mevcut düzenlemeler karşısında kararların hukuka uygun olup olmadığını değerlendirilecektir.

I. Dava Şartı Arabuluculuk Kavramı ve İş Uyuşmazlıkları Bakımından Uygulama Alanı

A. Tanım

Arabuluculuk, 2008/52/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin⁷ 3. maddesinde *"Adlandırılma veya başvuru şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, bir arabulucu yardımıyla, uyuşmazlıkların çözümü konusunda anlaşmaya varmaları için gönüllü bir temelde bizzat çaba gösterdikleri, planlanmış bir süreci ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide ise, bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlık içinde olan kişiler arasında

⁵ İş Kanunu, Kanun Numarası:4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134. İlgili Kanunun kısaltması olarak İK kullanılacaktır.

⁶ Yargıtay 9 HD, 943/1636, 07.02.2023. Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025.

⁷ 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi, Lexpera Erişim Tarihi: 13.09.2025.

iletişimi sağlamak, arasını bulmak, tarafların kendi belirledikleri amaca ulaşmalarına katkıda bulunmak faaliyeti olarak tanımlanmaktadır⁸. 6325 sayılı Kanun'da arabuluculuk kavramı yukarıdaki tanımlamalara benzer şekilde; “Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak ifade edilmiştir (6325 sayılı HUAK md.2/1,b).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden⁹ biri olan arabuluculuk, 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu ile hukukumuzda girmiş, bireysel iş ilişkileri açısından 7036 sayılı İMK'nın 3. maddesinde 2017 yılında yapılan değişiklikle dava şartı haline gelmiştir.

Dava şartı arabuluculuk ise, belirli bazı uyuşmazlık türleri bakımından dava açmadan önce başvurulması gereken uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰. Bireysel

⁸ Sandra Kaufman and George T. Duncan, “A Formal Framework for Mediator Mechanisms and Motivations” (1992) 36(4), Journal of Conflict Resolution, 688, 690; Dorcas Quek Anderson, “Mediation Ethics: From Theory to Practice, Field, Rachel and Crowe, Jonathan, Edward Edgar Publishing” (2020) 1 (39) Published in Conflict Resolution Quarterly, S.39, C.1, 2020, 67, 67; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (6325 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet 2016) 23; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü- Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Seçkin 2003) 88; Tanrıver, *Arabuluculuk* (n 6) 165 vd.; Özbek (n 6) 556.

⁹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi; “tarafların resmi bir yargılama usûlüne gereksinim duymaksızın, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri için başvurdukları, kendilerine yardımcı olan bir dizi usûller topluluğu” şeklinde tanımlanmaktadır. (Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin 2013) 167 vd. Başka tanımlar için bakınız: Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” (2006) (64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 151, 151 vd.; Eda Manav Özdemir, “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri” (2015) (4) Çalışma ve Toplum, 185, 202.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (12. Baskı, On İki Levha 2024), 637 vd.; Alper Bulur: “Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Çözüm Önerisi” (2010) (89) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 196, 202.) Tanrıver, “alternatif” ibaresinin yargıyla rekabet eden bir mekanizma algısı oluşturabileceğinden “dostane biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağına işaret etmiştir. Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yetkin 2022) 32.

¹⁰ Tüketici uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları (kiralanan taşınmazın ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere), taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklı-

iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuğu düzenleyen hükme göre; “kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” (İMK md.3/1). Burada arabuluculuğun dava şartı olması, arabulucuya başvuruya ilgili olup süreçle ilgili değildir¹¹. Tarafların uyuşmazlık konusu hakkında dava açmadan önce arabulucuya başvurusu gerekli ve yeterlidir. Bu süreçte anlaşıp anlaşmamak kendi inisiyatiflerine bırakılmıştır. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sürecinde anlaşmamaları halinde, süresi içerisinde mahkemeye başvurabilirler. Bunun yanı sıra taraflar, dava şartı arabuluculuk faaliyetine konu olan uyuşmazlık hakkında daha sonra ihtiyari arabuluculuk faaliyeti yürütebilirler¹².

B. İş Uyuşmazlıkları Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk

İş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuk, İMK’nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereğince; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi, işveren alacak ve tazminatları hakkında dava açmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Kanun koyucu, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakmıştır (HUAk md.3/3)¹³. Dolayısıyla taraflar iş kazasından

ğın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında bulunmaktadır (HUAk md.18/B,1).

¹¹ Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyet ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri* (Yetkin 2018) 256; Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (Legal 2019) 113; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36. Bası Beta 2023) 74; Sibel Özel, “Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi” (2020) 40 (2) Public and Private International Law Bulletin 867, 874. (<https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/ppil/article/zorunlu-arabuluculugun-adalet-erisim-hakki-cercevesinde-irdelenmesi> Erişim Tarihi 13.09.2025); Faruk Barış Mutlay, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No.7 2018) 23, 74.

¹² Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Orhan Ersun Civan, Eda Manav Özdemir, Burcu Savaş Kutsal ve Ahmet Evcimen, *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2023), (Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu) (ed) 264.

¹³ Canbolat, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile rücu davalarında, hâkimlerin hiç takdir yetkisi kullanmayıp, kusur tespiti ve aktüerya hesabına yönelik alınan bilirkişi raporları doğrultusunda karar verdiği gerekçesiyle, bu alanların arabuluculuğa en elverişli alanlardan biri olduğu görüşündedir. (Talat Canbolat, “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve*

kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri ile ilgili olarak ihtiyari arabuluculuk faaliyeti yürütebilecekleri gibi doğrudan dava da açabilirler.

İşçi veya işveren alacağıyla ilgili dava açmak isteyen taraf, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına dair tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek suretiyle dava açabilir (HUAK md.3/2)¹⁴. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde ise hâkim, davacı tarafa son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usûlden reddedileceğine dair ihtarda bulunur (HUAK md.3/2). Burada düzenlenen bir haftalık kesin süre, yalnızca arabuluculuk süreci yürütülmüş ancak anlaşmaya varılamamış uyuşmazlıklarda, son tutanağın mahkemeye sunulması için tanınmıştır. Buna karşılık, arabuluculuk faaliyeti hiç başlatılmaksızın doğrudan dava açılması hâlinde eksikliğin giderilmesine yönelik bir süre verilmesi mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu tarafından, arabulucuya başvurulmaksızın dava açıldığının anlaşılması halinde, davanın dava şartı yokluğundan usûlden reddedileceği açıkça belirtmiştir (HUAK md.3/2). Bu noktada yeniden vurgulamak gerekirse, arabuluculuğa başvurunun tamamlanabilir bir dava şartı olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır¹⁵.

Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, 2018, 98.). Aksi yönde Alpogut ise, işçi veya geride kalanlar bakımından pazarlık gücünün en zayıf olduğu iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan taleplerin dava şartı arabuluculuk kapsamında olmamasını isabetli bulduğunu ifade etmektedir. Gülsevil Alpogut: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantısı*, İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2018, 126. Köme Akpulat; iş kazası ve meslek hastalığının etkilerinin ve yol açtığı zararların zaman içinde ortaya çıkmasının muhtemel olmasından dolayı düzenlemeyi isabetli bulmaktadır. Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri* (On İki Levha 2018), 360.

¹⁴ Arabuluculuk anlaşmazlık tutanağının hâkim tarafından UYAP üzerinden ulaşılabilir olması, taraflara bu yükümlülüğe aykırı hareket etme olanağı vermez. Zira iş yargılamasında re’sen araştırma ilkesi değil, taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir.

¹⁵ Dava şartı arabuluculuk kanunda düzenleniş şekli itibarıyla tamamlanabilir dava şartlarından değildir. Ancak gerek bölge adliye mahkemeleri tarafından (İstanbul 16 BAM, 2740/2702, 10.12.2019; İstanbul 12 BAM, 2152/1681 31.12.2019, Lexpera Erişim Tarihi: 15.09.2025) gerekse Yargıtay’ın ilgili dairesince tamamlanabilir olduğu yönünde kararlar verilmiştir. Özellikle Yargıtay’ın yakın tarihli bir kararında; davanın görevsiz mahkemede açılması ve görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunun tespit edilmesinin ardından, davanın iş mahkemesinin esasına kaydedilmesinden önce taraflarca arabuluculuk faaliyetinin yürütülmüş olması halinde dava şartı arabuluculuk faaliyetinin yerine getirildiği kabul edilmiştir (Yargıtay 9 HD, 14948/70, 09.01.2024. Aynı yönde; Yargıtay 9 HD, 11279/16278, 30.10.2023, Lexpera Erişim Tarihi: 13.09.2025). Söz konusu yüksek mahkeme kararlarının usûl ekonomisine ve mahkemeye erişim hakkına hizmet ettiğine şüphe yoktur. Ancak, arabuluculuk tamamlanabilir dava şartı olarak düzenlenmediğinden, anılan kararların kanuna uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır.

C. Uygulama Alanı

Dava şartı arabuluculuğu düzenleyen hükümde, hangi uyuşmazlık türlerinin bu kapsama dahil edildiği tek tek sayılmamış, arabuluculuk faaliyetine konu olması gereken uyuşmazlıkların genel olarak çerçevesi çizilmiştir. Kanunun çizmiş olduğu bu genel çerçeveye göre; kanundan, iş veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren alacak ve tazminatları ile işe iade talepli davalar dava şartı arabuluculuğa tabidir. Söz konusu hükümde, yalnızca “*kanun*” ifadesi kullanıldığından 4857 sayılı İş Kanunu’nun yanı sıra 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda¹⁶ düzenlenen hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile Basın İş Kanunu¹⁷ ve Deniz İş Kanunu’ndan¹⁸ kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Adı geçen kanunların dışında işçi veya işveren alacağına imkân veren diğer kanunlardan kaynaklanan -6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkındaki Kanun¹⁹ gibi- uyuşmazlıklar da elbette dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olacaktır.

Dava şartı arabuluculuğu düzenleyen hükümde iş sözleşmesi ifadesi yer almakla birlikte, bu ifadenin işçi ve işveren tarafların aralarında imzalamış oldukları bireysel iş sözleşmesi dışında genel işlem koşulu niteliği taşıyan tip iş sözleşmelerini, iç yönetmelikleri veya işyeri uygulamalarını kapsadığını da belirtmek gerekir²⁰.

Anılan düzenleme ışığında dava şartı arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarının bir kısmını şu şekilde sıralamak mümkündür: Ücret alacaklarının tamamı (temel ücret ve ücret ekleri: fazla çalışma, yıllık izin ücreti ve sair), ihbar tazminatı,

¹⁶ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

¹⁷ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5963, Kabul Tarihi: 13.06.1952, RG 10.06.1952/8140.

¹⁸ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/12586.

¹⁹ Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkındaki Kanun, Kanun Numarası: 6772, Kabul Tarihi: 04.07.1956, RG 11.07.1956/9355.

²⁰ Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İMK Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi* (Yetkin 2018) 19; Ali Güzel, “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem. “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)”, Kübra Doğan Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (On İki Levha 2019) 25; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Civan, Manav Özdemir, Savaş Kutsal ve Evcimen (n 11) 274 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 10) 76.

kıdem tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, haksız fesih tazminatı, sendikal güvencelere ilişkin tazminatlar, cezai şart, iş güvencesi tazminatı, boşta geçen sürelerle ilişkin tazminat, rekabet yasağına aykırı davranılmasına ilişkin tazminat, aracılık ücreti, yeni iş arama izni ücreti, mesleki güvence tazminatı²¹ ve sair. Yukarıda zikredilen alacaklar elbette sınırlı sayıda olmayıp kanunun çizdiği sınır çerçevesinde başkalarını da eklemek mümkündür. Burada unutulmaması gereken husus; uyumsuzluğa konu alacakların işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanması gerektiğidir²².

İşçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklanan haksız veya sebepsiz zenginleşme, sözleşmeye aykırılık, haksız fiil gibi nedenlerden doğabilecek maddi ve manevi tazminat talepleri de dava şartı arabuluculuğa tabidir²³. Dava şartı arabuluculukla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir başka husus, dava konusu uyumsuzluğun iş ilişkisi kurulduktan sonra çıkmış olması gerektiğidir. Bu itibarla henüz iş ilişkisi kurulmadan önce ortaya çıkan uyumsuzluklar -örneğin aday işçinin ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla açacağı dava- dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilemez²⁴. Diğer taraftan işçi veya işveren alacağının dava şartı arabuluculuğa tabi olması için mutlaka muaccel olması gerekir²⁵. Yüksek mahkeme isabetle, henüz muaccel olmamış bir alacak kalemi ile ilgili

²¹ Sümer; 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu. md. 8/2’de işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları için öngörülen güvenceyi “*mesleki güvence tazminatı*” olarak tanımlamıştır. Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı Seçkin 2021) 152.

²² Özkes, Özlem, “İşe İade Davalarında Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk” (2018) (138) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 273, 283; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 10) 75,76; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Civan, Manav Özdemir, Savaş Kutsal ve Evcimen (n 11) 275; Güzel, “Zorunlu Arabuluculuk” (n 19) 24 vd.

²³ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas Numarası: 1/850, s.8; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Bayşal, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion 2022) 162; Fatih Uşan, Ersin Erdoğan ve Canan Erdoğan, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması* (İntes 2021) 349; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (On İki Levha 2018) 119; Çil (n 19) 20; Güzel, “Zorunlu Arabuluculuk” (n 19) 24; Oğuz (n 10) 117; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Civan, Manav Özdemir, Savaş Kutsal ve Evcimen (n 11) 275. Aynı yönde bkz. Ankara 8 BAM, 2665/88, 16.01.2020; Adana 7 BAM, 4703/177, 07.02.2019, Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025

²⁴ Ercüment Özkaraca ve Canan Ünal, “Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması” (2019) (42) Sicil İHD, 16, 28 vd.; Aziz Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku* (Revize Edilmiş 8. Baskı, Beta 2023) 115; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022) 54; Mutlay, *Zorunlu Arabuluculuk* (n 10) 100 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Civan, Manav Özdemir, Savaş Kutsal ve Evcimen (n 11) 280 vd..

²⁵ Aksi yönde Hande Gül Küçükkaya, *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk* (On İki Levha 2023) 202.

olarak taraflar arasında yürütülen arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmediğine karar vermiştir²⁶.

İşçinin hayattayken hak kazandığı ücret alacakları ile fesihle beraber ortaya çıkan ihbar ve kıdem tazminatı için işçinin ölümünden sonra mirasçıları arabulucuya başvurmak zorundadır²⁷. Borçlar Kanunu ile Basın İş Kanunu'nda düzenlenen ve işçi veya gazetecinin ölümünden sonra sağ kalan eş ile ergin olmayan çocuklarının yoksa bakmakla yükümlü olunan kişilerin talep edebileceği ölüm tazminatı bakımından ise arabuluculuğun dava şartı olup olmadığı tartışmalıdır²⁸. Konuyla ilgili olarak henüz bir içtihat oluşmamakla birlikte bölge adliye mahkemesinin ölüm tazminatının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna dair kararı mevcuttur²⁹. Kanaatimizce ölüm tazminatı işçinin ölümüne bağlı olarak ortaya çıkan ve hak sahiplerine ödenmesi gereken özel bir tazminat olup işçi alacağı olarak değerlendirilmemeli ve dava şartı arabuluculuğa tabi olmamalıdır. Bununla birlikte, konuya ilişkin uygulama henüz istikrar kazanmamış olduğundan, ölüm tazminatına yönelik talepler bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması daha isabetli olacaktır.

Dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların diğer ayağını ise, işe iade talepli davalar oluşturmaktadır. Kanun koyucu işçi-işveren alacak ve tazminatları dışında işe iade talepli açılacak davalar bakımından da arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemiştir. İşe iade talepli davalarda dava şartı arabuluculukla ilgili farklı bir düzenleme getirilmiştir. Kural olarak dava şartı arabuluculuk düzenlemesi gereği, tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurup son tutanakla birlikte dava açmaları gerekir. İşe iade talepli davalar için de aynı esas geçerli

²⁶ “...Arabuluculuk son tutanak tarihi olan 25.11.2020 tarihinde henüz muaccel olmayan 14.12.2020 ödeme tarihli ilave tediye alacağının kıst yevmiye esasına göre hesaplanarak hüküm altına alınması hatalıdır”.YHGK, 992/1248, 13.12.2020. Aynı yönde Yargıtay 9 HD, 150/5026, 04.05.2023, Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025

²⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Civan, Manav Özdemir, Savaş Kutsal ve Evcimen (n 11) 277; Ekmekçi, Özekes, ve Atalı (n 22) 120; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 22) 162.

²⁸ Öğretide yer alan görüşlerden birine göre; hakkın dayandığı kanun dikkate alınarak bütünlüğü bozmamak için ölüm tazminatı kıdem tazminatında olduğu gibi dava şartı arabuluculuğa tabi olmalıdır. (Ekmekçi, Özekes ve Atalı (n 22) 120 vd.). Aksi yöndeki öğreti görüşü ise; ölüm tazminatı talep edebilecek kişilerin halefiyet ilkesi gereği kanuni mirasçı olmadıklarını ve alacağın işçi alacağı olmaması dolayısıyla ölüm tazminatının dava şartı arabuluculuğa tabi olmaması gerektiğini belirtmektedir. (Mutlay, “Zorunlu Arabuluculuk” (n 10) 110 vd.).

²⁹ “...ölüm tazminatı alacağına ilişkin davanın zorunlu arabuluculuk başvurusu yapılmaması olması nedeniyle usûlden reddine...” Ankara 5 BAM, 1566/4481, 07.12.2022. (Yayımlanmamış)

olmakla birlikte, kanun koyucu işe iade davası açmak isteyen ancak dava açma süresi içinde önce mahkemeye başvuran işçiye farklı bir imkân tanımıştır. Anılan düzenleme gereğince, işçi tarafından arabulucuya başvurulmaksızın doğrudan dava açılması halinde, davanın usûlden reddedildiğine dair kararın taraflara tebliğ edilmesinin ardından iki haftalık süre içerisinde işçi yeniden arabulucuya başvurabilecektir. Burada işçiye tanınan söz konusu imkân, dava açma süresi olan, fesih tarihinden itibaren bir aylık süre içinde doğrudan mahkemeye başvurulduğu takdirde kullanılabilecektir³⁰. Aksi halde, bir aylık dava açma süresinin geçirilmesinin ardından mahkemeye başvurulması halinde böyle bir imkândan bahsetmek mümkün değildir.

Dava şartı arabuluculukla ilgili olarak, İMK md.3/1'e "*Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında da birinci cümle uygulanır*" ibaresi eklenmiştir. Bu itibarla işçi ve işveren alacakları ve tazminatları ile ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da bundan böyle dava şartı arabuluculuğa tabidir. Dava şartlarına ilişkin bu tespitlerden sonra, HMK'nın taraf değişikliğine dair hükümleri bir sonraki başlıkta değerlendirilmelidir.

II. Medeni Usûl Hukukunda Taraf Değişikliği

Taraf değişikliği; açılmış bulunan bir davada, davalı veya davacı kişilerin bir kısmının veya tamamının davanın dışına çıkarılması veya davacı ya da davalı yana yenilerinin eklenerek davaya devam edilmesi olarak tanımlanmaktadır³¹.

³⁰ Faruk Barış Mutlay, "İşe İade Davalarında Arabuluculuk" (2018) (4) Çalışma ve Toplum, 2129, 2137; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 22) 1078 vd.

³¹ Tolga Akkaya, "Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m.124)", (2015) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 897, 898; Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (İkinci basım, Sevinç Matbaası, 1967) 203; Yavuz Alagonya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usûl Hukuku Esasları* (Tıpkı 8. Baskı, Beta 2011) 123; Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Cilt I (Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin 2021) 514; Ejder Yılmaz, "Davada Taraf Değişikliği" (2009) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınevi, 569, 570; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin 2024) 271-273; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku* (28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. Baskı, Yetkin 2021) 253; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 6) 157. Alagonya, taraflara yenilerinin eklenmesi durumunda tarafta iradi değişiklik hükümlerinin uygulanmasının isabetsiz olduğu görüşündedir. Yavuz Alagonya, "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler" 1969 3 (5) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 124, 165.

Kural olarak davanın açılmasıyla birlikte taraflar belirli hale gelir ve artık değiştirilmesi olanaklı değildir³². Ancak kanun koyucu belirli bazı hallerde özellikle usûl ekonomisi gereği, taraf değişikliğine imkân tanımıştır³³. Zira taraf değişikliği, yargılamaya konu olan uyuşmazlık hakkında yapılan zorunlu usûlî işlemlerin tekrarlanması gereğini ortadan kaldırır ve yargılamanın uzamaması ilkesine hizmet eder³⁴.

Taraf değişikliği HMK md.124 hükmünde “*Tarafta İradî Değişiklik*” başlığı altında açıklanmıştır. Anılan hüküm gereğince, taraf değişikliği karşı tarafın rızası veya hâkimin izni ile belirli bazı hallerde mümkün olabilir. Bir de karşı tarafın veya hâkimin iznine bağlı olmayan “*kanuni*” olarak tarafta değişiklik söz konusu olabilir. Bu nedenle taraf değişikliğini, değişikliğin koşul ve sonuçlarının farklılaşması bakımından kanuni ve iradi taraf değişikliği olmak üzere incelemek yerinde olacaktır.

A. Kanuni Taraf Değişikliği

Kanuni taraf değişikliği, kanunlarda düzenlenmiş olan belirli bazı durumlarda; tarafların talebine veya hâkimin iznine bağlı olmaksızın, dava devam ederken maddi hukukta gerçekleşen olaylara bağlı olarak ortaya çıkan ve yapılması gereken taraf değişikliğidir³⁵. Dava devam ederken taraflardan birinin ölümü halinde -dava konusu hakkın mirasçılara intikal edebilen haklardan olması şartıyla- ölen tarafın yerine mirasçıların geçmesi için davanın hâkim tarafından ertelenmesi gerekir (HMK md.55). Bu halde kanuni taraf değişikliği söz konusu olur. Yine dava devam ederken, davalı tarafından dava konusunun devredilmesi durumunda, davacı davasını devralan kişiye yöneltmek istediği takdirde (HMK md.125/1,a) davada taraf değişikliğinden bahsedilecektir. Benzer şekilde Türk Ticaret Kanunu’nun³⁶ ilgili hükmü gereğince, ticari şirketlerin dava sırasında birleşmesi halinde davaya devralan şirketçe veya devralan şirkete

³² Yılmaz (n 30) 570; Akkaya (n 30) 898.

³³ Akkaya (n 30) 898.

³⁴ S. Serhat Kırtıloğlu, “İradî Taraf Değişikliği ve İradî Taraf Değişikliğinin Sonuçları”, Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds), *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, (C2) (Yetkin 2014) 1287; Akkaya (n 30) 899.

³⁵ Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Hülya, *Medeni Usûl Hukuku Cilt I- Pekcanitez Usûl* (15. Baskı, On İki Levha 2017) 621; Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği* (Yetkin 2014) 104; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 6) 158.

³⁶ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846

karşı devam etmek gerekecektir (TTK md.136). Kanuni taraf değişikliğine örnek teşkil edebilecek bir başka düzenleme; yargılama sırasında borçlu hakkında iflas kararı verilmesi ve müflis tarafın yerine ikinci alacaklılar toplantısından sonra iflas masanın geçmesidir (HMK md.194).

Kanuni taraf değişikliğiyle ilgili bahsedilen durumların tamamının ortak özelliği ve iradi taraf değişikliğinden ayrılan temel nokta, değişikliğin tarafların talebinden veya hâkimin izninden bağımsız olarak, kendiliğinden (ipso iure) gerçekleşmesidir.

B. İradi Taraf Değişikliği

İradi taraf değişikliği, HMK md.124 hükmünde düzenlenmiş olup, tarafların anlaşması veya taraflardan birinin talebi ve hâkimin izni ile gerçekleşen değişikliktir³⁷. Yanılgıdan veya bilgisizlikten dolayı tarafın yanlış veya eksik gösterildiği durumlarda iradi taraf değişikliği yapmak gerekir. Böylelikle usûl ekonomisi ilkesi gereği yerine getirilerek tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinden dolayı davanın reddedilmesi engellenir ve olası hak kayıplarının yaşanmasının önüne geçilmiş olur³⁸. Diğer taraftan dava konusunun hak düşürücü süreye tabi olması durumunda iradi taraf değişikliği kurumu işletilerek bu sürenin aşılmış olması ihtimali ortadan kaldırılabilecektir.

İradi taraf değişikliği; taraflardan birinin davanın tarafı olmaktan tamamen çıkarılarak yerine üçüncü kişi veya kişilerin taraf olarak geçirilmesi şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi davacı veya davalı tarafın yanına üçüncü kişilerin eklenmesi suretiyle de gerçekleşebilir³⁹.

³⁷ İradi taraf değişikliğinin hukuki niteliği ile ilgili olarak öğretide temel iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri, “dava değişikliği”, diğeri “davanın geri alınması” görüşüdür. Dava değişikliği görüşüne göre, taraflar davanın sebebinin bir bölümünü oluşturur ve bu nedenle tarafta yapılan değişiklik esasında yeni bir davadır. Davanın geri alınması teorisine göre ise, önceki tarafın davasını geri alması veya ona karşı açılan davanın geri alınması ve üçüncü bir kişiye karşı yeni dava açılması veya üçüncü kişinin yeni dava açmasıdır. (Kırtıloğlu (n 33) 1288 vd.; Akkaya (n 30) 902; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl I*, (n 34) 642 vd.; Taş Korkmaz (n 34) 203 vd.).

³⁸ Alagonya (n 30) 170 vd.; Yılmaz (n 30) 578; Kırtıloğlu (n 33) 1287; Akkaya (n 30) 898 vd.; Taş Korkmaz (n 34) 38 vd. Aynı yönde YHGK, 20-1124/90, 06.02.2020; 15-2929/544, 08.07.2020, Lexpera Erişim Tarihi: 10.10.2025

³⁹ Baki Kuru ve Buket Aydın, *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I* (2. Baskı, Yetkin) 336; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl I*, (n 34) 631-647; Akkaya (n 30) 898; Taş Korkmaz (n 34) 310. Aksi yönde; Tanrıver, *Usûl I* (n 30) 515. Ayrıca Akkaya, tarafın eksik gösterilmesi ve davalı veya davacı taraf yanına yenilerinin eklenmesi halinde esasen iradi taraf değişikliğinin söz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.124 hükmü gereğince iradi taraf değişikliği karşı tarafın rızası ile veya hâkimin izniyle yapılan değişiklik olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Taraf rızası ile değişiklikte, iradi taraf değişikliğini isteyen tarafın talebi ve karşı tarafın açık rızası yeterli olup başkaca koşul aranmamakla birlikte değişikliğin davalı ve davacı tarafta gerçekleşmesi arasında fark bulunmaktadır⁴⁰. Davalı taraf değişikliğinde, eski davalının rızası gerekli ve yeterlidir. Davacı taraf değişikliğinde ise davalı tarafın rızası yeterli olmayıp, yeni davacı olacak kişi veya kişilerin de rızası olması gerekir. Zira hiç kimse kendi lehine dava açmaya veya açılmış olan davayı sürdürmeye zorlanamaz (HMK md.24/2)⁴¹.

Hâkimin taraf değişikliğine izin verebileceği haller HMK md.124 hükmü gereği üç başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar; maddi hata nedeniyle taraf değişikliği, dürüstlük kurallarına aykırı olmayan değişiklik talebi ve kabul edilebilir yanılığ nedeniyle değişiklik talebidir.

Maddi hata nedeniyle taraf değişikliği esasen, şekli bir düzeltme işleminin ibaret olup, maddi hukuktan kaynaklanan bir taraf değişikliği değildir⁴². Çoğunlukla bir yazım hatasından kaynaklanan bu değişiklik için öğretide “*tarafta düzenlenme*” veya “*tarafta düzeltme*” ifadelerinin kullanılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir⁴³. Örneğin bir davacı veya davalı taraf şirket unvanının sehven “*Ltd.*” yerine “*A.Ş.*” yazılması veya özel ismin harfinin eksik veya fazla yazılması gibi yazım hatalarından kaynaklanan değişiklik maddi hatadan kaynaklanan taraf değişikliğidir. Diğer yandan HMK’nın 304. maddesinde de yazım hatalarının yargılamanın her aşamasında tarafların talebiyle veya mahkemece re’sen düzeltilebileceği hüküm altına alınmıştır⁴⁴.

konusu olmadığını, mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde zaten dava arkadaşlarının davaya dahil edilmesi gerektiğini; ihtiyari dava arkadaşlığı durumunda ise dava arkadaşlarının ayrı ayrı dava açıp, bu davaların birleştirilmesini talep etme imkânları olduğundan iradi taraf değişikliğinin gerekli olmadığını belirtmektedir. (Akkaya (n 30) 917,918)

⁴⁰ İradi taraf değişikliğini isteyen tarafın talebi yazılı veya sözlü olabilir. Diğer yandan rızanın mutlaka açık olması gerekir. Başka bir ifadeyle karşı tarafın susması zımni rıza anlamına gelmez. Akkaya (n 30) 922 vd.; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl I*, (n 34) 644; Taş Korkmaz (n 34) 169 vd.,- 243; Tanrıver, *Usûl I*, (n 30) 514; *Görgün, Börü ve Kodakoğlu* (n 30) 256.

⁴¹ Akkaya (n 30) 904; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl I*, (n 34) 645; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 30) 273; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 6) 160.

⁴² Kırtıloğlu (n 33) 1284; Akkaya (n 30) 905.

⁴³ Akkaya (n 30) 905.

⁴⁴ HMK md.304/1: “*Hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, mahkemece resen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilebilir*”.

Hâkimin izniyle gerçekleşen diğer değişiklik ise, dürüstlük kurallarına aykırı olmayan değişiklik talebidir. Örneğin davacı tarafın özenle ve yeterince araştırma yapmış olmasına rağmen, davalı tarafta yanılması halinde hâkim, dürüstlük kurallarına aykırı olmayan bu talebi kabul edebilir. Ancak “*dürüstlük kurallarına aykırı olmayan*” talebin çok dikkatli değerlendirilmesi gerekir. Bu kavram suistimale açık olup davayı kaybedecek olan tarafın sırf süreci uzatmak adına kullanacağı bir yöntem de olabilir.

Tarafın eksik veya yanlış gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması halinde de hâkim taraf değişikliğine izin verebilir (HMK md.124/4)⁴⁵. Örneğin Yargıtay kararında, nüfus kayıtlarında halen sağ olarak gözüken kişiye karşı dava açılmasının kabul edilebilir bir yanılığa dayandığı belirterek, hâkimin taraf değişikliğine izin verip davanın mirasçılara yöneltilmesi gerektiği yönünde yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁶. Yargıtay bir başka kararında hem maddi hata nedeniyle hem de tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanmasını gerekçe olarak göstererek taraf değişikliğine gidilmesi gerektiği yönünde yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁷. Böylelikle; temsilcide yanılma, resmi kayıtlarda tarafın hatalı gösterilmesi, tüzel kişiliği olmayan topluluğa dava açılması hallerinde kabul edilebilir bir yanılığın söz etmek ve hâkim tarafından bu gibi durumlarda taraf değişikliğine izin verilmesi mümkündür⁴⁸.

İradi taraf değişikliği talebi, ilk derece yargılamasında, yargılama sona erinceye kadar yapılabilir. İstinaf ve temyiz yargılamasında ise iradi taraf değişikliğinin yapılamayacağı belirtilmektedir⁴⁹. Yalnızca maddi hata olarak nitelendirilebilecek yazım hatalarının istinaf ve temyiz yargılamasında düzeltilebilmesi mümkündür.

İradi taraf değişikliğinin yapılan usûl işlemleri açısından sonuçları konusunda öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte, ağırlıklı olarak kabul edilen ve karma görüş olarak nitelendirilen görüşe göre; önceki yargılamadaki usûl işlemlerinin akıbetinin ne olacağı davaya yeni katılan tarafça belirlenmektedir⁵⁰. Başka bir ifadeyle, davaya yeni katılan taraf kendisinden önceki usûl işlemlerinden yararlan-

⁴⁵ Yargıtay 10 HD 1906/156, 13.01.2021, Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025

⁴⁶ Yargıtay 11 HD 6373/9254, 14.05.2014, Legalbank Erişim Tarihi: 20.09.2025.

⁴⁷ Yargıtay 12 HD, 14166/13301, 20.06.2013. Aynı yönde Yargıtay 10 HD, 1818/7298, 10.10.2019; Yargıtay 9 HD, 3381/2353, 02.02.2016, Legalbank Erişim Tarihi: 20.09.2025.

⁴⁸ Akkaya (n 30) 912 vd.

⁴⁹ Akkaya (n 30) 925.

⁵⁰ Konuyla ilgili olarak farklı görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Akkaya (n 30) 930 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 6) 161 vd.

bilmekte ve ayrıca önceki tarafın ileri sürmediği iddia ve savunmalara dayanabilmektedir⁵¹.

III. Tarafta İradi Değişiklik Kuralının Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinde ve Sonrasında Uygulanabilirliği Sorunu

A. Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinde Tarafta İradi Değişiklik

Tarafta iradi değişiklik düzenlemesi, dava açıldıktan sonra davacı veya davalı tarafta değişiklik yapmayı gerektiren durumlarda uygulama alanı bulan yargılama hukukuna ilişkin bir kurumdur. Dava şartı arabuluculuk ise, henüz dava açılmadan başvurulması gereken alternatif bir çözüm yolu olup, yargılamaya dair kuralların uygulanabileceği bir süreç değildir.

İş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk dava şartıdır. İşçi veya işveren, iş ilişkisinden kaynaklanan alacak veya tazminatlarla ilgili olarak dava açmadan önce arabulucuya başvurmalıdır. Arabulucuya başvurulmasının ardından, işverenin karşı taraf hakkında yanlışlığı düşmesi olası olmamakla beraber, işçinin arabuluculuğun tarafı olarak işverenin kim olduğu konusunda bilgisizliği veya yanlışlığı içinde olması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, arabulucuyu konu hakkında bilgilendirmek yeterli olup, arabuluculuk süreci zaten başlamış olduğundan uyuşmazlık konusu talepleri bu aşamada doğru tarafa yöneltmek her zaman mümkündür. Dolayısıyla tarafta iradi değişiklik kurallarının arabuluculuk faaliyeti sürecinde uygulanması söz konusu değildir.

B. Davanın Görülmesi Sırasında Tarafta İradi Değişiklik

Dava şartı arabuluculuğa tabi olan iş uyuşmazlıkları bakımından, dava açıldıktan sonra HMK md.124 kuralının uygulama alanı oldukça daralmıştır. Daha önce de vurgulandığı üzere, dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlıkla ilgili olarak karşı tarafla öncelikle arabuluculuk faaliyeti yürütülmeli, bu faaliyetin anlaşmazlıkla sonuçlanmasının ardından süresi içerisinde dava açılmalıdır. Davanın açılmasından sonra karşı tarafın yanlış belirlendiği anlaşıldığı takdirde, doğru tarafı yargılamaya dahil etmek mevcut arabuluculuk düzenlemesi karşısında mümkün gözükmemektedir. Zira dava şartı arabuluculuğu düzenleyen hüküm gereğince, arabuluculuk faaliyeti yürütülmeden doğrudan dava açılması halinde davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddedilmesi gerekir (HUKAK md.18/A,2).

⁵¹ Kırtioğlu (n 33) 1321; Akkaya (n 30) 933; Pekcanitez/Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl I*, (n 34) 654 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 30) 275; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 6) 162 vd.

İş uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak uygulamada genellikle işçi tarafın, işveren taraf hakkında yanlışlığa düştüğü görülmektedir. Özellikle asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde, adi şirket ortaklığında, şirketler arasında organik bağın tespit edildiği veya tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı durumlarda işçinin, işverenin kim olduğunu tespit etmesi oldukça güçtür. Bu gibi durumlarda işçi dava açıldıktan sonra işveren tarafta yanlışlığa düştüğünü anlasa dahi, doğru tarafla arabuluculuk faaliyeti yürütmemiş olduğundan tarafta iradi değişiklik kuralının uygulanarak doğru tarafın davaya dahil edilmesi mümkün değildir. Bu halde mahkemece dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden reddedilecektir. Mevcut durumda şayet dava açma süresi geçmemişse, işçi yeniden doğru tarafa karşı arabulucuya başvurarak süreci devam ettirebilir.

C. Yüksek Mahkemenin Konuyla İlgili Vermiş Olduğu Kararlar ve Değerlendirilmesi

Yüksek mahkeme son zamanlarda arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olmamasına rağmen, tarafta iradi değişiklik kuralına uygulama imkânı tanıyan kararlar vermiştir. Anılan kararların ortak özelliği dava şartı arabuluculuk düzenlemesi yürürlüğe girmeden önce *“temsilde yanlışlık/hata”* sayılabilecek hallere münhasır olarak uygulanan tarafta iradi değişiklik kuralının, işçinin işverenle ilgili yanlış bilgi veya bilgisizliği dolayısıyla arabuluculuk süreci dava açılmadan önce yürütülmemiş olmasına rağmen, söz konusu kuralın uygulanmasının önünün açılmış olmasıdır.

Yüksek mahkeme kararına konu olan uyuşmazlıkların birinde, Sağlık Bakanlığı'na yönetilmesi gereken husumet, aile hekimine yöneltilmiştir. Yerel mahkeme, dava devam ederken taraf sıfatında yanlışlık sebebiyle Sağlık Bakanlığı'nı davaya dahil edebilmek için davacı tarafa re'sen kesin süre vermiş ve davacı bu süre içinde Bakanlığa karşı arabuluculuk faaliyetine başlamış ve mahkemece Sağlık Bakanlığı davaya dahil edilmiştir. Ancak yerel mahkeme dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olmaması sebebiyle davayı usûlden reddetmiş ve İstinaf mahkemesi de bu kararı onaylamıştır. Kararın temyiz incelemesini yapan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından ise, *“Her ne kadar arabuluculuk faaliyeti sonuçlanmadan taraf değişikliğine dair dilekçe verilmiş ise de, bu durumun, Mahkemece davacıya resen taraf değişikliği için bir haftalık kesin süre verilmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Resen verilen bir haftalık süre içerisinde arabuluculuk faaliyetinin tamamlanması mümkün olmadığından somut olayın koşullarına göre arabuluculuk başvurusunda bulunulmuş olması yeterli görülmeli ve arabuluculuk dava şartının sağlandığı kabul edilmelidir.*

Keza aksi bir kabul Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlali ile mahkemeye erişim hakkının orantısız olarak sınırlandırılması sonucu doğurabilecektir" denilerek kararın oy çokluğuyla bozulmasına karar verilmiştir⁵². Söz konusu karar, davacının mahkemeye erişim hakkı ve bu anlamda mağduriyet yaşamamasına hizmet etmesi bakımından doğrudur. Ancak karşı görüş yazısında da belirtildiği üzere⁵³, arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olmaması karşısında anılan yüksek mahkeme kararının hukuka uygun olmadığı söylenebilecektir⁵⁴.

Yüksek mahkeme incelemesine konu olan bir başka uyuşmazlıkta ise konut kapıcısının, yanlış yöneticiye husumet yönlendirdiği davayla ilgili olarak HMK md.124 gereğince davacı tarafa kesin süre verildikten sonra işin esası hakkında inceleme yapılması gerektiği yönünde karar verilmiştir⁵⁵. Söz konusu kararda

⁵² Yargıtay 9 HD 13746/18101, 27.11.2023. (Yayımlanmamış)

⁵³ " ...önce arabulucuya müracaat, arabulucuda anlaşılamazsa ancak bundan sonra dava şeklindeki kesin ve emredici kuralı ile arabuluculuk dava şartının tamamlanabilir dava şartlarından olmadığına ilişkin kuralı açıkça ihlal edilmiş olacaktır....Eldeki davada 6100 sayılı Kanun'un 124. maddesi işletilerek husumet yöneltilecek dava bakımından dava tarihi 30.11.2021 iken, arabulucuya müracaat tarihi dava tarihinden sonraki bir tarih olan 14.12.2021 tarihidir. Arabuluculuk görüşmesinin anlaşmazlıkla sonuçlandığına ilişkin tutanağın tarihi de yine dava tarihinden sonraki bir tarih olan 30.12.2021 tarihidir ki bu durum yukarıda yer verilen yasal mevzuata açıkça aykırıdır...Her şeyden önce iş mahkemesi, 7036 sayılı Kanun'un yukarıda verilen 9. maddesinin açık hükmü karşısında 7036 sayılı Kanun'un düzenlediği bir hususta 6100 sayılı Kanun hükümlerine gidemez. Yani 7036 sayılı Kanun'un 3 ve 9. maddelerindeki açık düzenlemeler nedeniyle somut olaya 6100 sayılı Kanun'un 115. maddesinin üçüncü fıkrasını uygulayamaz...Sonuç itibarıyla, arabuluculuk dava şartının 6100 sayılı Kanun'un 124. maddesindeki imkân kullanılmadan önce tamamlanmış olmasının yukarıda değinilen mevzuat karşısında sonucu değiştirmeyeceği ve davanın usûlden reddine karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu, temyizen incelenen kararda da aynı sonuca ulaşıldığından kararın onanması gerektiği şeklindeki hukuki ve vicdani kanaatim nedeniyle aksi yöndeki sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum". Yargıtay 9 HD, 13746/18101, 27.11.2023. (Yayımlanmamış).

⁵⁴ Aynı yöndeki yüksek mahkeme kararları için bkz. Yargıtay 9 HD, 7355/10412, 26.09.2022; 14704/16845, 12.12.2022, Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025.

⁵⁵ Yargıtay 9 HD, 943/1636, 07.02.2023: "10. Bölge Adliye Mahkemesince; dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin kat maliklerini temsil yetkisine sahip yönetici ile yapılmadığı hâlde yönetici aleyhine husumet yöneltilerek dava açıldığından bahisle dava şartının gerçekleşmediği kabul edilmiş ise de davacı işçinin kat maliki ... ile dava konusu asgari geçim indirimi alacağı dışındaki tüm alacaklar yönünden arabuluculuk sürecini işlettiği anlaşılmış olup bu nedenle kat maliki ... yönünden asgari geçim indirimi alacağı dışındaki tüm alacaklar için arabuluculuk dava şartının yerine getirildiği kabul edilmelidir. Ancak kabul edilebilir bir yanılığa dayandığı anlaşılan hatasından kaynaklı olarak davacı vekiline 6100 sayılı Kanun'un 124 üncü maddesine göre taraf değişikliği için kesin süre verilmeli ve daha sonra işin esası incelenmelidir". Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025.

arabuluculuk faaliyeti ile ilgili nasıl bir yol izlendiği açıklanmamakla birlikte, kararın şu halde yine arabuluculukla ilgili kanuni düzenlemeye uygun olmadığı söylenebilecektir.

Konuyla ilgili olarak, şirketler arasında organik bağın tespit edilerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerektiği bir davada yüksek mahkemenin vermiş olduğu karara değinmek gerekir. Karara konu uyuşmazlıkta, davacı işçi tarafından aralarında organik bağ olan iki şirketten yalnızca birine karşı arabuluculuk faaliyeti yürütülmüş olmasına rağmen dava her iki şirkete karşı yöneltilmiştir. Bölge adliye mahkemesi davalı şirketler arasında organik bağın bulunduğunu ve bunun kötüye kullanıldığını tespit ederek, her iki şirketin sahibinin aynı kişi olması ve arabuluculuk görüşmelerine bu kişinin katılması dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti yürütülmeyen şirket için de arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmiş olduğunu isabetle kabul etmiş ve her iki şirketi gerek işçilik alacakları gerekse işe iade talebinden müteselsilen sorumlu tutmuştur⁵⁶. Davaya konu uyuşmazlıkta birden fazla şirket görüntüsünün arkasına gizlenen aslında tek bir şirket mevcuttur. Bu bakımdan şirketlerin sahibinin aynı kişi olması ve bu kişiyle arabuluculuk faaliyetinin yürütülmüş olması diğer şirketin sorumlu tutulması bakımından yeterli görülmelidir. Diğer yandan buna benzer şekilde aralarında organik bağ bulunan ve bunun kötüye kullanıldığı durumlarda veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek durumlara münhasır olarak, arabuluculuk faaliyeti yürütülmeyen şirketleri davaya dahil edebilmek için arabuluculuğun tamamlanabilir olmasına imkân tanıyacak kanuni düzenleme yapılmalıdır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ise bölge adliye mahkemeleri arasında arabuluculuğun tamamlanabilir olup olmadığıyla ilgili çıkan uyuşmazlıkta Yargıtay, asıl işveren veya alt işverenden yalnızca

⁵⁶ Kayseri 7 BAM, 1292/898, 06.10.2020: “Ticaret Sicil Gazetesindeki ilana göre F2 şirketinin tek ortağının K5 olduğu görülmüştür. Arabuluculuk müzakerelerine de şirket yetkilisi olarak K5 katıldığı görülmüştür. Şu halde K5’in her iki şirketin sahibi olduğu arabuluculuk tutanağının her iki şirket yönünden de yapılmış olduğunun kabulü gereklidir. Zaten çalışanlar uygulamada çoğu kez sigortasının hangi şirket veya şahıs üzerinde olduğunu takip imkânı bulamamakta veya bazen işçilerin haklarını veya iş güvenliği hükümlerini bertaraf etmek için girdi çıktı yapılmakta veya aynı işyerinde çalışanların farklı firmalara kaydı yapılmakta, çoğu kez çalışan sigortasının hangisi üzerinde olduğunu takip etmekte güçlük çekmekte veya işten çıkarılma korkusu ile bu duruma ses çıkarmamaktadır. Bu durumlardan çalışanların sorumlu tutulması hukuka ve hakkaniyete uygun düşmez. İşçi kendisini çalıştıran kişi veya kişileri bilmektedir. O halde, gerçek çalıştırmanın sorumlu tutulması gerektiği açık ve doğaldır”. Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025.

birine karşı açılmış bulunan davada diğerini dahil etmenin mümkün olmadığı yönünde uyuşmazlığın giderilmesine karar vermiştir⁵⁷. Yüksek mahkemenin kararına dayanak teşkil eden ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu durumda arabuluculuğa başvurulduğunda anlaşmanın gerçekleşebilmesi için her iki işverenin görüşmelere birlikte katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması gerektiği yönündeki İMK md.3/15 hükmü⁵⁸ Anayasa Mahkemesi tarafından oy çokluğuyla iptal edilmiştir⁵⁹. Söz konusu hükmün yürürlükte bulunduğu dönemde, -hüküm lafzından yalnızca anlaşmanın gerçekleşebilmesiyle sınırlı olarak her iki işverene birlikte başvurulması gerektiğine dair bir anlam çıksa da-, hüküm alt işverenliği düzenleyen İK md.2 ile birlikte değerlendirildiğinde işçinin gerek işe iade talebi gerekse alacak hakkını her iki işverenden talep edebilmesi bakımından arabuluculuk faaliyetini mutlaka hem asıl hem de alt işverene karşı birlikte yürütmesi gerektiği söylenebilirdi. Zira asıl işveren veya alt işverenden yalnızca birine karşı yürütülmüş arabuluculuk faaliyeti söz konusu ise; işçi yalnızca arabuluculuk faaliyeti yürütmüş olduğu işverene karşı dava açabilecek diğer işvereni davaya dahil etmesi mümkün olmayacaktı.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu olan başvuru dilekçesinde benzer noktalara dikkat çekilmiştir. Başvuru dilekçesinde özetle; “... İş sözleşmesi feshedilen işçinin bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmasının yasal yükümlülük olarak öngörüldüğü, bu başvurunun işe iade davası açılabilmesi bakımından dava şartı niteliği taşıdığı, itiraz konusu kuralla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde arabuluculuk başvurusunun her ikisine birden yapılması şartı getirilmesinin işçiye asıl işvereni araştırma külfeti yüklediği, söz konusu ilişkinin tespitinin bazı durumlarda mümkün olmayabileceği, bu ilişkinin

⁵⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemeleri arasındaki uyuşmazlığı gidermek üzere vermiş olduğu kararında, asıl işveren - alt işverenin şekli mecburi dava arkadaşı olmalarından bahisle, yalnızca birine karşı yürütülmüş bir arabuluculuk faaliyetinin ardından diğerine karşı dava açılmasını veya sonradan davaya dahil edilmesinin mümkün olmadığı kanaatiyle asıl veya alt işverene karşı arabuluculuk faaliyeti yürütülmeden açılmış bulunan davanın reddedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Yargıtay 9 HD, 9540/14240 13.10.202, Lexpera Erişim Tarihi: 20.09.2025). Uyuşmazlığın giderilmesi kararından sonra ise bölge adliye mahkemeleri, yüksek mahkemenin kararı doğrultusunda hüküm tesis etmiştir. (İzmir BAM 1338/1800, 12.09.2024; Samsun BAM, 1650/1547, 11.09.2024; Adana BAM, 1008/1287, 18.07.2024; İstanbul BAM, 1490/1494, 05.09.2024 Yayınlanmamış).

⁵⁸ İMK md.3/15: “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır”.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2024/157 K 2025/121, 03.06.2025.

yargılama safhasında tespit edilmesi durumunda ise arabulucuya başvuru şartı gerçekleşmediği için davanın usûlden reddedileceği, bu durumun adil yargılanma hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu" belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu hükmün getiriliş amacına uygun olduğu ancak orantılılık ilkesine ters düştüğü ve bu nedenle Anayasanın 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili hükmün oy çokluğuyla iptal edilmesine karar vermiştir: *"Gerekli olduğu tespit edilen kuralın orantılı olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Kural, işçinin asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin var olması durumunda asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte arabulucuya başvurulmasını zorunlu kılarken işçiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile asıl işveren ve alt işvereni araştırma yükümlülüğü getirmektedir. İşçinin asıl işveren ve alt işveren ilişkisinden haberdar olması mümkün olduğu gibi -asıl işveren ve alt işverenin aralarındaki hukuki ilişkiyi alenileştirmesinin zorunlu olmadığı dikkate alındığında- asıl işveren-alt işveren ilişkisinden haberdar olmaması da ihtimal dâhilindedir. Kuralda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden habersiz olan ve bu nedenle gerçek işveren olarak tespit ettiği kişiye karşı arabulucuya başvuran ve sonrasında işe iade davası açan işçiye asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması durumunda davayı devam ettirme imkânı tanınmamıştır"*. Bundan sonraki süreçte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade ve alacak talepli davalar bakımından birlikte başvuru şartının aranmadığını söylemek mümkündür. Ancak her halde dava ya dahil edilecek taraf bakımından arabuluculuk sürecinin yürütülmüş olması gerektiğinin unutulmaması gerekir.

İşçinin yanılmasına sebebiyet verebilecek ve işe iade ile bunun parasal sonuçlarından müteselsilen sorumlu olunan diğer işveren yapıları ise birlikte işverenlik, adi ortaklık, mesleki olmayan geçici iş ilişkisi olarak sıralanabilir. Söz konusu yapıların taraf olduğu uyuşmazlıklarda işçinin bilgisizliği veya yanlış bilgisi nedeniyle işverenin eksik veya yanlış gösterdiği durumlarda düzenlemesi karşısında tarafta iradi değişiklik kuralının uygulanması hukukun mümkün olmamakla birlikte, Yargıtay'ın yukarıda bahsi geçen kararlarında bu kuralı esnettiği görülmektedir. Şu halde yapılması gereken, dava şartı arabuluculuk kuralının adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı önünden engel teşkil ederek mağduriyetlere yol açmaması bakımından; tarafta yanılma, tarafın eksik veya yanlış gösterilmesi hallerine münhasır olarak tamamlanabileceği yönünde yeni bir kanuni düzenleme yapılmasıdır.

Sonuç

İş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi amaçlanan hızlı ve etkin uyuşmazlık çözümünün yanında bazı yapısal ve uygulama sorunlarını da beraberinde getirmiştir. Bu sorunların en önemlilerinden biri, çalışmamızın konusunu oluşturan tarafta iradi değişiklik kuralının (HMK md.124) işlevsiz hale gelmesi ve özellikle işçinin işverenin kimliği konusunda yanılması halinde ciddi hak kayıplarının ortaya çıkma olasılığıdır.

Dava şartı arabuluculuk düzenlemesi, kanuni sistematik gereği “tamamlanabilir dava şartı” niteliğinde değildir. Bu nedenle dava açıldıktan sonra, davacının yanılığısından kaynaklanan taraf değişikliği talepleri; doğru tarafla arabuluculuk faaliyeti yürütülmemiş olması sebebiyle kural olarak kabul edilememekte, yargılama usûlden reddedilmektedir. Bu durum hem usûl ekonomisi ilkesine, hem de hak arama özgürlüğüne aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Özellikle alt işverenlik, organik bağ, adi ortaklık, birlikte işverenlik gibi yapılar nedeniyle işverenin belirlenmesinin güç olduğu uyuşmazlıklarda işçinin yanılması çoğu zaman kaçınılmazdır.

Son yıllarda Yargıtay’ın temsilcide/tarafta yanılma, kabul edilebilir yanılığ ve organik bağın varlığı gibi durumlarda arabuluculuğun tamamlanabilir olduğu yönünde daha esnek kararlar vermesi, uygulamadaki mağduriyetleri önlemeye yönelik önemli adımlar olmakla birlikte normatif açıdan hukuki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Yüksek mahkeme, mahkemeye erişim hakkını esas alarak işçinin yanılığını mazur görmekte; ancak bu yaklaşım, arabuluculuğun tamamlanabilir olmadığına ilişkin açık kanun hükmüyle çatışmaktadır. Bu sebeple Yargıtay içtihadının istikrar kazanmadığı ve farklı dairelerde farklı değerlendirmelerin ortaya çıkabildiği görülmektedir.

Bu noktada sorun bir içtihat sorunu değil, kanuni boşluk sorunudur. Tarafta iradi değişiklik kuralı ile dava şartı arabuluculuk arasındaki uyumsuzluk, mevcut mevzuat yapısıyla çözülebilir değildir. İşçinin yanılığının kaçınılmaz olduğu işverenlik ilişkilerinde, doğru tarafa ulaşabilmek için mahkemenin HMK md.124 kapsamında taraf değişikliğine izin verebilmesi hukuken zorunludur. Aksi halde dava şartı arabuluculuk kurumu, iş hukukunun özüne aykırı şekilde işçinin adalete erişimini kısıtlayan katı bir formaliteye dönüşmektedir.

Bu nedenle çözüm önerimiz, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesine açık bir fıkra eklenerek, “temsilcide hata, kabul edilebilir yanılığ veya tarafın eksik/yanlış gösterilmesine” münhasır olmak üzere dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir hale getirilmesi ve hâkimin HMK md.124 uyarınca taraf değişikliğine

izin verebilmesine olanak verecek yeni bir düzenleme yapılmasıdır. Böylelikle hem işçinin korunması ilkesi gözetilecek, hem de Yargıtay'ın son dönemde verdiği genişletici kararlar normatif zemine oturtularak hukuki güvenlik sağlanacaktır.

Sonuç olarak, dava şartı arabuluculuk ile tarafta iradi değişiklik kurumu arasındaki çatışma, kanun koyucunun müdahalesini gerekli kılmaktadır. Bu uyumlaştırma gerçekleştirilmediği sürece hem uygulamada belirsizlikler sürece hem de işçinin hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı bakımından ciddi sorunlar doğmaya devam edecektir.

Kaynakça

- Alagonya Y, “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, (1969) 3 (5) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 124-190
- -, Yıldırım K ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usûl Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta 2011)
- Alpagut G, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, (2018) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları 111-131
- Akkaya T, “Medeni Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği (HMK m.124)”, 2014 16 (Özel Sayı-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 897-942
- Akyiğit E, *Toplu İş Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022)
- Anderson D Q, “Mediation Ethics: From Theory to Practice, Field, Rachel and Crowe, Jonathan, Edward Edgar Publishing”, (2020) 39 (1) Published in Conflict Resolution Quarterly 67-74
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usûl Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin 2024)
- Bilge N, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, (İkinci Basım, Sevinç Matbaası 1967)
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Civan O E, Manav Özdemir E, Savaş Kutsal B ve Evcimen A, *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 2023)
- Bulur A, “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Çözüm Önerisi” (2010) (89) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 196-241
- Canbolat T, “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, (2018) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları 95-110
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36. Bası, Beta 2023)
- Çil Ş, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İMK Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi* (Yetkin 2018)
- Dür O, *Arabuluculuk Faaliyet ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri* (Yetkin 2018)
- Ekmekçi Ö, Özkes M ve Atalı M, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (On İki Levha 2018)
- Görgün Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, *Medeni Usûl Hukuku* (28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. Baskı, Yetkin 2021)
- Güzel A, “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem. “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım I)”, (2019) Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan 11-90

- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü- Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Seçkin 2003)
- Kaufman S and Duncan T G, "A Formal Framework for Mediator Mechanisms and Motivations", (1992) 36 (4) *Journal of Conflict Resolution* 688-708
- Kekeç E K, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (6325 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet 2016)
- Kırtıloğlu S S, "İrادی Taraf Değişikliği ve İrادی Taraf Değişikliğinin Sonuçları", (2014) 2 (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan) 1279-1324
- Köme Akpulat A, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri* (On İki Levha 2018)
- Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I* (2. Baskı, Yetkin 2021)
- Küçükaya H G, *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk* (On İki Levha 2023)
- Manav Özdemir E, "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri" (2015) (4) *Çalışma ve Toplum* 185-222
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion 2022)
- Mutlay F B, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, (2018) Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi (Ed Centel T, No.7) 23-173 (*Zorunlu Arabuluculuk*)
- - "İşe İade Davalarında Arabuluculuk" (2018) (4) *Çalışma ve Toplum* 2129-2154 (*İşe İade*)
- Oğuz Ö, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (Legal 2019)
- Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin 2013)
- Özekes Ö, "İşe İade Davalarında Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk", (2018) (138) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 273-316
- Özel S, "Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi", (2020) 40 (2) *Public and Private International Law Bulletin* 867-902 (<https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/ppil/article/zorunlu-arabuluculugun-adalet-erisim-hakki-ercevesinde-irdelenmesi>) Erişim Tarihi: 01.09.2025
- Özkaraca E ve Ünal C, "Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması", (2019) (42) *Sicil İHD* 16-41
- Pekcanıtez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, *Medeni Usûl Hukuku Cilt I- Pekcanıtez Usûl* (15. Baskı On İki Levha 2017) (*Pekcanıtez Usûl I*)
- -, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (12. Baskı, On İki Levha 2024)
- Sümer H H, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin 2021)
- Tanriver S, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", (2006) (64) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 151-177 (*Alternatif Çözüm Yolları*)

- -, *Medeni Usûl Hukuku-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Cilt I (Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin 2021. (*Usûl I*)
- -, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yetki 2022) (*Arabuluculuk*)

Taş Korkmaz H, *Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği* (Yetkin 2014)

Tuncay A C, Savaş Kutsal B ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Hukuku* (Revize Edilmiş 8. Baskı, Beta 2023)

Uşan F, Erdoğan E ve Erdoğan C, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması* (İntes 2021)

Yılmaz E, “Davada Taraf Değişikliği”, (2009) Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan (Adalet 2009) 569-596.

Elektronik Kaynaklar

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>>

Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası <<https://legalbank.net/arama>>

Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Hükümlerinin Yeni Tip Gemilere Uygulanması Üzerine Bir İnceleme^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER^(**)

Arş. Gör. Muharrem ÖCAL^(***)

Öz

Yaklaşık on senedir birçok farklı proje kapsamında geliştirilen yeni tip gemiler, deniz hukukunun yerleşik birçok kuralını yeniden değerlendirmeye açmaktadır. Projelerin önemli bir kısmında, geminin yüksek otonomi seviyelerinde işletilebilmesi, gemi üzerinde kurulması gerekebilecek insan yönetiminin, kontrol merkezi aracılığıyla gerçekleştirilmesi ve geminin mürettebatsız sefer yapabilmesi öngörülmektedir. Bu durum, deniz idare hukukunun temel kaynaklarından olan ve denizde can ve mal güvenliğini sağlama amacı sebebiyle oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun (DCMK) bakımından dikkate değer bir nitelik taşımaktadır. Nitekim DCMK'nin hükümlerinin yarıdan fazlası kaptan veya diğer mürettebata ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle, bu çalışmada, DCMK hükümleri yeni tip gemilere uygulanabilme kabiliyeti yönünden, ilgili mevzuat

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 23.05.2026.

Atıf Şekli: Selim Cığır ve Muharrem Öcal, 'Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Hükümlerinin Yeni Tip Gemilere Uygulanması Üzerine Bir İnceleme' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 885,930.

DOI: 10.52273/sduhfd..1922152.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta-Türkiye.

E-posta: selimciger@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-7546-7612.

^(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta-Türkiye.

E-posta: muharremocal@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-6540-9494.

hükümleri ve doktrindeki görüşler de dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirme neticesinde, her ne kadar DCMK'nin bazı maddelerinin lafzı itibarıyla yeni tip gemilere uygulanabilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmışsa da, özellikle liman çıkış belgesi verilmesi gibi esaslı hususları düzenleyen maddelerin mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemiler bakımından problem teşkil etmeye müsait olduğu görülmüştür. Dolayısıyla DCMK'nin hükümlerinin büyük çoğunluğunun, yeni tip gemilerle uyumlu olmadığı ve hatta, kural olarak, yeni tip gemilerin Türk karasuları ve liman bölgelerinde sefer yapmasına engel oluşturabileceği söylenebilir. Bununla beraber, DCMK m. 6/2 vasıtasıyla, DCMK uygulamasında yeni tip gemiler bakımından bazı istisnalar getirmek ve böylece yeni tip gemilere ilişkin ar-ge faaliyetleri kapsamında deneme seferleri gerçekleştirilmesi gibi bazı hazırlıklar için bir hukuki çerçeve tesis etmek yolu açık görünmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yeni Tip Gemiler, Otonom gemi, Kontrol Merkezi, Mürettebatsız Gemiler, DCMK, Liman Çıkış Belgesi.

Law regarding the Protection of Life and Property at Sea and Autonomous Vessels

Abstract

Autonomous vessels are designed to operate at higher degrees of autonomy and without crew. This shift challenges established principles of maritime law, particularly the Law on the Protection of Life and Property at Sea (LPLPS), one of the main sources of Turkish maritime administrative law. Since more than half of the LPLPS provisions explicitly relate to the duties and presence of the master and crew, this study aims to evaluate the applicability of said provisions to these new types of vessels. The findings reveal that while some articles appear applicable based on their literal interpretation, provisions governing essential operational requirements, most notably the issuance of a port clearance certificate, pose significant legal hurdles for unmanned vessels. Consequently, it is concluded that the majority of LPLPS provisions are incompatible with these new types of vessels and it is not possible for these new types of vessels to operate in Turkish territorial waters and port zones. However, it is argued here that Article 6/2 of the LPLPS might prove to be a crucial exception, allowing autonomous vessel trials or research and development activities in Turkish waters, thereby facilitating technological progress within the legal framework.

Keywords

Autonomous Vessels, Remote Control Centre, Unmanned vessels, LPLPS, Port Clearance Certificate.

Extended Summary

This article examines the applicability of the provisions of the *Law on the Protection of Life and Property at Sea (LPLPS)* to autonomous vessels. These new types of vessels, whose initial prototypes were developed approximately a decade ago and which possess characteristics distinct from conventional ships, are equipped with capabilities such as autonomous navigation, remote control, and unmanned operation through new technologies. The unmanned operation of these new types of vessels are especially relevant regarding the application of LPLPS, which is one of the primary sources of Turkish maritime administrative law and has an extensive field of application due to its principal objective of ensuring the safety of life and property at sea. Indeed, the LPLPS, enacted to establish a legal basis for the public inspection of maritime law and to define the general framework for matters subject to such inspection, constitutes one of the primary sources of Turkish maritime administrative law, alongside the Law on Ports. Therefore, the LPLPS is of paramount importance with regard to the assessments made concerning the operation of new types of vessels in Turkish territorial waters and port zones.

A substantial portion of the LPLPS provisions contain regulations regarding the master and the crew, and these provisions naturally assume that these persons are on board the ship. Although there is no specific definition of “*master*” or “*crew*” in the LPLPS, it is understood from Art. 1/f, which defines the concept of “*passenger*” by stating that the master and crew are among the persons present on the ship, and Art. 9, which refers to the duty of the master and deck officers to be on watch on the bridge, that these specified persons must be present on board. This is also consistent with other regulations in Turkish law, where the master is defined as “*the person who navigates and commands the vessel*” in broad terms and is deemed as a member of the crew who work on board. Therefore, although it can be argued that control center operators and personnel take part in the navigation and management of the ship and be deemed as functionally equivalent to the master and crew serving on conventional ships, it is not possible to consider these persons as “*master*” or “*crew*” within the context of the LPLPS provisions. For this reason, the provisions of the LPLPS that refer to the duties and powers of the master or crew, or those explicitly envisage the presence of these persons on board, lack the capability of being applied to unmanned vessels. Along with other existing problems, it should be noted that this issue constitutes a fundamental constraint for the application of the LPLPS provisions to new type of vessels.

In accordance with the analysis conducted in this article, the provisions of the LPLPS have been classified into three categories based on their applicability to new type of vessels, as applicable, partially applicable, and inapplicable provisions. As a result of the evaluation, it was concluded that new types of vessels possess the characteristics of a “*vessel*” and “*trading vessel*” within the scope of the LPLPS, and that “*seaworthiness certificates*” can be issued to unmanned vessels pursuant to Art. 3, 4, and 5 of the LPLPS and related secondary legislation. However, it has been determined that many provisions, including those regulating the duties of the master or crew regarding the navigation and management of the ship or those providing for administrative and criminal sanctions in case of non-compliance, can neither be

applied partially or completely. More importantly, it was found that “*port clearance certificates*” cannot be issued to unmanned vessels, except through the application of exceptions that may potentially be established under Art. 6/2 of the LPLPS. Consequently, the article demonstrates that the majority of the LPLPS provisions are incompatible with new type of vessels and that, as a general rule, it is not possible for these ships to operate in Turkish territorial waters and port zones.

The problems identified regarding the application of the LPLPS to these new type of vessels demonstrates that the current legal framework requires comprehensive reform. Regardless, whether the time is right for such reform is a moot point: The new rules would necessitate fine tuning, addressing the specific needs and requirements of autonomous vessels, however, these are still yet to begin operation on a wide scale despite the recent developments. Furthermore, the subject will inevitably require regulation at international level, notably through the IMO MASS Code which currently remains incomplete. Consequently, awaiting international consensus and more clarity regarding technical operation of new technologies is preferable to implementing piecemeal domestic solutions. Nevertheless, this necessary delay does not preclude the current legal framework from accommodating R&D work and autonomous vessel trials. The authority provided in Article 6/2 of the LPLPS allows the Administration to permit autonomous vessels to navigate Turkish waters and establish operational guidelines by way of exceptions, serving as a vital interim mechanism for facilitating technological progress.

Giriş

On seneye yakın süredir devam eden ar-ge çalışmaları dikkate alındığında, 2026 yılının, yeni tip gemilere ilişkin gelişmelerin hızlandığı bir yıl olması beklenmektedir. Gerçekten de 2025 yılı içerisinde pek çok otonom geminin deneme seferlerinin başarıyla sonuçlandığına¹, başta Japonya² ve Norveç³'te olmak üzere yüksek otonomi seviyelerinde işletilebilen gemilerin faaliyete geçtiğine ve aralarında Almanya⁴ ve İtalya'nın⁵ da bulunduğu çok sayıda ülkenin yeni tip gemilere ilişkin somut hazırlıklara başladığına işaret etmek mümkündür. Yine geçtiğimiz yıl içerisinde aralarında DNV'nin (*Det Norske Veritas*) ve RINA'nın (*Registro Italiano Navale*) bulunduğu bazı klas kuruluşları bu türden gemiler için tasarlanan otonom gemi klas notasyonları oluşturmuştur.⁶ Ayrıca, IMO'nun 2019'dan bu yana süren çalışmaları uyarınca hazırlanmakta olan otonom gemilere ilişkin düzenleme taslağının 2026'nın ilkbahar aylarında tamamlanarak, kabul edilmesi beklenmektedir.⁷ Başlangıçta ihtiyari nitelikte olacak düzenlemelerin tamamlanmasını yaklaşık iki senelik bir tecrübe safhasının izleyeceği öngörülmekte ve bu sürecin sonunda elde edilen veriler ışığında düzenlemenin

¹ Örnek için bkz. 'Autonomous Ships Crossing Oceans, A Signal Flare for the Future of Maritime Shipping' (2025) <<https://www.maritimekr.com/2025/10/02/autonomous-ships-crossing-oceans-a-signal-flare-for-the-future-of-maritime-shipping/?ckattempt=2>> Erişim Tarihi 2 Mart 2026.

² 'World's first autonomous passenger ship to start service in Japan' (2025) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2025/12/11/japan/worlds-first-autonomous-passenger-ship/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2026.

³ 'Reach vessel approved for fully autonomous operations in Norway' (2025) <<https://smartmaritimenetwork.com/2025/10/14/reach-vessel-approved-for-fully-autonomous-operations-in-norway/>> Erişim Tarihi 4 Mart 2026.

⁴ 'Full steam ahead for autonomous shipping' (2024) <<https://www.dlr.de/en/media/publications/magazines/all-digital-magazines/dlrmagazine-174/full-steam-ahead-for-autonomous-shipping>> Erişim Tarihi 5 Mart 2026.

⁵ 'Autonomous ships test range under construction in Italy' (2025) <<https://navisp.esa.int/news/article/Autonomous%20ships%20test%20range%20under%20construction%20in%20Italy>> Erişim Tarihi 6 Mart 2026.

⁶ 'DNV launches class notations to provide framework for safe development of autonomous shipping technologies' (2025) <<https://www.dnv.com/news/2025/dnv-launches-class-notations-to-provide-framework-for-safe-development-of-autonomous-shipping-technologies/>> Erişim Tarihi 7 Mart 2026; 'Maritime Autonomous Surface Ships class notation' <<https://www.rina.org/en/maritime-autonomous-surface-ships-class-notation>> Erişim Tarihi 7 Mart 2026.

⁷ 'Autonomous shipping' <<https://www.imo.org/en/mediacentre/hottopics/pages/autonomous-shipping.aspx>> Erişim Tarihi 8 Mart 2026.

bağlayıcı hale getirilmesi için çalışmalara başlanarak, nihai düzenlemenin 2030 yılında tamamlanması planlanmaktadır.⁸

Konu hukuki perspektiften ele alındığında, mevcut hukuk düzeninin yeni tip gemilere uyumu esaslı bir soru işareti teşkil etmektedir. Hâlihazırda hem Türk hukuku hem de karşılaştırmalı hukuk bakımından pek çok farklı hukuki düzenlemenin bu bakımdan incelenerek, kapsamlı değerlendirmelere konu olduğu görülmektedir. Buna karşılık, Türk denizcilik mevzuatı içerisinde, deniz idare hukukunun temel kaynaklarından biri konumunda bulunması sebebiyle öncelikli olarak incelenmesi gereken düzenlemelerden birini teşkil etmesine rağmen, 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun⁹ (DCMK), bugüne kadar yeni tip gemiler bağlamında kapsamlı şekilde ele alınmadığı göze çarpmaktadır.

Bu çalışmayla, DCMK hükümlerinin incelenerek, yeni tip gemilere uygulanma kabiliyetinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, öncelikle dünyada ve Türkiye’de yeni tip gemilere ilişkin güncel gelişmeler ele alınarak, DCMK’nin mevzuattaki yeri ve önemi ile bağlantılı şekilde, yeni tip gemiler bakımından DCMK’nin rolü ve önemi üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise, DCMK hükümlerinin yeni tip gemilere uygulanması incelenerek, bu bağlamda ortaya çıkması beklenebilecek problemler tespit edilecektir. Nihayet, DCMK’nin yeni tip gemilere ilişkin uygulaması bakımından muhtemel sorunların çözümüne ilişkin bazı öneriler sunulacak ve genel bir değerlendirmeye çalışma sona erecektir.

I. Yeni Tip Gemiler

A. Kavram ve Terminoloji

İlk prototipleri yaklaşık on sene önce oluşturulan ve hâlihazırda kullanılan gemilerden farklı olarak yeni teknolojiler vasıtasıyla kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirmek, uzaktan kontrol edilebilmek ve mürettebatsız şekilde işletilebilmek gibi kabiliyetleri haiz bulunan yeni tip gemiler, bu çalışmanın konusunu teşkil etmektedir.¹⁰ Kavramın ortaya çıkışından bu yana, bu tür gemiler dokt-

⁸ ibid.

⁹ Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4922, Kabul Tarihi: 10.06.1946, RG 14.06.1946/6333.

¹⁰ Selim Ciğer, ‘Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO’nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler’ (2024) 82 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1135, 1141.

rinde “akıllı gemi”, “insansız/mürettebatsız gemi” veya “otonom gemi” gibi farklı isimlerle adlandırılmıştır.¹¹ Tam bir terim birliğinden bahsetmek mümkün olmasa da IMO (*International Maritime Organization*) tarafından “değişen seviyelerde de olsa, insan etkileşiminden bağımsız olarak işletilebilecek gemiler” şeklinde tanımlanan “otonom gemi” teriminin doktrinde bir çatı kavram olarak benimsendiği görülmektedir.¹² Başka bir çalışmamızda, “konvansiyonel gemilere göre büyük farklılıkları bulunan, değişen seviyelerde otonomi ve uzaktan kontrol kabiliyetleri gibi yeni teknolojilere sahip, mürettebatlı veya mürettebatsız şekilde işletilebilecek” olan bu tür gemileri geniş ve basit şekilde ifade etmek için “yeni tip gemi” kavramını önermekle birlikte, yarı otonom ve tam otonom gemileri bir bütün olarak ifade eden otonom gemi kavramını da reddetmeyecek, bazı çalışmalarımızda kullanmıştık.¹³

Bu çalışma bakımından ise “otonom gemi” terimi ile “yeni tip gemi” terimi arasında ayrıma gitmek gerektiği görüşündeyiz. Zira önceki çalışmalarımız bakımından incelemenin odak noktasını oluşturan gemiler büyük ölçüde, hâlihazırda deniz ticaretinde farklı ülke limanlarını içeren rotalarda sefer yapan yük gemilerinin yerini alacak, ticaret gemilerinden teşekkül etmektedir.¹⁴ Bu tür gemilerin rutin işleyişinde seferde geçirdiği süreler ve kıyı ile limandan uzaklığı dikkate alındığında ise, söz konusu gemilerin yüksek otonomi seviyelerinde işletilebilme kabiliyeti bulunması gerekeceğini varsaymak gerekir. Dolayısıyla değişken otonomi prensibi uyarınca sefer sırasında kısıtlı otonomi ve üzeri otonomi seviyelerine çıkabilecek bu gemilerin “otonom gemi” kavramı ile tarif edilmesi olanaklıdır. Ancak, aşağıda görüleceği üzere¹⁵, DCMK’nin düzenlenme amaçlarına paralel olarak oldukça geniş bir uygulama alanı bulunması nedeniyle, bu makalede incelenen gemiler için böyle bir öngöründe bulunmak mümkün değildir. Nitekim, DCMK uzak yol seferi yapan yük gemilerine uygulanabileceği

¹¹ ibid 1139-1140. Terminoloji hususunda güncel bir inceleme için bkz. İlknur Uluğ Cicim ve İrem Banu Başer Öcal, ‘Türk Hukukuna Göre Otonom Gemi Uzaktan Kontrol Merkezi Personelinin İş Sözleşmesine Uygulanacak Kanunun Belirlenmesi’ (2025) 27 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511, 516-517.

¹² CİĞER (n 10) 1139-1140; aynı yönde bkz. Ceren Cerit Dindar, ‘Autonomous Ships and Time Charterparties’ in James Kraska and Khamssa Lagdani (eds), *Marine Technology, Ocean Development and the Law of the Sea* (Cambridge University Press 2026) 39, 42.

¹³ CİĞER (n 10) 1141.

¹⁴ Selim CİĞER, ‘Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tip Gemiler: Beşinci Kitap Hükümleri Üzerine Bir İnceleme’ (2025) (DEHUKAM 10. Yıl Özel Sayısı) DEHUKAM Deniz Hukuku Dergisi 29, 41.

¹⁵ Bkz. dpn. 67.

gibi, liman sınırları içerisinde faaliyet gösteren römorkör, kılavuz kaptan botları, atık alım teknesi veya yangın söndürme gemisi gibi çeşitli hizmetler için kullanılan yardımcı gemilere de uygulanabilmektedir. Bu türden yardımcı gemilerin, yeni tip gemi teknolojilerine adaptasyon süreci bakımından öncü rol oynadıkları¹⁶ ve uzaktan kontrol teknolojileri vasıtasıyla kıyı kontrol merkezi tarafından yönetilen örneklerinin hâlihazırda Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda, Singapur, Birleşik Krallık ve ABD gibi pek çok ülkede kullanıldıkları bilinmektedir.¹⁷ Yeni tip gemilerin uygulamaya geçiş sürecinde otonom seyir ve uzaktan kontrol teknolojilerinin sıklıkla beraber kullanılacakları öngörülmekteyse de, bu türden yardımcı gemilerin liman veya dar su yolu gibi yoğun gemi trafiği bulunan bölgelerde hizmet görmesi sebebiyle, doğrudan ve kesintisiz insan kontrolüne ihtiyaç duyması muhtemeldir. Benzer şekilde, söz konusu yardımcı gemilerin bazılarının gördükleri hizmetlerin mahiyeti, yüksek otonomi seviyelerinde işletilmeyi gerektirmeyebilir.¹⁸ Dolayısıyla, burada inceleme konusu teşkil eden gemilerin bazılarının daha sınırlı otonomi kabiliyetini haiz bulunabileceği dikkate alındığında, makalede incelenen gemilerin tamamı bakımından “*otonom gemi*” kavramının kullanılması uygun görülmemiştir. Bu nedenle, çalışmada ele alınan gemiler yeni tip gemi kavramı çatısı altında ifade edilecek, uzaktan kontrol, otonomi veya mürettebatsız işletilmek kabiliyetlerinin özellik gösterdiği hallerde ise geminin tarifinde açıkça bu hususlara da atıf yapılacaktır.

B. Yeni Tip Gemilere İlişkin Güncel Gelişmeler

Dünya genelinde pek çok ülkenin otonom gemi teknolojilerinden pay almak için bir süredir bazı hazırlıklara giriştiği bilinmektedir. Bu hazırlıklar arasında yatırım teşviki, altyapı tesisi ve ar-ge çalışmalarını saymak mümkündür; ancak, esas olarak, akıllı sistemler ve uzaktan kontrol gibi teknolojilerin kullanıldığı yeni tip

¹⁶ ‘First-generation autonomous vessels evolving; harbor tugs next’ (2016) <<https://www.workboat.com/shipbuilding/first-generation-autonomous-vessels-evolving-harbor-tugs-next>> Erişim Tarihi 9 Mart 2026; ‘How tugs are leading the way in automation and remote control’ (2019) <<https://www.rivieramm.com/news-content-hub/news-content-hub/how-tugs-are-leading-the-way-in-automation-and-remote-control-55676>> Erişim Tarihi 9 Mart 2026.

¹⁷ ‘Tug owners are innovators in autonomy and automation’ (2025) <<https://www.rivieramm.com/opinion/opinion/tug-owners-are-innovators-in-autonomy-and-automation-84241>> Erişim Tarihi 10 Mart 2026. Bazı örnekler için bkz. ‘Remotely Operated Vessels’ <<https://ral.ca/designs/remotely-operated-vessels-top/>> Erişim Tarihi 10 Mart 2026.

¹⁸ Krş. ‘Tug Operates Under Remote Control in Singapore’ (2021) <<https://www.marinelink.com/news/tug-operates-remote-control-singapore-488605>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026.

gemilerin hayata geçirilmesi bakımından ilk somut adım sayılabilecek deneme ve test aşamalarının, hazırlık süreci bakımından kritik öneme sahip olduğu açıktır. Bu bağlamda, yakın geçmişte aralarında Norveç, Danimarka¹⁹, Birleşik Krallık²⁰, Güney Kore²¹, Japonya²², Rusya²³ gibi pek çok ülkenin iç ve karasularında deneme seferleri başlattığı vakidir. Bunlar arasında özellikle *Yara Birkeland*'in gelişim süreciyle birlikte yeni tip gemi teknolojilerinde öncü olarak ortaya çıkan Norveç dikkat çekici bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim 2017 yılında başlayan geniş kapsamlı deneme seferleriyle²⁴ birlikte yeni tip gemilere ilişkin hazırlıklara başlayan ilk ülkelerden biri olan Norveç'te, ASKO ve YARA'ya ait feribot ve yük gemileri kontrol merkezi nezaretinde²⁵ rutin seferlerine devam ettikleri gibi²⁶, geçtiğimiz günlerde, ilk kez denizde sömür ve tamir hizmetlerini yerine getirmek için tasarlanmış ve uzaktan kontrol edilen mürettebatsız yeni tip bir gemiye belirlenmiş test alanlarının dışında da sefer yapma izni verilmiştir.²⁷

¹⁹ 'ShippingLab making autonomous trial voyage with "GreenHopper" for sailing in Denmark' (2022) <<https://shippingtelegraph.com/shipping-news/shippinglab-making-autonomous-trial-voyage-with-greenhopper-for-sailing-in-denmark/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026.

²⁰ 'Autonomous vessels: legislating for a new generation of ships' <<https://www.haynesboone.com/-/media/project/haynesboone/haynesboone/pdfs/attorney-publications/2023/hbuk-cov-rmm-2023apr04.pdf?rev=7aad03da42874d3caf339052d5a85357&hash=DBA0188D9F9B2536538116B0E7A6B181>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026. Ayrıca bkz. Barış Soyer, 'UK Taking Regulatory Steps to Regulate MASS' (2024) <<https://iistl.blog/2024/10/19/uk-taking-regulatory-steps-to-regulate-mass/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026; konuya ilişkin düzenlemeler için bkz. 'UK Maritime & Coastguard Agency, The Workboat Code (Edition 3)' (22 Ocak 2025) <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6790d79bb1e4f5cbd3a34db5/Workboat_Code_Edition_3.pdf> Erişim Tarihi 11 Mart 2026; Cığır (n 14) 64 vd.

²¹ Bkz. dpn. 1.

²² 'Japan takes its autonomous shipping to the next level' <<https://www.offshore-energy.biz/japan-takes-its-autonomous-shipping-to-the-next-level/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026.

²³ 'IMO, MSC (Maritime Safety Committee) 109/5/7' (2024) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026.

²⁴ 'Test area for autonomous vessels' (2016) <<https://www.youtube.com/watch?v=F32GmijmMjs>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026; 'Test site for Autonomous Vessels' <<https://www.kongsberg.com/maritime/news-and-events/our-stories/test-site-for-autonomous-vessels/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026.

²⁵ 'Remote Operations Centre openened' <<https://www.massterly.com/archives/blog-post-title-three-mrmsx>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026.

²⁶ 'IMO, MSC, 'Ongoing MASS projects in Norway: Submitted by Norway' (2024) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026; 'IMO, MSC 108/INF.16.' (2024) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026.

²⁷ Bkz. dpn. 3.

Ulusal sınırlar içinde gerçekleşen bu deneme seferleri ve çalışmaların yanı sıra, yeni tip gemilerin uluslararası nitelikteki seferler bakımından denenmesi için, bir süredir farklı ülkeler arasında bölgesel ve ikili antlaşmalar akdedildiği de görülmektedir. Bunlardan ilki 2023 yılında Birleşik Krallık, Belçika, Danimarka ve Hollanda arasında imzalanarak yürürlüğe giren ve 2024 yılında Norveç'in de katılımı ile genişletilerek, yeni tip gemilere ilişkin Kuzey Denizde açık deniz ve münhasır ekonomik bölge alanlarında yapılacak deneme seferlerinin kolaylaştırılması ve geliştirilmesi amacıyla iş birliği yapılmasını öngören protokoldür.²⁸ Benzer şekilde 2025 yılında Japon Mitsui OSK Lines ve Singapur Deniz ve Liman İdaresi arasında yeni tip gemilerde kullanılan sistemler ile limanlarda kullanılan yeni teknolojiler arasında uyum sağlanması için yapılacak denemeleri kolaylaştırmak amacıyla bir protokol yapılarak, yeni tip gemilerin hayata geçirilmesi için iş birliğine gidilmiştir.²⁹ Bütün bu gelişmeler, konuyla ilgili çalışmaların dünya genelinde belirli bir olgunluğa ulaştığını ve yeni tip gemilerin geniş ölçekte uygulamaya geçeceği günlerin ufukta görünmeye başladığını düşündürmektedir.

Ülkemizin, yeni tip gemi teknolojilerine uyum bakımından, bütünüyle hazırlıksız olduğu söylenemez. Gerçekten de, ülkemizin benzer teknolojiler kullanan insansız hava araçlarındaki³⁰ başarısı ile paralel şekilde³¹ insansız deniz araçlarına dair çalışmalar da savunma sanayisinin stratejik önceliklerinden birini teşkil etmektedir.³² Nitekim, Türkiye'de yeni tip gemilere ilişkin denemelerin askeri amaçlarla kullanılacak gemiler kapsamında uzun süredir gerçekleştirildiği

²⁸ 'Further Expanded North Sea MoU on Cooperation Regarding the International Operation of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)' (2024) <<https://demaribus.net/2024/05/14/further-expanded-north-sea-mou-on-cooperation-regarding-the-international-operation-of-maritime-autonomous-surface-ships-mass/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026.

²⁹ 'Japan and Singapore tie nautical knots on port-to-port MASS trials' (2025) <<https://www.offshore-energy.biz/japan-and-singapore-tie-nautical-knots-on-port-to-port-mass-trials/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

³⁰ Bkz. Şenol Kurt ve Oğuzhan Ün, 'İnsansız Hava Araçları (İHA) Üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme' (2015) 10 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195; Banu Bozkurt, 'İnsansız Hava Araçları ve Sigorta' in Serap Amasya (ed), *Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu 18 Ocak 2019 İstanbul* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 75.

³¹ Ciğer (n 14) 35.

³² Göksel Yıldırım, 'Türkiye insansız deniz araçlarındaki ihracatını büyütüyor' (Anadolu Ajansı, 26 Ocak 2026) <<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiye-insansiz-deniz-araclarindaki-ihracatini-buyutuyor/3810834>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

vakidir.³³ Ülkemizde, yeni tip gemilerin askeri versiyonlarına ilişkin çok sayıda prototip mevcut olup bunlara ilişkin çalışmalar artarak devam ettiği gibi³⁴, bazı modellerin üretime geçerek TSK envanterine girdiği³⁵ hatta ülke dışında da ilgi çekerek³⁶ yurt dışına ihraç edilmeye başlandığı görülmektedir.³⁷ Askeri projeler ülke genelinde yoğun ilgi çekmekte, özellikle Mavi Vatan vizyonu ile bağlantılı şekilde ele alınarak, bir süredir TEKNOFEST kapsamında yarışmalara konu olmaktadır.³⁸

Bununla beraber, yeni tip gemilerin ticari amaçlarla kullanılacak versiyonları bakımından ülkemizdeki çalışmaların aynı seviyede olmadığı gözlemlenmektedir. Nitekim, az sayıdaki mevcut çalışmanın çoğunluğu, özel sektörden se³⁹, üniversiteler bünyesinde gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda beş seneyi

³³ 'İlk Silahlı İnsansız Deniz Aracı'nın prototipi denize iniyor' (2020) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ilk-silahli-insansiz-deniz-aracinin-prototipi-denize-iniyor-41689530>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026; 'Türkiye'nin ilk silahlı deniz aracı ULAQ, Mavi Vatan ile buluştu' (2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/turkiyenin-ilk-silahli-deniz-araci-ulaq-mavi-vatan-ile-bulustu/2142341>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026; 'ULAQ SİDA ilk atışını başarıyla gerçekleştirdi' (2021) <<https://www.savunmasanayist.com/ulaq-sida-ilk-atis/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

³⁴ 'İnsansız deniz aracı OKHAN testleri başarıyla geçti' (2025) <<https://www.denizbulten.com/insansiz-deniz-araci-okhan-testleri-basariyla-gecti-56579h.htm>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026; 'Savunma Sanayiinde Otonom Deniz Araçları' (2025) <<https://www.turkloydu.org/yayinlar/makaleler/savunma-sanayiinde-otonom-deniz-aracilari/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

³⁵ 'ULAQ SİDA'lar ilk testleri geçti! Türk Deniz Kuvvetleri envanterine girecek' (2025) <<https://www.ekonomim.com/sectorler/savunma-sanayi/ulaq-sidalar-ilk-testleri-gecti-turk-deniz-kuvvetleri-envanterine-girecek-haberi-803503>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

³⁶ 'İtalyan Finans Polisi İnsansız Deniz Araçları için Türkiye'ye Geldi' (2026) <<https://www.havelsan.com/tr/haberler/italyan-finans-polisi-insansiz-deniz-aracilari-icin-turkiyeye-geldi>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

³⁷ 'Pehlivanlı: "Başarıyı ayrıntılardaki özen getiriyor"' (2025) <<https://www.mildefin.com/savunma-gundem/pehlivanli-basariyi-ayrintilardaki-ozen-getiriyor/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026; 'ARES ile Suudi Arabistan arasında kritik anlaşma' (2026) <<https://www.denizhaber.net/ares-ile-suudi-arabistan-arasinda-kritik-anlasma-haber-123413.htm>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

³⁸ 'TEKNOFEST şampiyonu insansız deniz aracı "Bükrek" festivalde sergileniyor' (2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/teknofest/teknofest-sampiyonu-insansiz-deniz-araci-bukrek-festivalde-sergileniyor/3351178>> Erişim Tarihi 14 Mart 2026; 'Mavi Vatan'da Otonom Güç: İnsansız Deniz Aracı Yarışması' (2026) <<https://www.teknofest.org/tr/content/announcement/mavi-vatanda-otonom-guc-insansiz-deniz-araci-yarismasi/>> Erişim Tarihi 14 Mart 2026.

³⁹ Diğer yandan, Norveç fiyortlarında yolcu taşımaya için kullanılmak üzere tasarlanan sıfır emisyonlu ve yeni tip gemi teknolojileri ile donatılacak yolcu feribotlarının üretiminde Türk tersaneleri aktif rol almaktadır. Bkz. 'Özata Tersanesi, tam elektrikli feribot NB101 Misteroy'u denize indirdi' (2026) <<https://www.7deniz.net/ozata-tersanesi-tam-elektrikli-feribot-nb101-misteroyu-denize-indirdi>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026; 'Ringstind ve Storebjorn suyla buluştu'

aşkın bir süre önce İTÜ bünyesinde yürütülen bir TÜBİTAK projesi⁴⁰ kapsamında, uzaktan kontrol vasıtasıyla sevk edilebilen bir tekne prototipi İTÜ Göllet'inde suya indirilerek, bazı deneme çalışmaları yapılmıştır.⁴¹ Yine benzer şekilde diğer devlet üniversiteleri tarafından, TEKNOFEST kapsamındaki yarışmalarda bazı prototiplerin denendiği görülmektedir.⁴² Özel sektörün daha aktif bir rol üstlendiği söylenebilecek bir çalışma ise UZMAR Tersanesi tarafından Piri Reis Üniversitesi'nin danışmanlığında yürütülen "Autoplan" projesidir. Proje kapsamında UZMAR koordinatörlüğünde kurulan bir ekip tarafından otonom seyir asistanına sahip bir kılavuz botu geliştirilmiş ve 2023 yılında ilk seyir testlerini tamamladığı duyurulmuştur.⁴³ Bu aşamanın ardından botun Aliğa Nemrut limanındaki kılavuzluk istasyonunda hizmete girmesinin planlandığı ve bu-

(2026) <<https://www.haberdensizde.com/gemi-insaa/ringstind-ve-storebjorn-suyla-bulustu/>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026. Fakat bu üretimin geminin yeni tip gemilere ilişkin kabiliyetlerini kapsamadığı anlaşılmaktadır. Zira bu feribotların, otonom seyir sistemleri ve ilgili yeni teknolojilerinin tasarımı ve kurulumu Norveçli şirketler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bkz. 'Norwegian Electric Systems to equip Lavik-Oppedal ferries' (2024) <<https://norwegianelectric.com/news/2024/norwegian-electric-systems-to-equip-lavik-oppedal-ferries>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026. Benzer şekilde Sanmar'ın inşa ettiği *Svitzer Hermod* için bkz. 'World's First Remotely Operated Commercial Vessel Built by Sanmar' (2023) <<https://www.sanmar.com.tr/en/news-media-dl/news/world-s-first-remotely-operated-commercial-vessel-built-by-sanmar>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026.

⁴⁰ Benzer olarak, İTÜ'nün 2026 yılında Liverpool John Moores University tarafından yürütülen ve yeni tip gemilerin denizcilikte yaygınlaşmasını kolaylaştırmayı amaçlayan bir Ufuk Avrupa projesinin ortakları arasında yer aldığı da duyurulmuştur, bkz. <https://www.linkedin.com/posts/haitong-xu-0768a795_very-glad-to-be-part-of-this-favor-project-activity-7424412036329263105-t3Hx/> Erişim Tarihi 16 Mart 2026; 'İTÜ DF'den AB Destekli Otonom Gemi Projesi' (2026) <<https://analizgazetesi.com.tr/haber/itu-dfden-ab-destekli-otonom-gemi-projesi-9978/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

⁴¹ 'İTÜ'nün otonom gemi çalışması suya indi' (2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/itunun-otonom-gemi-calismasi-suya-indi/2327457>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026; 'İTÜ'nün otonom gemisi otomatik sürüş testlerini geçti' (2024) <<https://www.denizcilikdergisi.com/denizcilik-gundem-haberleri/itunun-otonom-gemisi-otomatik-surus-testlerini-gecti/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

⁴² 'YTÜ SolarBoat Takımı'ndan Yerli ve Otonom Deniz Teknolojilerine Çifte Hamle' (2025) <<https://yildiz.edu.tr/universite/haberler/ytu-solarboat-takimindan-yerli-ve-otonom-deniz-teknolojilerine-cifte-hamle>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026; 'Selçuk Üniversitesi İnsansız Deniz Aracı Projesiyle Türkiye ikincisi oldu' (2025) <<https://ardek.selcuk.edu.tr/selcuk-universitesi-insansiz-deniz-araci-projesiyle-turkiye-ikincisi-oldu/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

⁴³ "AUTOPLAN Projesi", otonom seyir asistanının geliştirilip entegre edilmesi ile geçtiğimiz hafta ilk seyir testlerini tamamladı- Basın Açıklaması' (2023) <<https://www.matriksdata.com/website/matriks-haberler/sirket/4656995-autoplan-projesi-otonom-seyir-asistaninin-gelistirilip-entegre-edilmesi-ile-gectigimiz-hafta-ilk-seyir-testlerini-tamamladi-basin-aciklamasi>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.

rada liman kontrol merkeziyle koordineli şekilde görev yapacağı ifade edilmişse de⁴⁴, projenin durumu ile “Autoplan”ın işletim esasları ve kabiliyetleri hakkında güncel bir veriye ulaşmak mümkün olmamıştır. Yine de ilgili projenin ülkemizde yeni tip gemiler ve bağlantılı teknolojilerin denizcilikte kullanılmasına ilişkin özel sektör tarafından yürütülen yegâne çalışma olduğunu işaret etmek gerekir.

Daha önce konuya ilişkin kaynaklarda ifade edilen denizcilik politikaları dikkate alındığında bu durumun şaşırtıcı olduğu söylenebilir. Zira, 2021 yılı gibi erken sayılabilecek bir dönemde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı 12. Ulaştırma ve Haberleşme Şurası kapsamında hazırlanan Deniz Sektör Raporunda *“Akıllı Ulaşım Sistemleri, e-navigasyon, karar destek sistemleri ve otonom gemiler gibi deniz ulaştırmasında hem maliyet avantajı sağlayacak hem de emniyeti ve güvenliği artıracak sistemlere yönelik strateji belgesinin oluşturulması”* kısa dönem sektör hedefleri arasında sayıldığı⁴⁵ gibi *“Ulusal mevzuatımızın otonom gemi/deniz araçlarının operasyonlarına hazır hale getirilmesi, Ar-Ge ve test çalışmaları için altyapı hazırlıklarının tamamlanması”*⁴⁶ ile *“Otonom gemilere duyulan ihtiyacın artması ve bu doğrultuda otonom gemi inşasının da yaygınlaşacak olmasından dolayı otonom gemilere ilişkin teknik ve idari düzenlemelerin yapılması, ülkemizde geliştirilen otonom gemilerin, sistemlerin ve teknolojilerinin uluslararası alanda ihraç edilebilecek seviyeye ulaşması”* hususları⁴⁷ orta ve uzun dönem hedefleri arasında zikredilmektedir. Fakat, aradan geçen sürede bu yöndeki hedefler bakımından kayda değer bir mesafe kaydedilmediği, konuyla ilgili kamu politikalarının IMO bünyesinde gerçekleştirilen çalışmaların takibine öncelik verilmesi ile sınırlı kaldığı görülmektedir.⁴⁸

Önceki çalışmalarımızda, yeni tip gemiler bakımından Türkiye’nin bazı özel avantajlarının bulunduğu, dolayısıyla da ülkemizin bu yeni teknolojilerin yaygın-

⁴⁴ ibid.

⁴⁵ ‘T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, 12. Ulaştırma ve Haberleşme Şurası Denizyolu Sektör Raporu’ (2021) <https://www.vda.org.tr/upload/duyuru/UAB_denizyolu_sektor_raporu.pdf> Erişim Tarihi 14 Mart 2026, 78.

⁴⁶ ibid 80

⁴⁷ ibid 81.

⁴⁸ Krş. Kübra Ecemiş Yılmaz, ‘Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları’ (2023) 31 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429, 445 vd. Ayrıca bkz. ‘IMO, Otonom Gemiler İçin Düzenleyici Çerçeveye Oluşturma Çalışmalarına Devam Ediyor’ Dünya Denizciliğindeki Son Gelişmeler 21, 24 <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/aylik-yayinlar/dunya-denizciligindeki-son-gelistmeler-bulteni-2023-4.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026.

laşma sürecinde bölgesel bir merkez haline gelerek bu dönüşümde etkin rol oynamak hususunda büyük bir potansiyeli haiz olduğu fikri savunulmuştur.⁴⁹ Ancak, bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için bazı hazırlıklar yapılması gerektiği açık olduğu gibi, bu hazırlıklar arasında hukuki mevzuatın yeni tip gemilere uygun hale getirilmesinin de önemli yer tuttuğuna işaret etmek gerekir.⁵⁰ Daha önce de değinildiği üzere⁵¹, yeni tip gemilerin gelişim aşaması bakımından mevcut hukuki düzenlemelerin bir engel teşkil etmesi veya ilerlemeye ket vurması mümkün olduğu gibi mevzuatın uyumlaştırılması bu çalışmaları kolaylaştırarak bir ülkenin diğerinin önüne geçmesinde de rol oynayabilir. Nitekim, Birleşik Krallık'ta gerçekleştirilen deneme seferleri bakımından uygun olmadığı işaret edilen mevzuat sebebiyle sektör temsilcileri tarafından konuyla ilgili faaliyet gösteren şirketlerin başka ülkelere taşınmayı değerlendirdikleri yönündeki uyarılar⁵² dikkate alındığında, son derece erken bir safhada ulusal mevzuatını uyumlaştırdığı görülen Norveç'in⁵³, yeni tip gemi teknolojileri alanındaki öncü pozisyonunun tesadüfi olmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla, bu perspektifle denizcilik mevzuatındaki temel düzenlemelerin gözden geçirilerek yeni tip gemilere uyum bağlamında ele alınmasına ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz. Öte yandan, dünya genelinde yeni tip gemilere ilişkin gerçekleştirilen çalışmalar ve rekabet ortamı dikkate alındığında bu türden hazırlıklar bakımından harekete geçmek için kısıtlı bir zaman aralığının mevcut olduğunu da vurgulamak gerekir.

II. Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun ve Yeni Tip Gemiler

A. Genel Olarak

Deniz ticaretinin kamu adına denetlenmesine yasal dayanak oluşturmak ve denetime tâbi hususlar hakkında genel çerçeveyi belirlemek amacıyla kabul edilen DCMK⁵⁴, Limanlar Kanunu (*LimK*)⁵⁵ ile birlikte, Türk deniz idare hukuku-

⁴⁹ Ciğer (n 14) 34 vd.

⁵⁰ Bkz. '12. Ulaştırma ve Haberleşme Şurası Denizyolu Sektör Raporu' (2021) (n 45) 22, 49, 69 ve 77.

⁵¹ Ciğer (n 14) 34 vd.

⁵² 'Al sea drone firms want regulations changed' (2026) <<https://www.bbc.com/news/articles/c8d0vr0674no>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

⁵³ Eva Ricarda Lange, *Regulating Autonomous Vessels* (Brill 2025) 151-152.

⁵⁴ Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Ulaştırma Komisyonları Raporları (1/472-10.08.1945), TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: VII, Toplantı: 3, Cilt: 24, 58. Birleşim, S. Sayısı: 151, 133 vd. Bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d07/c024/tbmm07024058.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026.

nun temel kanunlarından birini teşkil etmektedir.⁵⁶ Zira doktrinde, *liman çıkış belgesi* vasıtasıyla, DCMK ile *LimK* arasında doğrudan irtibat kurulduğuna dikkat çekilmekte⁵⁷ ve Türk limanlarına giriş-çıkış yapan ve Türk karasularında seyrüsefer gerçekleştiren gemiler ile diğer deniz araçlarının, DCMK ve *LimK* hükümlerine tâbi olduğu işaret edilmektedir.⁵⁸ Ayrıca DCMK'nin, Türk hukukunda deniz emniyetini doğrudan düzenlemeyi hedefleyen temel kanun olduğu da belirtilmektedir.⁵⁹ Nitekim esas amacı, denizde can ve mal güveninin tesisi olarak ifade edilebilecek olan⁶⁰ ve bu amaç doğrultusunda başta ticaret gemileri olmak üzere kapsamı içerisindeki tüm gemiler bakımından deniz emniyetinin ve yolculuk güvenliğinin sağlanması için emredici bir hukuki rejim inşa eden DCMK, aynı zamanda idari ve cezai yaptırımlar da içermektedir.⁶¹

Kabul edildiği tarihe göre oldukça çağdaş ve yenilikçi hükümler içerdiği ifade edilen DCMK⁶², geçen zaman içerisinde bazı hükümlerinin eskimesi ve modern denizciliğin ihtiyaçlarını karşılayamaması sebebiyle, birçok kez değişikliğe uğramıştır.⁶³ 16.07.2008 tarihli ve 5790 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun ve Limanlar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁶⁴ uyarınca yapılan yenileme, söz konusu değişikliklerden en kapsamlı olanıdır.⁶⁵ Yapılan bu tadil uya-

⁵⁵ Limanlar Kanunu, Kanun Numarası: 618, Kabul Tarihi: 14.04.1341, RG 14.04.1341/95.

⁵⁶ Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku*, Cilt I (On İki Levha Yayınları 2017) 36 para 82 ve 38 para 86.

⁵⁷ ibid 37 para 83.

⁵⁸ ibid 36 para 82.

⁵⁹ İsmail Demir, 'Türk Hukukunda Deniz Emniyetine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış' in İsmail Kırca vd. (eds), *Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha Yayınları 2019) 341, 349.

⁶⁰ ibid 343 ve 349; Hakan Muran, *Taşıyanın Geminin Elverişsizliğinden Doğan Hukuki Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2024) 94. Bu husus, DCMK'nin gerekçesinde "Her çeşit ulaştırma işlerinde ve hususiyile deniz ulaştırmasında esâs, can ve mal güveninin sağlanmasıdır." şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Ulaştırma Komisyonları Raporları (1/472-10.08.1945), TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: VII, Toplantı: 3, Cilt: 24, 58. Birleşim, S. Sayısı: 151, 133 vd.

⁶¹ Muran (n 60) 94.

⁶² Demir (n 59) 349.

⁶³ 01.01.1957, 08.05.1981, 05.08.1988, 08.02.2008, 29.07.2008, 24.06.2018, 01.01.2024 ve 09.07.2024 yürürlük tarihli değişikliklerle, DCMK tadil edilmiştir.

⁶⁴ Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun ve Limanlar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5790, Kabul Tarihi: 16.07.2008, RG T. 29.07.2008/26951.

⁶⁵ Doktrinde, DCMK'de yapılan değişikliklerle, denizde emniyetin sağlanmasına dair tedbirlerin sağlıklı ve hızlı bir şekilde alınmasının ve uygulamanın kolaylaştırılmasının hedeflendiği ifade edilmektedir. Bkz. Demir (n 59) 350.

rınca; DCMK'nin tatbiki hakkında tüzüklerin yerine yönetmeliklerin çıkarılması esası benimsenmiş, ilk defa “küçük deniz aracı” tanımına yer verilmiş, ceza hükümleri zamanın şartlarına uygun hâle getirilmiş, “denize elverişlilik belgesi” uygulamasında oluşan mevcut sorunlara dair ihtiyaçlara uygun ve kolaylaştırıcı hükümler sevk edilmiş, “yola elverişlilik belgesi” kaldırılmış ve yerine “liman çıkış belgesi” getirilmiştir.⁶⁶ Buna karşılık, DCMK'nin sisteminde herhangi bir değişiklik yapılmamış ve DCMK'nin *Tarifler ve ticaret gemilerinin teknik nitelikleri*, *Denizde yolculuk güveni*, *Denizde can kurtarma*, *Ceza hükümleri* ve *Türlü hükümler* başlıklı toplam beş bölümden oluşan sistemi muhafaza edilmiştir.

Hem ele aldığı konuların çeşitliliği hem de hükümlerin tatbik edileceği gemilerin kapsamı göz önünde bulundurulduğunda, DCMK'nin uygulama alanının oldukça geniş olduğunu ifade etmek gerekir.⁶⁷ Nitekim, DCMK m. 26, Kanunun bazı maddelerinin, yalnızca Türk gemilerine değil, ayrıca ülkemizin limanlarına gelen, bu limanlardan kalkan ve ülkemizin karasularında seyrüsefer gerçekleştiren yabancı gemilere de uygulanmasını öngörmektedir. Ayrıca her ne kadar DCMK'nin uygulama alanı bakımından, kural olarak, ticaret gemileri esas olsa da istisnai hallerde diğer gemiler için de DCMK hükümleri uygulanabilmektedir.⁶⁸ Bu nedenle, çok da uzak olmayan bir gelecekte ülkemiz limanlarına uğra-

⁶⁶ ibid 350.

⁶⁷ DCMK, deniz idare hukuku ve deniz emniyeti hukukuna ek olarak deniz ceza hukuku ve deniz ticareti hukukuyla bağlantılı hükümler de içermektedir. Özellikle *Ceza hükümleri* başlıklı *Dördüncü Bölüm* hükümleri dikkate alındığında, DCMK'nin deniz ceza hukukuna ilişkin asli nitelikte düzenlemeler içerdiğinin söylenmesi de mümkündür. Bu yönde bir değerlendirme için ayrıca bkz. Hacı Kara, *Deniz Hukuku Denizcilik Fakülteleri İçin* (On İki Levha Yayınları 2020) 491-495.

DCMK'nin bazı hükümlerinin tatbiki ise, sonuçları itibarıyla deniz ticareti hukukuyla bağlantılıdır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu (Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846) (TTK) m. 1141 uyarınca geminin başlangıçta denize, yüke ve yola elverişsiz olması nedeniyle taşıyanın sorumluluğuna ilişkin yapılan değerlendirmede, TTK m. 932/4 atfı dolayısıyla, denize elverişliliğe ilişkin DCMK hükümleri de dikkate alınabilir niteliktedir. Nitekim TTK m. 932'de “denizde can ve mal koruma ile ilgili mevzuat hükümleri” şeklinde yapılan atfı, TTK m. 932'nin gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu yasanın isminin ileride değişebileceği ve başka bazı yasalarda da bu konuda düzenleme getirilebileceği sebebiyle, genel bir şekilde yapılmıştır. Ayrıca bkz. Cemre Andaç, ‘Taşıyanın Başlangıçta Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi 2021) 14; Göksal Kayapınar, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayınları 2023) 74-76; Venüs Cömert, *Taşıyanın Gemiye Denize Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu* (On İki Levha Yayınları 2022) 35-36. TTK kapsamında düzenlenen denize elverişlilik kavramı ile DCMK kapsamında düzenlenen denize elverişlilik kavramı arasındaki farklar için bkz. Muran (n 60) 96-98.

⁶⁸ Demir (n 59) 349; Muran (n 60) 97-98.

arak, Türk karasularında yolculuk yapması muhtemel olan yabancı menşeli gemiler bakımından olduğu gibi, nihai olarak ülkemizde faaliyet gösterecek yeni tip Türk gemileri için de DCMK hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin inceleme-ye değer bir sorun teşkil ettiği açıktır. Daha da önemlisi, Türkiye'nin yeni tip gemi teknolojilerine uyum sağlayarak mevcut potansiyelini hayata geçirebilmesi için elzem nitelikte olan Türk liman ve deniz alanlarında gerçekleştirilebilecek deneme seferleri bakımından, deniz emniyetine yönelik DCMK düzenlemelerinin ne ölçüde esneklik sağlayabileceği hususunun, bu seferlerin başarısı bakımından kritik önem arz ettiğini de işaret etmek gerekir. Dolayısıyla, DCMK'nin yeni tip gemilere uyumunun incelenmesi zaruri görünmektedir.

Başka bir çalışmamızda detaylı şekilde açıklandığı üzere, bir hukuki düzenlemenin yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti değerlendirilirken, konvansiyonel gemiler ile yeni tip gemiler arasındaki temel farklara işaret eden şu üç soru odağında inceleme yapılmasında isabet bulunduğu görüşündeyiz:

“İlgili hüküm:

1. *Geminin nihai kontrolü insana ait değilse uygulanabilir mi?*
2. *Geminin sevk ve idaresine ilişkin iş ve görevler geminin bordasından değil de başka bir yerden gerçekleştiriliyorsa uygulanabilir mi?*
3. *Gemide mürettebat bulunmamaktaysa uygulanabilir mi?*⁶⁹

Bu çalışma bakımından da DCMK hükümleri anılan yöntem doğrultusunda incelenmiş ve inceleme sonucunda ilgili hükümlerin yeni tip gemilere uygulanması bağlamında bazı sorunlar tespit edilmiştir.

Hemen ifade etmek gerekir ki DCMK'nin uygulama kabiliyeti bakımından temel problem, yeni tip gemilerin mürettebatsız şekilde işletildiği hallere ilişkindir. Zira DCMK hükümlerinin önemli bir kısmında kaptan veya mürettebata ilişkin düzenlemeler bulunmakta⁷⁰ ve ilgili hükümler bakımından, doğal olarak,

⁶⁹ CİĞER (n 10) 1172.

⁷⁰ DCMK'nin her bölümünde, kaptan veya diğer mürettebata ilişkin düzenleme bulunmaktadır. “*Tarifler ve ticaret gemilerinin teknik nitelikleri*” başlıklı Birinci Bölüm’de DCMK m. 1, DCMK m. 2 ve DCMK m. 6; “*Denizde yolculuk güveni başlıklı*” İkinci Bölüm’de DCMK m. 9 ve DCMK m. 10; “*Denizde can kurtarma*” başlıklı Üçüncü Bölüm’de DCMK m. 13, DCMK m. 14, DCMK m. 15, DCMK m. 16, DCMK m. 17, DCMK m. 18 ve DCMK m. 19; “*Ceza hükümleri*” başlıklı Dördüncü Bölüm’de DCMK m. 20, DCMK m. 21, DCMK m. 22, DCMK m. 23 ve DCMK m. 24; “*Çeşitli hükümler*” başlıklı Beşinci Bölüm’de DCMK m. 2, DCMK m. 6 ve DCMK m. 9 hükümlerine atıf yapılan DCMK m. 26 ile TTK’nin çatma hükümlerine atıf yapılan DCMK m. 27 hüküm-

bu kimselerin geminin bordasında bulunduğu varsayılmaktadır. Gerçekten de DCMK’de kaptan ve gemi adamlarına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamasına rağmen, “yolcu” kavramını tanımlarken kaptan ve gemi adamının gemide bulunan kişilerden olduğunu ifade eden DCMK m. 1/f ve kaptan ile güverte zabitle-
rinin köprü üstünde vardiyada bulunmak görevine atıf yapan DCMK m. 9’dan hareketle, sayılan bu kimselerin gemide bulunmasının gerektiği kabul edilmeli-
dir. Ayrıca DCMK’ye dayanılarak hazırlanan tâli mevzuattaki bazı hükümlerden, benzer bir sonuca ulaşılması mümkündür. Örneğin, Ulaştırma ve Altyapı Bakan-
lığı tarafından hazırlanan Gemilerin Gemiadamları ile Donatılmasına İlişkin Yö-
nerge (*Donatım Yönergesi*)⁷¹ Çizelge 1-13, kaptanın geminin bordasında bu-
lunması gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Nitekim, bu durum kaptanın en
genel hatlarıyla⁷² “*gemiye sevk ve idare eden kimse*” şeklinde tanımlandığı ve
gemide çalışan kimseler oldukları sabit bulunan “*gemi adamlarından*” sayıldı-
ğı⁷³ mevzuatımızdaki diğer düzenlemelerle⁷⁴ de uyumludur. Dolayısıyla, kontrol

leri kaptan veya diğer mürettebata ilişkin düzenleme içeren DCMK hükümleridir. Geçici mad-
deler haricinde toplam otuz maddeden oluşan DCMK’nin on dokuz maddesinde kaptan veya
diğer mürettebatı içeren düzenleme bulunması, DCMK’nin mürettebatsız şekilde işletilen ye-
ni tip gemilere uygulanması yönünden dikkate değer bir durumdur.

Ayrıca DCMK’de “*gemi adamı/adamları*” ifadesi beş yerde, “*tayfa*” ifadesi bir yerde, “*zabit*”
ifadesi iki yerde ve “*kaptan*” ifadesi ise otuz yedi yerde geçmektedir. “*Gemi ada-
mı/adamları*”, “*tayfa*” veya “*zabit*” ifadelerinin geçtiği hükümlerden, sadece DCMK m. 2 ve
DMK m. 6 hükümlerinde doğrudan “*kaptan*” ifadesi yer almamaktadır. Buna karşılık, DCMK
m. 2 ve DCMK m. 6 hükümlerinin tâli mevzuata yaptığı atıf sebebiyle yapılan değerlendirme-
de “*kaptan*” kavramı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, “*kaptan*” kavramına ilişkin yapılan de-
ğerlendirmeler oldukça önem arz etmektedir.

⁷¹ Bkz. <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/yonerge-talimat/gemilerin-gemiadamlari-ile-donatilmasina-iliskin-yonerge.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Mart 2026.

⁷² Her ne kadar asli görevi geminin sevk ve idaresi faaliyetini gerçekleştirmek olsa da kaptanın
görev ve fonksiyonları çok daha geniş kapsamlıdır. Bkz. Fahiman Tekil, *Deniz Hukuku* (Beşinci
Bası, Alkım Yayınları 1998) 188; Luci Carey, ‘Hands off Deck? The Legal Barriers to Autono-
mous Ships’, CML Working Paper Series, 2017/6 (2017) 1, 16 <<https://law1a.nus.edu.sg/cml/pdfs/wps/CML-WPS-1706.pdf>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026; Selim Çiğer, ‘Mürettebatsız
Gemiler ve Kaptan - TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme’ in Sezer Ilgın ve Bülent Sözer
(eds), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık
2021) 463, 472; Cafer Sadık Akyol, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2022) 30 vd.

⁷³ Deniz İş Kanunu (Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/12586)
(DİK) m. 2/1-b uyarınca gemi adamı “*bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, za-
bit ve tayfalarla diğer kimseler*”dir. Benzer şekilde bkz. TTK m. 934.

⁷⁴ DİK m. 2/1-c ve DİK m. 2/1-b, TTK m. 934, Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği
(*Gemiadamları Yönetmeliği*) (RG 29.08.2024/32647) m. 3/1-ee, 1978 tarihli *Gemiadamlarının
Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşmesi* (STCW-78)
Ek/ Bölüm I/ Kural I/ 1.c.

merkezi operatör ve personelinin geminin sevk ve idaresinde görev aldığı veya geminin seyrüseferine ilişkin başka görevler üstlendiği ve konvansiyonel gemilerde görev yapan kaptan ve gemi adamlarına işlevsel olarak denklik gösterdikleri söylenebilirse de⁷⁵, aynı TTK bakımından olduğu gibi⁷⁶, bu kimselerin DCMK hükümleri bağlamında “kaptan”, “gemi adamı” ya da “zabit” ve “tayfa” sayılması mümkün değildir.⁷⁷ Bu nedenle, kaptanın veya diğer mürettebatın görev ve yetkilerine atıf yapan veya açıkça kaptanın veya diğer mürettebatın gemide bulunmasını öngören DCMK hükümlerinin, mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemiler bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Başka sorunlar da mevcut olmakla birlikte, bu hususun DCMK hükümlerinin yeni tip gemilere uygulanması bakımından temel bir kısıt teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

Yapılan inceleme ışığında DCMK hükümlerinin uygulanabilir, kısmen uygulanabilir ve uygulanması olanaklı görülmeyen nitelikte hükümler olmak üzere üç ana kategoride tasnif edilebileceği değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda, her bir kategori aşağıda sırayla incelenecektir.⁷⁸

B. Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun Hükümlerinin Yeni Tip Gemilere Uygulanması

1. Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler

DCMK hükümlerinin mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti hakkında yapılan inceleme neticesinde oluşturulan ilk kategori, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın uygulanabilir nitelikteki maddelerden oluşmaktadır. Bu kategoride yer alan maddeler, lafzı itibarıyla, söz konusu gemilere uygulanma kabiliyeti bakımından problem teşkil etmemektedir. Zira, bu kategoride bulunan maddelerin uygulanması bakımından, konvansiyonel gemiler ile yeni tip gemiler arasındaki farklılıklar önemli değildir.

Bu kategoride tasnif edilen hükümler arasında DCMK’nin ticaret gemisi tanımı ile denize elverişlilik belgesi verilebilmesine ilişkin düzenlemelerine öncelikli olarak değinmek gerekir. Nitekim, DCMK m. 1/1-b ve DCMK m. 1/1-c hükümlerinde tanımlanan *gemi* ve *ticaret gemisi* kavramları, DCMK’nin uygulama

⁷⁵ CİĞER (n 10) 1148-1149.

⁷⁶ CİĞER (n 14) 42; CİĞER (n 72) 475-476.

⁷⁷ Deniz iş hukuku mevzuatı bakımından benzer yönde bkz. Uluğ Cicim ve Başer Öcal (n 11) 529.

⁷⁸ Bkz. Tablo: DCMK Maddelerinin Mürettebatsız Yeni Tip Gemilere Uygulanabilme Kabiliyeti.

alanının belirlenmesi bakımından esastır. Dolayısıyla, yeni tip gemilerin bu tanımların kapsamı içerisine girmemesi halinde DCMK hükümleri zaten yeni tip gemiler bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kural olarak, DCMK ticaret gemilerine, istisnai bazı durumlarda ise diğer gemilere uygulanır.⁷⁹ DCMK m. 1/1-b uyarınca gemi⁸⁰ “*adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her aracı*”, ticaret gemisi ise DCMK m. 1/1-c’ye göre “*menfaat sağlamak kastıyla denizde kullanılan her gemiyi*” ifade etmektedir. Yeni tip gemilerin konvansiyonel gemiler ile farklılıkları⁸¹ göz önünde bulundurulduğunda bu tanımın inceleme bakımından özellik göstermediği değerlendirilmektedir. Gerçekten de söz konusu tanım bakımından gemide insan bulunup bulunmadığı, geminin ne şekilde veya nereden kontrol edildiği gibi sorular belirleyici olmadığı gibi, yeni tip gemi projelerinin kürekten başka aletle yola çıkabilmek şartına takılmayacağı da açıktır. Dolayısıyla, menfaat sağlama amacıyla denizde kullanılan yeni tip bir geminin, DCMK uygulaması bakımından ticaret gemisi sayılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

DCMK’nin mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere uygulanabilmesi bakımından asli rol oynadığı ifade edilebilecek diğer bir kavram ise denize elverişlilik belgesidir. Dolayısıyla bu hususta düzenleme içeren DCMK m. 3, DCMK m. 4 ve DCMK m. 5 ile denize elverişliliği tanımlayan DCMK m. 1/1-e hükümlerinin de öncelikli olarak incelenmesi gerekir. Zira denize elverişlilik belgesi bulunmayan veya denize elverişlilik belgesinin süresi dolan ticaret gemilerine çıkış izni verilmeyeceği DCMK m. 4/1’de açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca, DCMK m. 3, DCMK m. 4 ve DCMK m. 5 hükümlerinde yer alan açık atıf dolayısıyla, burada Gemilerin Teknik Yönetmeliği⁸² (*Teknik Yönetmelik*) m. 5⁸³ ile *Teknik Yönetmelik* Ek-1 hükümleri de dikkate alınmalıdır.⁸⁴ Nitekim DCMK m. 3, DCMK

⁷⁹ Demir (n 59) 349; Muran (n 60) 97-98.

⁸⁰ DCMK’de yer alan gemi tanımı hakkında ayrıca bkz. Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku, Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku’nda Sorumluluk Rejimi* (Vedat Kitapçılık 2011) 88; Muran (n 60) 49 ve 57-59

⁸¹ Ciğer (n 10) 1171-1172.

⁸² RG 17.11.2009/27409.

⁸³ Nitekim *Teknik Yönetmelik*’in amacını düzenleyen *Teknik Yönetmelik* m. 1’de, *denize elverişlilik belgesi* düzenlenmesine esas olacak teknik kuralların belirlenmesi ile bunlara yönelik uygulama esasları ve belgelendirmelere dair usul ve esasların tespit edilmesi de yer almaktadır.

⁸⁴ DCMK kapsamında denize elverişlilik belgesi hakkında ayrıca bkz. Andaç (n 67) 13-16; Kaya-pınar (n 67) 74-76; Cömert (n 67) 337-339; Muran (n 60) 96-98 ve 253-257; Ahmet Batuhan

m. 4 ve DCMK m. 5 hükümleri, açıkça yönetmelik hükümlerine atıf yapmaktadır.⁸⁵ Örneğin, DCMK m. 4/1'de, yönetmelikte belirtilen nitelikleri haiz olmayan ticaret gemilerine denize elverişlilik belgesi verilemeyeceği ve herhangi bir sebeple yönetmelikte belirtilen niteliklerin kaybedilmesi halinde söz konusu belgenin iptal edileceği açık bir şekilde düzenlenmektedir.

Bütün olarak değerlendirildiğinde bu düzenlemelerin yeni tip gemilere denize elverişlilik belgesi verilebilmesi bakımından bir engel oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim, anılan düzenlemelerin neredeyse tamamının⁸⁶, geminin “*tekne, makine, genel donanım, can kurtarma, yangından korunma ve yangın söndürme durumu, seyir teçhizatı ve haberleşme sistemi, sağlık koşulları, yük ve yolcu taşıma kapasiteleri, deniz kirliliğini önleme donanımları ile diğer seyir emniyeti konuları bakımından tahsis olundukları hizmetin normal deniz tehlikelerine karşı koyabilecek durumda olmaları*” hâline ilişkin olduğu, dolayısıyla da, liman çıkış belgesinden farklı olarak, geminin bordasında mürettebat bulunması şartının denize elverişlilik belgesinin verilmesi bakımından aranmadığı görülmektedir. Buna ek olarak, ilgili hükümlerin lafzı dikkate alındığında geminin nihai kontrolünün insana ait olup olmadığı ya da geminin sevk ve idaresine dair iş ve görevlerin geminin bordası veya başka bir yerden gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği gibi hususların da denize elverişlilik belgesi verilmesi bakımından belirleyici bir kriter olarak öne çıkmadığı sabittir. Bu nedenle, kanaatimizce, DCMK'nin denize elverişlilik belgesi verilmesine ilişkin hükümlerini de, yeni tip gemiler bakımından da uygulanabilir nitelikteki hükümler arasında saymak gerekir.⁸⁷

Oyal, ‘Taşıyanın Gemiye Denize Elverişli Bulundurma Yükümlülüğünün İhlâli ve Denize Elverişsizliğe İlişkin İspat Yükünün Değerlendirilmesi’ (2024) 28 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 68 vd.; Özgenur Kara Balcı, *Hukuki Açıdan Modern Denize Elverişlilik Anlayışı* (Yetkin Yayınları 2025) 220-228. DCMK m. 5'te sayılan kuruluşlar hakkında bkz. Gündüz Aybay (ed), *Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku* (Aybay Yayınları 1998) 593.

⁸⁵ Bkz ve krş. dpn. 89.

⁸⁶ Burada, gemi personeline atıf yapılan *Teknik Yönetmelik* Ek-1'in istisna teşkil ettiği söylenebilir. Bununla beraber, ilgili kısımda gemi personeline yalnızca geminin taşıma kapasitesinin tespit edilebilmesine yönelik atıf yapıldığını bu nedenle de belgenin düzenlenmesi bakımından mürettebatın bir kriter olarak kullanılmadığını işaret etmek gerekir. Dolayısıyla, mürettebatsız şekilde işletilen bir gemiye denize elverişlilik belgesi verilebilmesi bakımından *Teknik Yönetmelik* Ek-1 engel teşkil etmemektedir.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. Mustafa Yılmaz, *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu* (Yetkin Yayınları 2022) 223-224.

Yeni tip gemilere uygulanabilir nitelikte olduğu değerlendirilen hükümler yalnızca tanımlara dair DCMK m. 1⁸⁸ ile denize elverişliliğe ilişkin DCMK m. 3, DCMK m. 4 ve DCMK m. 5 hükümlerinden ibaret değildir. Ayrıca gemilerin tonlatolarının ölçümüne ilişkin DCMK m. 7, denizde yolculuk güveni hakkında uyulması gereken yönetmeliğe ilişkin DCMK m. 8, yükleme markasına ilişkin DCMK m. 11, denizde tehlikeli madde taşınmasına ilişkin DCMK m. 12⁸⁹ hüküm-

⁸⁸ DCMK m. 1 yeni tip gemiler için uygulanabilir niteliktedir; ancak, DCMK m. 1/1-f'nin bu uygulama bakımından özellik gösterdiği ifade edilebilir. Yolcu kavramını tanımlayan DCMK m. 1/1-f, gemi bordasında bulunan kişilerden kimlerin yolcu niteliğini haiz bulunmadığını sayarak yolcu kavramını tanımlamayı ve yolcu kavramının sınırlarını çizmeyi amaçlamaktadır. DCMK m. 1/1-f'de yer alan "Kaptan, gemi adamı veya geminin işi gereği gemide bulunan diğer kişiler" ifadesi, "kaptan" ve "gemi adamı" kavramlarını içermesine rağmen, mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere uygulanması bakımından herhangi bir problem teşkil etmemektedir. Zira, söz konusu ifade her ne kadar mürettebata atıf yapsa da DCMK m. 1/1-f'nin formülasyonu, yolcu kavramını tanımlamak ve gemi bordasında bulunan kişilerden kimlerin yolcu niteliğini haiz bulunmadığını sayarak yolcu kavramının sınırlarını çizmek amacıyla oluşturulduğu için, mürettebatsız yeni bir tip gemide kaptan veya diğer mürettebatın bulunmaması, yolcu kavramının sınırları bakımından bir değişiklik yaratmayacaktır.

DCMK m. 1/1-f'deki "kaptanın denizde can kurtarma ödevinden dolayı gemiye alınan kimseler" ifadesinin ise, mürettebatsız şekilde faaliyet gösteren yeni tip gemiler bakımından etkisiz olduğu söylenemez. Nitekim mürettebatsız yeni tip gemilerde, kontrol merkezi operatörü veya geminin teknik yönetimini gerçekleştiren akıllı sistemler, DCMK veya ilgili mevzuat bakımından kaptan sıfatını haiz değildir. Dolayısıyla, kanunun lafzı dikkate alındığında, kontrol merkezi operatörünün veya geminin teknik yönetimini gerçekleştiren akıllı sistemlerin marifetiyle denizde can kurtarma amacıyla gemiye alınan kimseler, "kaptanın denizde can kurtarma ödevinden dolayı gemiye alınan kimseler" olarak değerlendirilemez. O halde mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip bir gemiye alınan kazazedelerin DCMK m. 1/1-f kapsamında yolcu sayılacağı savunulabilir. Ancak bu durumun, DCMK m. 1/1-f'nin amacına aykırı olduğu açıktır. Bu nedenle, DCMK m. 1/1-f, mürettebatsız yeni tip gemilere lafzi olarak uygulanabilir görünmektaysa da hüküm mahiyeti itibarıyla yeni tip gemilerle uyumsuzluk gösterir. Krş. Ciğer (n 14) 53-64.

⁸⁹ DCMK m. 12, deniz yoluyla tehlikeli eşya taşınmasına ilişkin tanımlar içermektedir. DCMK m. 12/2'de yapılan atıf bakımından ise Tehlikeli Yüklerin Denizyoluyla Taşınması ve Yükleme Emniyeti Hakkında Yönetmelik (*Tehlikeli Yük Yönetmeliği*) (RG 14.11.2021/31659) dikkate alınması gerekir. *Tehlikeli Yük Yönetmeliği* m. 14/9 ve m. 23/5 hükümleri, kaptanın görev ile yetkilerine atıf yaptığı ve açıkça kaptanın gemide bulunmasını öngördüğü için yeni tip gemiler bakımından uygulanamaz niteliktedir. Buna karşılık, DCMK m. 12/2'de yönetmeliğe yapılan atfın, denize elverişlilik hususunda DCMK m. 3, DCMK m. 4 ve DCMK m. 5 hükümlerinin yönetmeliğe yaptığı atıftan farklı olarak, DCMK m. 12'nin mürettebatsız yeni tip gemilere tatbiki açısından daha tali bir rol oynadığı söylenebilir. Zira denize elverişliliğe ilişkin DCMK hükümleri, doğrudan yönetmelikteki kıstaslara sonuç bağlamaktadır. Öte yandan, DCMK m. 12/2'de yapılan atfın, ilgili hükmün uygulanmasına engel olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim DCMK m. 12'nin lafzından anlaşılacağı üzere hükmün esas amacı tehlikeli maddeyi tanımlamaktır ve DCMK m. 12'de yapılan tanımların yeni tip gemiler bakımından da uygulanabileceği açıktır. Bu bakımdan, DCMK m. 12 de uygulanabilir nitelikteki hükümler ara-

leri ile DCMK'nin yürürlüğüne ilişkin DCMK m. 28, DCMK m. 29 ve DCMK m. 30 hükümleri de bu kategoride tasnif edilen hükümlere örnek verilebilir.

2. Kısmen Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler

DCMK hükümlerinin mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti hakkında yapılan inceleme neticesinde oluşturulan ikinci kategori, ancak kısmen uygulanması mümkün olan maddelerden oluşmaktadır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilerde DCMK bağlamında kaptan ve gemi adamı tanımı kapsamında bulunabilecek kimseler mevcut olmadığından, kaptan veya gemi adamlarına atıf yapılan fıkralar veya kısımların yeni tip gemiler bakımından uygulanması mümkün değildir.

Bu kategorideki hükümlere verilebilecek ilk örnek, liman çıkış belgesine dair DCMK m. 6 hükmüdür. Ticaret gemilerinin yola çıkmadan önce yangından korunma, yangın söndürme ve seyir donanımları, can kurtarma, yolcu sayısı, gemi adamları, kumanya ve yakıt, yükünün cinsi, istifi ve yük miktarı ve yükleme markası yönlerinden yönetmelikle belirlenen usul ve esaslara göre denetlenebileceğini ve yönetmeliğe uygun olmayan ticaret gemilerinin yola çıkmasına izin verilmeyeceğini düzenleyen DCMK m. 6/1'in, gemi adamları bakımından denetim öngörmesi sebebiyle mürettebatsız yeni tip gemiler bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.⁹⁰ Öte yandan bu durum, DCMK m. 6/1 ile DCMK m. 2 hükümleri bakımından İdare'ye⁹¹ istisna getirmek yetkisi tanıyan DCMK m. 6/2'nin, mürettebatsız yeni tip gemilere uygulanmasına engel değil-

sında tasnif edilmiştir. Fakat, maddenin atıf yaptığı *Tehlikeli Yük Yönetmeliği'nin* yeni tip gemilere uygulanması bakımından bazı sorunların mevcut olduğunu işaret etmek gerekir. Ayrıca bkz. dpn. 85.

⁹⁰ Aynı sonuca DCMK m. 2 uyarınca ulaşılması da mümkündür.

⁹¹ DCMK m. 1/a uyarınca İdare, Denizcilik Müsteşarlığını ifade etmektedir; ancak, 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca düzenlenen Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Numarası: 491, Kabul Tarihi: 10.08.1993, RG 19.08.1993/21673) uyarınca düzenlenen Denizcilik Müsteşarlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Numarası: 655, Kabul Tarihi: 26.09.2011, RG 01.11.2011/28102 1. Mükerrer) m. 44 uyarınca kaldırılmış ve Denizcilik Müsteşarlığına yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca yapılmış sayılmıştır. Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Numarası: 703, Kabul Tarihi: 02.07.2018, RG 09.07.2018/30473 3. Mükerrer) uyarınca Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının teşkilatı yapısı değişmiş ve Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı adını almıştır. Dolayısıyla, DCMK kapsamında kastedilen İdare, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'dır.

dir. Zira DCMK m. 6/2’de, DCMK m. 6/1 ve DCMK m. 2 hükümleri uyarınca yapılan denetimler yönünden, liman sefer bölgesi, bitişik iki liman veya Marmara Denizi içindeki tüm limanlar arasında sürekli veya düzenli sefer yapan gemiler, balıkçı gemileri, küçük deniz araçları ve acil durumlarda kullanılacak gemiler için İdare tarafından basitleştirilmiş uygulamalar getirilebileceği, istisna veya muafiyetler tanınabileceği hükmüne bağlanmaktadır. DCMK m. 6/2’de, DCMK m. 6/1’in aksine, kaptan ve gemi adamlarına atıf yapılmadığından, esasen DCMK m. 6 yeni tip gemilere kısmen uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla her ne kadar DCMK m. 6/1’deki temel kural uyarınca gemi adamlarına yapılan atıf nedeniyle mürettebatsız yeni tip bir geminin liman çıkış belgesi alması mümkün gözükmesinde de DCMK m. 6/2’de sayılan nitelikleri haiz bulunan bir gemi bakımından, kuralın istisnasının uygulanması mümkündür. Bu nedenle, DCMK m. 6/2 uyarınca İdare tarafından gemi adamlarının sayısı yönünden istisna veya muafiyet tanınması halinde, mürettebatsız gemiler de liman çıkış belgesi alabilecek ve sefere çıkabileceklerdir.⁹² Bu bağlamda, yeni tip gemilere ancak kısmen uygulanabilmekle birlikte, DCMK m. 6’nın söz konusu gemilerin denizlerimizde faaliyet gösterebilmesi bakımından kilit rol oynayabileceğini söylemek yanlış olmaz.

Ceza hükümleri başlıklı *Dördüncü Bölüm* hükümlerinden DCMK m. 20, DCMK m. 21, DCMK m. 22⁹³ ve DCMK m. 23 de kısmen uygulanabilir nitelikteki hükümler arasında tasnif edilebilir. Zira Kanunun hükümlerine aykırı davranışlar hakkında cezai ve idari yaptırımların düzenlendiği bu hükümlerin kaptan ve gemi adamlarına ilişkin kısımları mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemiler bakımından uygulanamaz niteliktedir; ancak, bu durumun, belirtilen hükümlerin (örneğin donatana yönelik cezai hükümler gibi) dışındaki düzenlemelere etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca askeri kişiler hakkında yapılacak ceza kovuştur-

⁹² Nitekim, tâlî mevzuat bakımından da bu tür bir imkân mevcut görünmektedir. *Teknik Yönetmelik* m. 15/2 özelinde bu yönde bir değerlendirme için bkz. Yılmaz (n 87) 223-224; Muran (n 60) 550-551. *Donatım Yönergesi* ve *Gemiadamları Yönetmeliği* bağlamında bir inceleme için bkz. Cığır (n 14) 47.

⁹³ Yukarıda DCMK m. 12 ve *Tehlikeli Yük Yönetmeliği’nin* yeni tip gemilere uygulanması bakımından özellik gösteren bazı hususlara işaret edilmiştir. DCMK m. 22/1’de de bu hükümlere atıf yapılarak yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı olarak yükleyenlerin idari para cezasına çarptırılacağı ifade edilmektedir. İlgili yönetmelik hükümlerinin kaptan ve gemi adamlarına yapılan atıflar dolayısıyla yeni tip gemilere uygulanmasında bazı sorunlar olduğu işaret edilmişti. (Bkz. dpn. 89.) Dolayısıyla esasen DCMK m. 12/1’in donatan bakımından da uygulanması güçtür. Öte yandan, bu durumun DCMK m. 12/2’nin uygulanmasına engel olmayacağı değerlendirilmektedir.

turmalarına ilişkin DCMK m. 25, DCMK'nin bazı hükümlerinin Türk Donanması-na bağlı harp ve yardımcı gemileri ile Türk limanlarına gelen, bu limanlardan kalkan ve Türk karasularında seyrüsefer gerçekleştiren yabancı gemilere de uygulanmasını öngören DCMK m. 26 ve TTK'nin Çatma ve Kurtarma başlıklı bölümlerine atıf yapan DCMK m. 27⁹⁴ hükümleri de kısmen uygulanabilir nitelikteki hükümler kapsamındadır.

3. Uygulanması Olanaklı Görülmeyen Hükümler

DCMK hükümlerinin mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti hakkında yapılan inceleme neticesinde oluşturulan üçüncü kategori, uygulanması mümkün olmayan maddelerden oluşmaktadır. Nitekim, bu kategoride yer alan maddelerde ya doğrudan kaptan veya diğer mürettebatın görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler mevcut bulunmakta ya da madde-nin uygulaması bakımından gemide mürettebat bulunup bulunmadığı esas alınmaktadır. Dolayısıyla, kısmen uygulanabilir nitelikteki hükümlerden farklı olarak, bu kategoride yer alan maddelerde kaptan veya diğer mürettebata yapılan atıf, ilgili maddeyi, mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemiler bağ-lamında, bütünüyle uygulanamaz hale getirmektedir.

Bu kategorideki hükümler bağlamında üzerinde durulması gereken ilk dü-zenleme, DCMK'nin uygulaması bakımından asli nitelikte bulunan liman çıkış belgesini düzenleyen DCMK m. 2'dir. DCMK m. 2/1, liman idari sınırlarını aşarak seyrüsefer gerçekleştirecek olan her ticaret gemisinin limandan ayrılışının, li-man başkanlığı tarafından verilecek izne tâbi olduğunu ve bu iznin *liman çıkış belgesi* uyarınca verileceğini hükme bağlamaktadır.⁹⁵ DCMK m. 2/2 uyarınca,

⁹⁴ Başka kanunlarda bulunan bazı hükümlerin uygulamasına öncelik tanımak amacıyla kaleme alınan DCMK m. 27, özellikle TTK'nin Çatma ile Kurtarma ve Yardım kısımlarına atıf yapmaktadır. Nitekim, TTK'nin ilgili kısımlarının hem kaptan veya diğer mürettebatın görev ve yetki-lerine ilişkin düzenlemeler içeren hükümleri hem de bazı hükümlerin mahiyeti itibarıyla yeni tip gemilerle uyumsuzluk göstermesi nedeniyle, yeni tip gemilere genellikle ancak kısmen uygulanabilmekte, uygulanabilir nitelikte olan hükümlerin ise uygulaması yeni tip gemiler bakımından özellik göstermektedir. Bkz. CİĞER (n 14) 55 ve 59-60. Bu nedenle ilgili DCMK hükmü kısmen uygulanabilir nitelikteki hükümler arasında tasnif edilmiştir.

⁹⁵ Liman çıkış belgesi hakkında ayrıca bkz. Cömert (n 60) 339-340; Muran (n 60) 98-99 ve 257; Oyal (n 84) 68 vd.; Kara Balı (n 84) 167-169. Yola elverişlilik kapsamında konunun değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Serap Helvacı ve Hakan Muran, 'Mürettebatsız Gemilerin Elveriş-liliği' (2022) 1 (1) Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi 31, 62. Ayrıca bkz. Bülent Sözer, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araş-tırma Enstitüsü Yayınları 1975) 14; Bülent Sözer, 'Teknolojik Gelişmelerin, Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcunun Kapsamına ve İçeriğine Etkileri' in Cüneyt Süzel

liman çıkış belgesi verilebilmesi için, denize elverişli olan ticaret gemilerinin *yükleme durumu, gemi adamlarıyla donatımı ve yolcu sayısı ve yükün cinsi* hususları bakımından belgelerinin uygunluğu ile diğer zorunlu belgelerinin geçerliliğinin liman başkanlığınca yapılacak denetim sonucu tespit edilmesi gerekir. Aslında, ilk bakışta dahi bu hükmün mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere uygulanması halinde geminin liman çıkış belgesi alamayacağını söylemek mümkündür. Öte yandan, burada liman çıkış belgesi verilmesi için gerekli gemi adamı sayısının belirtilmediği ve yapılacak denetimin usul ve esaslarının yönetmelikle belirleneceğinin düzenlendiği⁹⁶ dikkate alındığında, söz konusu değerlendirme bakımından tali mevzuat hükümleri esastır. Bu bağlamda, DCMK m. 2'deki atıf dolayısıyla *Teknik Yönetmelik*⁹⁷ ve DCMK ile *LimK* arasında kurulan bağ sebebiyle Limanlar Yönetmeliği⁹⁸ (*LimYön*) ve *LimYön* m. 11/2-a'nın ilgili mevzuata yaptığı atıf uyarınca *Donatım Yönergesi* hükümlerini de incelemek gerekir. Söz konusu hükümlerden bu hususta en açık düzenlemeleri içermekte olan *Donatım Yönergesi* m. 4 uyarınca gemilerin gemi adamlarıyla donatılmasındaki asgari yeter sayılar *Donatım Yönergesi* Çizelge 1-13'te gösterilmektedir. Ayrıca *Donatım Yönergesi* m. 8'de, gemi adamlarının yeterlik dereceleri ve sayıları yönünden *Donatım Yönergesi*'ndeki çizelgelere göre donatılmamış gemilere *liman çıkış belgesi* verilmeyeceği ve sefere çıkmasının liman başkanlıklarınca engelleneceği düzenlenmektedir. *Donatım Yönergesi*'ndeki çizelgeler *Teknik Yönetmelik* m. 7, *Teknik Yönetmelik* Ek-4 ve *LimYön* m. 11 hükümleriyle birlikte incelendiğinde kural olarak, herhangi bir geminin, bordasında mürettebat bulunmaksızın *liman çıkış belgesi* alamayacağı ve sefere çıkamayacağı anlaşılmaktadır.

(ed), *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu - I* (On İki Levha Yayınları 2019) 1, 11; Yılmaz (n 87) 222-227.

⁹⁶ Türk Sivil Havacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Numarası: 7519, Kabul Tarihi: 04.07.2024, RG 09.07.2024/32597) m. 5 uyarınca yapılan değişikliklerle, liman başkanlığınca yapılacak denetimin usul ve esaslarının yönetmelikle belirleneceği ve bu denetimin, İdare tarafından oluşturulan, liman giriş ve çıkış işlemlerinin takip edildiği sistem üzerinden sunulan belgeler uyarınca yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

⁹⁷ Nitekim *Teknik Yönetmelik*'in amacını düzenleyen *Teknik Yönetmelik* m. 1'de, *liman çıkış belgesi* düzenlenmesine esas olacak teknik kuralların belirlenmesi ile bunlara yönelik uygulama esasları ve belgelendirmelere dair usul ve esasların tespit edilmesi de yer almaktadır.

⁹⁸ RG 30.10.2012/28453.

Bununla beraber, hem *Donatım Yönergesi*⁹⁹ hem de *Teknik Yönetmelik*¹⁰⁰ bağlamında İdare'nin gemi adamı yeter sayılarında değişiklik yapmaya yetkili olduğu bazı haller düzenlendiğini işaret etmek gerekir.¹⁰¹ Örneğin, *Donatım Yönergesi* m. 4 uyarınca bazı hallerde “çizelgelerde gösterilen gemiadamı sayılarında değişiklik yapmaya İdare yetkilidir.” Benzer şekilde *Teknik Yönetmelik* m. 15/2'ye göre “İdare, yeni özellikleri nedeniyle bu Yönetmelikteki hükümlere uymasının, bu yeni özelliklerin geliştirilmesi ve gemide uygulanması ile ilgili araştırmaları ciddi olarak etkileyeceği kanaatinde olduğu gemileri, araştırma konusu ile sınırlı olmak kaydıyla bu Yönetmelikteki belli gereklerden muaf tutabilir.” Doktrinde, bu hükümlerin mürettebatsız şekilde işletilen gemiler bakımından mevcut mevzuat hükümleri kapsamında geminin sefere elverişli kabul edilebilmeleri amacıyla kullanılabileceği, buradaki istisnaların yeni tip gemilerin kullanılmasına cevaz verebileceği yönünde görüşler savunulmuştur.¹⁰² Bu görüşlerde haklılık payı olduğunu teslim etmekle birlikte, nihai olarak, bu hükümlerdeki istisna ve muafiyetlerin esasen gemide bulunması gereken gemi adamı sayısını sıfıra indirmek değil de azaltmaya yönelik olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, bu yönetmelikler kapsamında istisna tanınsa dahi tali mevzuatta yaygın şekilde kaptana yapılan atıflar ve kaptanın görevleri göz önünde bulundurulduğunda bazı uyumsuzlukların ortaya çıkması ihtimalini yok saymak mümkün değildir. Ayrıca, bu istisna hükümlerinin belirli şartlara bağlanmış olması nedeniyle, getirilecek istisna ve muafiyetlerin yeni tip gemileri bütünüyle kapsayabileceği hususunda da bazı tereddütler ifade edilebilir. Bu nedenle, tali mevzuatta İdare'ye muafiyet ve istisna getirmek yetkisi tanıyan hükümler vasıtasıyla yeni tip gemilerin mürettebatsız işletilmesine yönelik hukuki dayanak sağlanabileceği, böylelikle de bu tür gemilere liman çıkış belgesi verilebileceği ileri sürülebilirse de, bu yöntemin yeni tip gemileri DCMK ile uyumlu hale getirmek bakımından ne kadar elverişli olduğu hususu tartışmaya açıktır. Öte yandan, bu tür tartışmaların pratik etkisinin kısıtlı olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, mevzuatta yeni tip gemiler için İdare'ye istisna ve muafiyet getirmek yetkisi tanıyan hükümler tali mevzuatla sınırlı değildir. Gerçekten de yukarıda da değinildiği üzere, DCMK m. 6/2 uyarınca DCMK m. 2'de belirtilen denetimler

⁹⁹ *Donatım Yönergesi* m. 4

¹⁰⁰ *Teknik Yönetmelik* m. 15/2.

¹⁰¹ Ayrıca bkz. *Gemiadamları Yönetmeliği* m. 5; CİĞER (n 14) 47.

¹⁰² Yılmaz (n 87) 225; Muran (n 60) 550-551; CİĞER (n 14) 47-48. Krş. Fırat Bolat ve Özgün Koşaner ‘İnsansız Gemilerin Güncel Statüleri’ (2021) (23) *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi* 341.

bakımından idare'nin basitleştirilmiş uygulamalar getirmek ve istisna veya muafiyetler tanımak yetkisi bulunmaktadır. Öyleyse, idare tarafından bu yetkinin kullanılması ve başta gemide bulunması gereken gemi adamlarının sayısına yönelik olmak üzere yeni tip gemiler bakımından bazı istisna veya muafiyetlerin tanınması halinde, mürettebatsız işletilen yeni tip gemilerin de liman çıkış belgesi alabilmesi ve sefere çıkabilmesi mümkün hale getirilebilir. Dolayısıyla, DCMK m.2'nin, kural olarak, mürettebatsız şekilde işletilen bir yeni tip geminin liman çıkış belgesi alması ve geminin sefere çıkmasına engel teşkil ettiği sabit olmakla birlikte, ilgili hükmün yeni tip gemilere uygulanması bakımından ortaya çıkacak problemlerin, bizatihi DCMK'nin sağladığı hukuki dayanak çerçevesinde, aşılması olanaklı görünmektedir.

Görüldüğü üzere, yeni tip gemilerin kullanılmasına engel teşkil etmek potansiyeli nedeniyle uygulanamaz nitelikteki hükümlerin en önemlisi DCMK m. 2 olarak öne çıkmaktadır. Bununla beraber, bu gruptaki hükümlere başka örnekler de verilebilir. Nitekim, Denizde Çatışmayı Önleme Yönetmeliği¹⁰³ (*Çatma Yönetmeliği*) hükümlerine aykırı davranılması nedeniyle can veya mal zararına sebep olunan hallerde, olayın gerçekleşmesi esnasında köprü üstünde vardiyada bulunan kaptan veya mevzuata göre yetkili güverte zabitanı kusurlu sayan DCMK m. 9, çatışan gemilerin kaptanlarının görev ve yetkilerine ilişkin düzenleme içeren DCMK m. 10, deniz raporu düzenlenmesi hususunda kaptanın görev ve yetkilerini düzenleyen ve TTK'ye atıf yapan DCMK m. 13, DCMK'nin bazı maddelerindeki yardım yükümlülüklerine atıf yapan ve bu yükümlülüklerle aykırı hareket eden kaptanların Türk Ceza Kanunu¹⁰⁴ (TCK) m. 98 uyarınca cezalandırılacağını düzenleyen DCMK m. 24 hükümleri ile *Denizde can kurtarma* başlıklı *Üçüncü* Bölüm'de yer alan ve kaptanın denizde can kurtarma faaliyetine ilişkin görev ve yetkilerine dair düzenlemeler içeren DCMK m. 14, DCMK m. 15, DCMK m. 16, DCMK m. 17, DCMK m. 18 ve DCMK m. 19 hükümleri de, nihai olarak, mürettebatsız şekilde işletilen gemiler bakımından uygulanamayacağından bu kategoride tasnif edilmiştir.

¹⁰³ RG 12.03.2024/32487. *Çatma Yönetmeliği* nin yürürlüğe girmesiyle birlikte ve Denizde Çatışmayı Önleme Tüzüğü (RG 24.04.1978/16273) yürürlükten kalkmıştır. Söz konusu tüzük hakkında ayrıca bkz. Kerim Atamer, 'Türkiye'nin COLREG'e Taraf Olma Süreci ve Tüzüğün Hükümü' (2021) 3 (2) *DEHUKAM Deniz Hukuku Dergisi* 485, 527-529.

¹⁰⁴ Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 26.09.2004/25611.

III. Değerlendirme ve Öneriler

Yukarıdaki inceleme sonucunda DCMK'nin yeni tip gemiler ile uyumunun çok sınırlı olduğu açık şekilde görülmektedir. Nitekim, geçici maddeler haricinde toplam otuz maddeden oluşan DCMK'nin yalnızca üçte birine tekabül eden bir kısmı yeni tip gemiler bakımından doğrudan uygulanabilir niteliktedir.¹⁰⁵ Öte yandan, toplam on dokuz maddenin kısmen uygulanabilir veya uygulanamaz kategorilerinde tasnif edildiği dikkate alınırsa, DCMK hükümlerinin büyük bir bölümünün yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti bulunmadığına işaret edilebilir. DCMK'nin 1946 yılında yürürlüğe girdiği ve gerek ilk taslağının gerekse de metnin esaslı şekilde değiştirildiği sonraki tadillerin tamamının yeni tip gemilere ilişkin çalışmaların öncesinde kaleme alındığı göz önünde bulundurulduğunda, aslında bu değerlendirmenin beklenen bir sonuç olduğunu söylemek yanlış olmaz. Buna karşılık, Kanunun amaçları ve temel kanun niteliği gözetildiğinde bu durumun önemli etkileri olması muhtemeldir.

Kısmen veya tamamen uygulanma kabiliyeti bulunmayan DCMK hükümlerinin, kaptanın yetki ve görevlerini düzenleyen hükümlerden idari ve cezai yaptırımlara kadar geniş bir skalada ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Öte yandan bu muhtemel problemlerin en önemlisi, kuşkusuz, denetim ve liman çıkış belgesi verilmesine ilişkin DCMK hükümleridir. Nitekim DCMK m. 2 ve DCMK m. 6/1 hükümleri ile bu hükümlerin sonuç bağladığı tâli mevzuat hükümleri, liman çıkış belgesi verilebilmesini ve dolayısıyla geminin sefere çıkabilmesini, geminin bordasında mürettebat bulunması şartına bağlamaktadır. Bu durum, mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip bir geminin liman çıkış belgesi alabilmesinin imkânsız olduğu anlamına gelir. Liman çıkış belgesi verilmesine ilişkin hükümlerin, DCMK m. 26 uyarınca hem Türk gemilerine hem de ülkemizin limanlarına gelen, bu limanlardan kalkan ve ülkemizin karasularında seyrüsefer gerçekleştiren yabancı gemilere de uygulandığı dikkate alındığında, DCMK hükümleri yeni tip gemilerin Türk karasuları ve liman bölgelerinde sefer yapması bakımından pratik bir engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu temel sorun çözülmeden DCMK'deki diğer sorunlardan bahsetmek esasen çok da anlamlı değildir.

Bu bakımdan DCMK'nin yeni tip gemilerle uyumlu hale getirilmesi amacıyla Kanunda değişiklik yapılması ihtiyacı açık şekilde görülmektedir. Esasen, burada da Kanunun uygulanma kabiliyeti bakımından temel problemin konvansiyonel gemiler odağında kaleme alınan dolayısıyla da kaptan ve mürettebatın gemide

¹⁰⁵ Tablo: DCMK Maddelerinin Mürettebatsız Yeni Tip Gemilere Uygulanabilme Kabiliyeti.

bulunduğunun varsayıldığı DCMK hükümleri olduğu dikkate alınırsa, TTK bakımından olduğu gibi,¹⁰⁶ kaptan ve gemi adamları ile yeni tip gemilerin işletilmesinde görev alacak kontrol merkezi personeli arasında işlevsel denklik sağlanmasına yönelik bir çözümün kâfi olabileceği düşünülebilir. Buna karşılık, DCMK'nin yeni tip gemilere uyumlu hale getirilmesi hedefi açısından, ara çözüm kabilinden, sınırlı bir değişikliğin yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira, DCMK hükümlerinin büyük çoğunluğu yeni tip gemiler bakımından sadece uyumsuz değil, aynı zamanda da yetersizdir. Nitekim, DCMK'nin deniz emniyeti ve yolculuk güveni sağlamak amacı dikkate alındığında, geminin mürettebatsız işletilmesinin sebep olduğu sorunların giderilmesi, kanunun yeni tip gemilere belli ölçüde uygulanabilmesini sağlayabilirse de geminin deniz ortamında emniyetli şekilde işletilmesini temin edemeyeceği açıktır.

Bu durumun temel nedeni, DCMK'nin ve DCMK'de atıf yapılan tali mevzuatın hem geminin ve gemi donanım ile ekipmanlarının teknik özellikleri, yeterlilikleri ve işletimi hem de doğrudan geminin emniyetli sevk ve idaresi ile bu yükümlülükle görevlendirilenlerin yeterlilikleri, gözetecikleri kurallar ve uymaları gereken ödevlere yönelik düzenlemeler içermesidir. Bu düzenlemelerin, yeni tip gemiler bakımından, bu gemilere has ihtiyaçlar ve gereksinimler ışığında kapsamlı şekilde gözden geçirilerek, uyarlanması gerekir. Gerçekten de, örneğin mevzuattaki denize elverişlilik kavramının, işleyiş esasları ve teknik özellikleri bakımından, yeni tip gemilerin denizin tehlikelerine karşı koyup koyamayacağını ölçmek hususunda eksik kalabileceğine işaret etmek gerekir. Geminin genel donanım, seyir teçhizatı ve haberleşme sistemlerinin deniz tehlikelerine karşı koyabilecek durumda olup olmadığı hakkında yapılan değerlendirmede, yeni tip gemiler bakımından, geminin sevk ve idaresini gerçekleştirecek otonom seyir sistemleri, geminin kamera, sensör ve LİDAR gibi aksamaları ile geminin uzaktan kontrol merkeziyle iletişimini gerçekleştiren telekomünikasyon ve uzaktan kontrol sistemleri başta olmak üzere, bu tür gemilerde mutlak olarak kullanılacak yeni teknolojiler de kuşkusuz dikkate alınmalıdır. Buna ek olarak, siber riskler, özellikle mürettebatsız yeni tip gemiler bağlamında yangından korunma ve yangınla mücadele donanımları ve can kurtarma kabiliyeti gibi, yeni tip gemiler bağlamında özellik gösteren bazı hususların da bu çerçevede ele alınması gerektiği açıktır.¹⁰⁷ Buna rağmen, yukarıda ifade edildiği üze-

¹⁰⁶ Krş. Ciğer (n 14) 66-72.

¹⁰⁷ Barış Soyer, 'Autonomous vessels and third-party liabilities: the elephant in the room' in Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (eds), *New Technologies, Artificial Intelligence and Ship*

re, DCMK bağlamında yeni tip bir geminin denize elverişlilik belgesi alabilmesi mümkün görünmektedir.¹⁰⁸ Halbuki, ne DCMK bağlamında konuyu düzenleyen, hatta lafzı dikkate alındığında uygulanabilir nitelikte hükümler arasında bulunan, DCMK m. 3 ila DCMK m. 5 hükümlerinin ne de *Teknik Yönetmelik* m. 5 gibi tâli mevzuat hükümlerinin bu yönüyle yeni tip gemilere uygun olduğu söylenebilir.

Yeni tip gemiler bakımından temelden uyarlanması ihtiyacı öne çıkan hükümler sadece DCMK'nin denize elverişliliğe ilişkin hükümleriyle sınırlı değildir. Benzer bir durum deniz emniyeti ve yolculuk güveni odağında kaptan ve gemi adamlarının ödev ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümler bağlamında da söz konusudur. Yukarıda değinildiği üzere bu hükümler, zaten gemide bulunmadıkları için kontrol merkezi personeline uygulanabilir nitelikte değildir; ancak, şayet bu engel aşılsa dahi ilgili ödevlerin kontrol merkezi personeline doğrudan uygulanabileceği söylenemez. Nitekim, DCMK m. 8 bağlamında uyulması gereken seyir ve idare kurallarının atıf yaptığı *Çatma Yönetmeliği* ve bu yönetmeliğe kaynak teşkil eden COLREG'in yeni tip gemilerle uyumsuz hükümlerinin mevcut olduğu bilinmektedir.¹⁰⁹ Ek olarak, mezkur yönetmeliğe aykırılıktan dolayı can veya mal zararına sebebiyet verdiği hallerde geminin seyri esnasında köprü üstünde vardiyada bulunan kaptan veya yetkili güverte zabitanın kusurlu sayılacağını düzenleyen DCMK m. 9 hükmü gibi kanun ve tali mevzuatta gemi adamlarının fiilen geminin bordasında bulunmasını gerektiren hükümlerin, fonksiyonel denklik sağlansa dahi, kontrol merkezi personeline uygulanması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla, TTK'deki dolaylı düzenlemelerin aksine, DCMK ve tali mevzuatta kaptan ve gemi adamlarının yükümlülüklerine yönelik düzenlemele-

ping Law in the 21st Century (Informa Law from Routledge 2020) 105, 115; Bülent Sözer, 'Seaworthiness in the context of cyber-risks or "cyberworthiness"' in Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (eds), *Ship Operations New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector* (Informa Law from Routledge 2020) 99, 99 vd.; Michael Tsimplis, 'Designing Norms for Autonomous Ships: The Obligation to Call for Help and the Duty to Save Life in Danger at Sea' in Tafsir Matin Johansson, Jonatan Echebarria Fernández, Dimitrios Dalaklis ve Jon A. Skinner (eds), *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications* (Palgrave Macmillan 2022) 99, 115 vd.; Helvacı ve Muran (n 95) 81-86; Ayşegül Buğra Şar, 'Considerations on Assistance and Rescue at Sea in the Light of the Increasing Autonomy in Shipping' (2023) 153 (105639) *Marine Policy* 1, 6-8; Cığır (n 14) 55; Muran (n 60) 552-554; Kara Balcı (n 84) 298 vd.; Fatima Özcan, 'Digital to Physical: Cyber-Related Fire Risks in MASS', (2025) <<https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/3123/1/012035/pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026, 3 vd.

¹⁰⁸ Kara Balcı (n 84) 347 ve 360-363. Ayrıca bkz. Helvacı ve Muran (n 95) 68-86.

¹⁰⁹ Cığır, 'IMO' 1164.

rin yeni tip gemilere uygulanmasının görece daha zor olduğuna işaret edilebilir. Buna kontrol merkezi personelinin eğitim ve yeterliliklerine ilişkin gereklilikler ile bu kimselerin statüsüne dair yapılması gereken düzenlemeler de eklendiğinde, ilgili hükümlerin yeni tip gemilere uyumlu hale getirilmesinin hayli kapsamlı bir tadil gerektireceği açıktır.

Bütün bu gerekçeler göz önüne alındığında, DCMK'nin yeni tip gemilere uyumlu hale getirilebilmesi bakımından bir ara çözümün mümkün görünmediğini kabul etmek gerekir. Nitekim, bu tür bir hedefin gerçekleştirilmesi için yeni tip gemilere uygulanabilir nitelikte olan hükümler ile uyumsuz olan ya da uygulanması hiç mümkün olmayan mevzuat hükümlerinin tespiti kadar, bu gemiler hakkında füzuli olabilecek düzenlemeler ile yeni tip gemilere has ihtiyaçlar nedeniyle baştan kaleme alınması gereken yeni düzenlemelerin de tespit edilerek, yeni bir hukuki çerçeve oluşturulması zaruridir.¹¹⁰ Bu açıdan, gerçekleştirilebilecek muhtemel çalışmalara halihazırda IMO tarafından hazırlanmakta olan ve yeni tip gemilerin işleyiş ve fonksiyonlarına ilişkin temel prensiplerin detaylandırıldığı, yeni tip gemilerin sorvey ve sertifikalandırma esasları, sistem tasarımı, güvenli mod, acil durum planlaması, insan denetimi ve kontrolü gibi işleyiş esaslarına ilişkin hususlar, alarm ve ikaz yönetimi, yazılımların oluşturulmasına dair ilkeler, geminin mürettebatlandırılmasına ve vardiyalar ile bu görevleri yerine getirecek kimselerin eğitim ve yeterliliklerine, bakım ve tamirat usulüne, geminin uzaktan kontrolü, bağlantı özellikleri, seyir emniyeti, yangın tespiti ve mücadelesi ile yangından korunma, seyir güvenliğinin arttırılması ve arama kurtarmaya ilişkin alınacak tedbirler ile yük taşıma esasları gibi, yeni tip gemilerin işletimine ilişkin belli başlı meselelerin kapsamlı şekilde ele alınarak ana ilkeler şeklinde düzenlendiği, Otonom Gemilere İlişkin Tüzük Taslağı (MASS Code) (*IMO Tüzük Taslağı*) hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamak gerekir.¹¹¹ Zira, bizim tarafı konumunda bulunduğumuz ve DCMK ile diğer denizcilik mevzuatımız açısından mehzaz teşkil eden STCW, SOLAS veya COLREG gibi pek çok IMO düzenlemesine söz konusu taslağın etkileri bulunacağı gibi, IMO'nun yeni tip gemilerin emniyetli şekilde işletilebilmesine ilişkin, on seneyi aşkın süredir devam eden ve ülkemiz tarafından da yakinen takip edilen, çalışmalarının bu alandaki düzenlemelere kaynaklık edeceği açıktır. Dolayısıyla gerek müstakil bir düzenleme vasıtasıyla gerekse de DCMK'nin geniş kapsamlı

¹¹⁰ Bu bağlamda bir örnek için krş. Workboat Code (Edition 3) düzenlemeleri, bkz. Cığır (n 14) 65.

¹¹¹ Bkz. dpn. 7.

tadil ihtiyacı hususundaki görüşlere paralel olarak¹¹², doğrudan kanunun tekrar ele alınarak tadili çerçevesinde ve *IMO Tüzük Taslağı* odağında mevzuatın yeni tip gemilere uyumlu hale getirilmesinin daha isabetli bir çözüm olacağı görüşündeyiz.

Bununla beraber, konuya ilişkin gelişmelerin hızlı seyri ve yukarıda değinildiği üzere, denizcilikte yeni teknolojilere ilişkin yapılacak hazırlıklar ve ar-ge çalışmaları bakımından vakitli şekilde adım atılmasının gerekliliği karşısında, bu hazırlıkların ilk basamağı olarak kabul edilebilecek olan deneme seferlerinin gerçekleştirilmesine mevzuatın cevaz vermesinin büyük önem arz ettiğine işaret etmek gerekir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, DCMK'nin liman çıkış belgesi verilmesine ilişkin bazı hükümlerinin, mürettebatsız işletilen yeni tip bir geminin sefer yapmasına engel olabileceğini dile getirmiştik. Dolayısıyla, deniz emniyeti ve yolculuk güvenine ilişkin cari mevzuat hükümlerinin yeni tip gemilerin deneme seferlerinin gerçekleştirilmesine dahi engel olduğu söylenebilir. Ancak, bu durumun yine DCMK çerçevesinde aşılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.¹¹³ Nitekim, yukarıda dikkat çekildiği üzere, DCMK m. 6/2 uyarınca İdare, Kanun kapsamında yapılacak esas denetimler bakımından *"küçük deniz araçları ve balıkçı gemileri ile liman sefer bölgesi, bitişik iki liman veya Marmara Denizi içindeki tüm limanlar arasında sürekli veya düzenli sefer yapan gemiler ve acil durumlarda kullanılacak gemiler için basitleştirilmiş uygulamalar getirebilir, istisnâ veya muafiyetler tanıyabilir."* Öyleyse, İdare'nin bu yetki kapsamında, yeni tip gemiler için, deniz emniyeti ve yolculuk güvenliğini temin edecek şekilde, farklı uygulamalar tesis etmesi ya da bazı muafiyetler tanıması mümkündür. Esasen, taraf devletlerin liman bölgesinde ve karasularında gerçekleştirilecek deneme seferleri bakımından kaynak teşkil etmesi amacıyla IMO'nun 2019 yılında yayınladığı çerçeve yönergenin¹¹⁴ akabinde, bu veya diğer ilgili IMO yönergeleri¹¹⁵ de dikkate alınarak, bazı ülkelerde¹¹⁶ deneme seferlerine ilişkin de-

¹¹² Demir (n 59) 351 vd.

¹¹³ *Donatım Yönergesi* bakımından krş. Yılmaz (n 87) 225; *Teknik Yönetmelik* bakımından krş. Muran (n 60) 550-551.

¹¹⁴ 'IMO, MSC.1/Circ.1604, Interim Guidelines for Mass Trials' (14 Haziran 2019) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

¹¹⁵ 'IMO, MSC.1/Circ.1455, Guidelines for the Approval of Alternatives and Equivalents as Provided for in Various IMO Instruments' (24 Haziran 2013) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

¹¹⁶ Norveç örneği için bkz. 'Guidance in connection with the construction or installation of automated functionality aimed at performing unmanned or partially unmanned operations' (2020)

netim ve onay süreçleri hazırlanarak yürürlüğe konulduğu bilinmektedir.¹¹⁷ Benzer olarak, bazı kaynaklarda Almanya Denizcilik İdaresi tarafından, genellikle 24 metreye kadar olan gemilerin deniz emniyeti, donanımları, işleyiş esasları ve çatışmayı önleme gibi kriterler ışığında değerlendirilerek, başvuru üzerine deneme ve işletim seferlerine onay verildiği ifade edilmektedir.¹¹⁸ DCMK'nin tanıdığı yetki çerçevesinde, İdare tarafından benzer hususların belirlenerek (örneğin küçük deniz araçları bakımından veya belirli bölgelerle sınırlı olarak) farklı uygulamalar getirilmesi, yeni tip gemilere ilişkin izin süreçlerinin düzenlenerek böylelikle görece kısa bir süre içinde ülkemiz denizlerinde deneme seferleri yapılmasına olanak tanınması mümkün görünmektedir. Dolayısıyla her ne kadar DCMK'nin yeni tip gemiler bakımından bütünüyle uyumlu olduğu söylenemezse de DCMK, hukuki çerçeve hazır hale getirilene kadar, mevzuatta tanıyan yetkiler ışığında bu türden gemilerin gelişim sürecinde yeni teknolojilerin geliştirilmesine veya denenmesine engel de oluşturmamaktadır. Bu durumun Türkiye'nin otonom gemilere uyum süreci bağlamında önemli bir avantaj teşkil ettiği ortadadır.

Sonuç

Bu çalışmayla DCMK'nin mevcut hükümlerinin yeni tip gemiler bakımından uygulanma kabiliyeti ele alınmıştır. Bu kapsamda ulaşılan sonuçları üç ana başlık halinde özetlemek mümkündür. Bunlardan ilki DCMK'nin yeni tip gemilere uygulanma kabiliyetinin çok sınırlı olduğu şeklinde ifade edilebilir. Nitekim, inceleme sonucunda DCMK'nin hükümlerinin büyük çoğunluğunun, yeni tip gemilerle uyumlu olmadığı tespit edilmiş; mürettebatsız şekilde işletilen yeni tip gemilere liman çıkış belgesi verilemeyeceği, dolayısıyla yeni tip gemilerin Türk karasuları ve liman bölgelerinde sefer yapmasının dahi mümkün olmadığı görülmüştür.

İkinci olarak ise, DCMK'nin yeni tip gemilere uygun hale getirilmesinin, örneğin TTK gibi başka kanunlara kıyasen, son derece zor olduğunu işaret etmek gerekir. Gerçekten de, DCMK'nin yeni tip gemilere uygulanması bakımından

<<https://www.sdir.no/en/legislation/circulars/guidance-in-connection-with-the-construction-or-installation-of-automated-functionality-aimed-at-performing-unmanned-or-partially-unmanned-operations/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

¹¹⁷ Lange (n 53) 152.

¹¹⁸ 'Germany Positions Itself as a Key Driver in Maritime Autonomous Shipping' (2025) <<https://maritime-innovations.com/germany-autonomous-shipping/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026.

tespit edilen sorunların kapsamlı bir değişiklik gerçekleştirilmeden aşılması olanaklı görünmemektedir. Nitekim kanunun kapsamı, düzenlenme amacı ve temel kanun niteliği göz önüne alındığında hem ulusal denizcilik mevzuatı hem de deniz emniyetine ilişkin ülkemizin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerin, *IMO Tüzük Taslağı* başta olmak üzere bu gemilere özgü ihtiyaçlar ve gerekliliklere ilişkin çalışmalar ışığında, derinlemesine ele alınarak yeni tip gemilerle uyumlaştırılmasının gereği ortadadır. Dolayısıyla, DCMK'ye yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti kazandırmak açısından kısmi veya ara çözümlerin isabetli olmadığı kanısındayız.

Son olarak, işaret edilen sorunlara rağmen, DCMK'nin Türkiye'de yeni tip gemilere yönelik gerçekleştirilebilecek hazırlıklar bakımından mutlak bir engel teşkil etmeyeceğinin altını çizmek gerekir. Nitekim, bir bütün olarak DCMK'nin yeni tip gemilere uygulanması kayda değer problemlere gebe olsa da, m. 6/2'de öngörülen yetki vasıtasıyla Kanun, İdare'nin bu tür gemiler açısından ihtiyaç duyulacak deneme seferlerinin tabi olacağı hukuki çerçevenin tesisine yönelik adım atmasına cevaz vermektedir. Türkiye her ne kadar deniz ticaretinde yeni tip gemilerin yaygın kullanıma geçişi bakımından gerçekleştirilen hazırlıklar bağlamında dünya genelinde önemli aşama kaydeden ülkeler arasında bulunmamaktaysa da, ülkemizin bu alanda kayda değer bir potansiyeli olduğu görüşündeyiz. Bu bakımdan, DCMK'nin sağlayabileceği esnekliğin, ulusal mevzuatımızın yeni tip gemiler için gereken hazırlık sürecine uygun hale getirilmesi bakımından yakın vadede hayata geçirilebilecek çözümlere kapı araladığını söylemek mümkündür. Dünya genelinde yeni tip gemilere ilişkin gelişmelerin hızı ve yoğun rekabet ortamı göz önünde bulundurulduğunda ise, bu durumun önemli bir fırsat teşkil ettiğini vurgulamak gerekir.

Tablo: DCMK Maddelerinin Müretteatsız Yeni Tip Gemilere Uygulanabilme Kabiliyeti

Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Kısmen Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Uygulanamaz Nitelikteki Hükümler
Madde 1		
		Madde 2
Madde 3		
Madde 4		
Madde 5		
	Madde 6	

Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Kısmen Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Uygulanamaz Nitelikteki Hükümler
Madde 7		
Madde 8		
		Madde 9 ¹¹⁹
		Madde 10 ¹²⁰
Madde 11		
Madde 12		
		Madde 13 ¹²¹
		Madde 14
		Madde 15
		Madde 16
		Madde 17
		Madde 18
		Madde 19 ¹²²
	Madde 20	
	Madde 21	
	Madde 22	

¹¹⁹ DCMK m. 9, denizde can ve mal zararına sebep olan hadiseler bakımından yapılan değerlendirilmede, *Çatma Yönetmeliği*'ne uyulmasını esas almakta ve *Çatma Yönetmeliği*'nden ayrılmanın gerekli olmaması durumunda hadise sırasında köprü üstünde vardiyada bulunan kaptan veya mevzuata göre yetkili güverte zabiti söz konusu olamayacağı için, DCMK m. 9, uygulanamaz nitelikteki hükümler arasında tasnif edilmiştir.

¹²⁰ DCMK m. 10, çatışan gemilerin kaptanlarının görev ve yetkilerine ilişkin düzenleme içermektedir. Mürettebatsız yeni tip gemilerde kaptan söz konusu olamayacağı için, DCMK m. 10, uygulanamaz nitelikteki hükümler arasında tasnif edilmiştir.

¹²¹ DCMK m. 13, deniz raporu düzenlenmesi hakkında kaptanın görev ve yetkilerine yer vermek ve TTK'ye atıf yapmaktadır. Mürettebatsız yeni tip gemilerde kaptan söz konusu olamayacağı için, DCMK m. 13, uygulanamaz nitelikteki hükümler arasında tasnif edilmiştir.

¹²² *Denizde can kurtarma* başlıklı *Üçüncü* Bölüm'de yer alan ve kaptanın denizde can kurtarma faaliyetine ilişkin görev ve yetkilerine dair düzenlemeler içeren DCMK m. 14, DCMK m. 15, DCMK m. 16, DCMK m. 17, DCMK m. 18 ve DCMK m. 19 hükümleri, uygulanamaz nitelikteki hükümler arasında tasnif edilmiştir. Nitekim belirtilen bu maddeler, geminin sevk ve idaresinin bordadaki mürettebat tarafından yürütülmesini öngörmektedir ve bu nedenle mürettebatsız yeni tip gemiler bakımından uygulanamaz niteliktedir.

Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Kısmen Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Uygulanamaz Nitelikteki Hükümler
	Madde 23	
		Madde 24 ¹²³
	Madde 25 ¹²⁴	
	Madde 26 ¹²⁵	
	Madde 27	

¹²³ DCMK'nin bazı maddelerindeki yardım yükümlülüklerine atıf yapan ve bu yükümlülüklerle aykırı hareket eden kaptanların TCK m. 98 uyarınca cezalandırılacağını düzenleyen DCMK m. 24, uygulanamaz nitelikteki hükümler arasında tasnif edilmiştir. Bu tasnifin iki temel sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerden ilki, DCMK m. 24'te atıf yapılan DCMK m. 10, DCMK m. 14, DCMK m. 15 ve DCMK m. 16 hükümlerinin mürettebatsız yeni tip gemiler bakımından uygulanamaz nitelik taşımasıdır, krş. CİĞER (n 14), 49 dn.94. İkinci sebep ise ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesidir. (Kanunilik ilkesi hakkında bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 131-134; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 131-134.) Nitekim akıllı sistemler veya kontrol merkezi operatörü mevcut DCMK hükümleri uyarınca kaptan sıfatını haiz olmadığı için, DCMK m. 24'te kaptanlar için öngörülen ceza, mürettebatsız yeni tip gemiler bakımından uygulanabilir nitelikte değildir.

Buna karşılık, yaşadığı deniz kazası sebebiyle yardıma ihtiyacı olan kişilere hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgililere bildirmeyen kontrol merkezi operatörüne, TCK m. 98 uyarınca hapis veya adli para cezası uygulanabileceğine dikkat etmek gerekmektedir. Söz konusu uygulamanın kaynağı, DCMK m. 24'ün DCMK m. 10/1, DCMK m. 14, DCMK m. 15 ve DCMK m. 16 hükümlerindeki yardım yükümlülüklerine aykırı hareket eden kaptanlar hakkında TCK m. 98'e yaptığı atıf değil, TCK m. 98'in lafzıdır.

¹²⁴ DCMK m. 25, "*Türk donanmasına bağlı harp veya yardımcı gemileriyle Türk ticaret gemileri arasındaki çatışmalar sonucunda, askeri kişiler hakkında yapılacak ceza kovuşturmalarında*", Askeri Ceza Kanunu (Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG 15.06.1930/1520) uygulanmasını öngörmesi sebebiyle kısmen uygulanabilir nitelikteki hükümler arasındadır. Nitekim donanmaya bağlı mürettebatsız yeni tip bir geminin akıllı sistemler marifetiyle sevk ve idare edildiği bir durumda çatma gerçekleşirse, "*askeri kişi*" olarak nitelendirilebilecek bir kimse bulunmadığı için, DCMK m. 25 söz konusu gemi için uygulanamayacaktır. Buna karşılık, donanmaya bağlı mürettebatsız yeni tip bir geminin kontrol merkezi operatörü vasıtasıyla sevk ve idare edildiği bir ihtimalde çatma gerçekleşirse, kontrol merkezi operatörü "*askeri kişi*" olarak nitelendirilebileceği için, DCMK m. 25 söz konusu gemi için uygulanabilecektir.

¹²⁵ DCMK'nin bazı hükümlerinin Türk Donanmasına bağlı harp ve yardımcı gemileri ile Türk limanlarına gelen, bu limanlardan kalkan ve Türk karasularında seyrüsefer gerçekleştiren yabancı gemilere de uygulanmasını öngören DCMK m. 26, kısmen uygulanabilir nitelikteki hükümler arasındadır. Nitekim DCMK m. 26, uygulanamaz nitelikte düzenlemeler içeren hükümlere yaptığı atıf itibarıyla, örneğin DCMK m. 2, mürettebatsız yeni tip gemiler bakımından uygulanamaz niteliktedir; buna karşılık, uygulanabilir nitelikte düzenlemeler içeren hükümlere yaptığı atıf itibarıyla, örneğin DCMK m. 8, uygulanabilir niteliktedir.

Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Kısmen Uygulanabilir Nitelikteki Hükümler	Uygulanamaz Nitelikteki Hükümler
Madde 28		
Geçici Madde 1		
Geçici Madde 2		
Geçici Madde 3		
Madde 29		
Madde 30		

Kaynakça

- Akyol CS, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2022)
- Andaç C, 'Taşıyanın Başlangıçta Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi 2021)
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku - Cilt I* (On İki Levha Yayınları 2017)
- -, 'Türkiye'nin COLREG'e Taraf Olma Süreci ve Tüzüğün Hükmü' DEHUKAM Deniz Hukuku Dergisi (2021) 3 (2) 485-580
- Bolat F ve Koşaner Ö, 'İnsansız Gemilerin Güncel Statüleri' (2021) (23) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 341-358
- Bozkurt B, 'İnsansız Hava Araçları ve Sigorta' in Serap Amasya (ed), *Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu 18 Ocak 2019 İstanbul* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 75-103
- Buğra Şar A, 'Considerations on Assistance and Rescue at Sea in the Light of the Increasing Autonomy in Shipping' (2023) 153 (105639) Marine Policy 1-11
- Cerit Dindar C, 'Autonomous Ships and Time Charterparties' in James Kraska and Khanssa Lagdami (eds), *Marine Technology, Ocean Development and the Law of the Sea* (Cambridge University Press 2026) 39-86
- Ciğer S, 'Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan - TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme' in Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (eds), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 463-502
- -, 'Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO'nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler' (2024) 82 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1135-1183
- -, 'Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tip Gemiler: Beşinci Kitap Hükümleri Üzerine Bir İnceleme' (2025) (DEHUKAM 10. Yıl Özel Sayısı) DEHUKAM Deniz Hukuku Dergisi 29-139
- Cömert V, *Taşıyanın Gemiye Denize Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu* (On İki Levha Yayınları 2022)
- Demir İ, 'Türk Hukukunda Deniz Emniyetine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış' in İsmail Kırcı vd. (eds), *Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha Yayınları 2019) 341-398
- Ecemiş Yılmaz K, 'Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları' (2023) 31 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429-460
- Ed. Aybay G, *Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku* (Aybay Yayınları 1998)
- Ed. Ilgın S ve Sözer B, *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021)
- Ed. Süzel C, *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu - I* (On İki Levha Yayınları 2019)

- Helvacı S ve Muran H, 'Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği' (2022) 1 (1) Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi 31-104
- Kara Balcı Ö, *Hukuki Açından Modern Denize Elverişlilik Anlayışı* (Yetkin Yayınları 2025)
- Kara H, *Deniz Hukuku Denizcilik Fakülteleri İçin* (On İki Levha Yayınları 2020)
- Kayapınar G, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayınları 2023)
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021)
- Kurt Ş ve Ün O, 'İnsansız Hava Araçları (İHA) Üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme' (2015) 10(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-213
- Lange ER, *Regulating Autonomous Vessels* (Brill 2025)
- Muran H, *Taşıyanın Geminin Elverişsizliğinden Doğan Hukuki Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2024)
- Oyal AB, 'Taşıyanın Gemiye Denize Elverişli Bulundurma Yükümlülüğünün İhlâli ve Denize Elverişsizliğe İlişkin İspat Yükünün Değerlendirilmesi' (2024) 28 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-80
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018)
- Soyer B, 'Autonomous vessels and third-party liabilities: the elephant in the room' in Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (eds), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 105-115
- Sözer B, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1975)
- -, *Deniz Ticareti Hukuku, Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi* (Vedat Kitapçılık 2011)
- -, 'Teknolojik Gelişmelerin, Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcunun Kapsamına ve İçeriğine Etkileri' in Cüneyt Süzel (ed), *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu - I* (On İki Levha Yayınları 2019) 1-12
- -, 'Seaworthiness in the context of cyber-risks or "cyberworthiness"' in Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (eds), *Ship Operations New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector* (Informa Law from Routledge 2020) 99-111
- Tekil F, *Deniz Hukuku* (Beşinci Bası, Alkım Yayınları 1998)
- Tsimplis M, 'Designing Norms for Autonomous Ships: The Obligation to Call for Help and the Duty to Save Life in Danger at Sea' in Tafsir Matin Johansson, Jonatan Echebarria Fernández, Dimitrios Dalaklis ve Jon A. Skinner (eds), *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications* (Palgrave Macmillan 2022) 99-118

Uluğ Cicim İ ve Başer Öcal İB, 'Türk Hukukuna Göre Otonom Gemi Uzaktan Kontrol Merkezi Personelinin İş Sözleşmesine Uygulanacak Kanunun Belirlenmesi' (2025) 27 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511-540

Yılmaz M, *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu* (Yetkin Yayınları 2022)

Elektronik Kaynaklar

'AI sea drone firms want regulations changed' (2026) <<https://www.bbc.com/news/articles/c8d0vr0674no>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026

'ARES ile Suudi Arabistan arasında kritik anlaşma' (2026) <<https://www.denizhaber.net/ares-ile-suudi-arabistan-arasında-kritik-anlaşma-haber-123413.htm>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026

'Autonomous shipping' <<https://www.imo.org/en/mediacentre/hottopics/pages/autonomous-shipping.aspx>> Erişim Tarihi 8 Mart 2026

'Autonomous Ships Crossing Oceans, A Signal Flare for the Future of Maritime Shipping' (2025) <<https://www.maritimekr.com/2025/10/02/autonomous-ships-crossing-oceans-a-signal-flare-for-the-future-of-maritime-shipping/?ckattempt=2>> Erişim Tarihi 2 Mart 2026

'Autonomous ships test range under construction in Italy' (2025) <<https://navisp.esa.int/news/article/Autonomous%20ships%20test%20range%20under%20construction%20in%20Italy>> Erişim Tarihi 6 Mart 2026

'Autonomous vessels: legislating for a new generation of ships' <<https://www.haynesboone.com/-/media/project/haynesboone/haynesboone/pdfs/attorney-publications/2023/hbuk-cov-rmm-2023apr04.pdf?rev=7aad03da42874d3caf339052d5a85357&hash=DBA0188D9F9B2536538116B0E7A6B181>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026

'DNV launches class notations to provide framework for safe development of autonomous shipping technologies' (2025) <<https://www.dnv.com/news/2025/dnv-launches-class-notations-to-provide-framework-for-safe-development-of-autonomous-shipping-technologies/>> Erişim Tarihi 7 Mart 2026

'First-generation autonomous vessels evolving; harbor tugs next' (2016) <<https://www.workboat.com/shipbuilding/first-generation-autonomous-vessels-evolving-harbor-tugs-next>> Erişim Tarihi 9 Mart 2026

'Full steam ahead for autonomous shipping' (2024) <<https://www.dlr.de/en/media/publications/magazines/all-digital-magazines/dlrmagazine-174/full-steam-ahead-for-autonomous-shipping>> Erişim Tarihi 5 Mart 2026

'Further Expanded North Sea MoU on Cooperation Regarding the International Operation of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)' (2024) <<https://demaribus.net/2024/05/14/further-expanded-north-sea-mou-on-cooperation-regarding-the-international-operation-of-maritime-autonomous-surface-ships-mass/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026

- ‘Germany Positions Itself as a Key Driver in Maritime Autonomous Shipping’ (2025) <<https://maritime-innovations.com/germany-autonomous-shipping/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- ‘Guidance in connection with the construction or installation of automated functionality aimed at performing unmanned or partially unmanned operations’ (2020) <<https://www.sdir.no/en/legislation/circulars/guidance-in-connection-with-the-construction-or-installation-of-automated-functionality-aimed-at-performing-unmanned-or-partially-unmanned-operations/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- ‘How tugs are leading the way in automation and remote control’ (2019) <<https://www.rivieramm.com/news-content-hub/news-content-hub/how-tugs-are-leading-the-way-in-automation-and-remote-control-55676>> Erişim Tarihi 9 Mart 2026
- ‘IMO, MSC (Maritime Safety Committee) 109/5/7’ (2024) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- ‘IMO, MSC 108/INF.16.’ (2024) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- ‘IMO, MSC, ‘Ongoing MASS projects in Norway: Submitted by Norway’ (2024) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- ‘IMO, MSC.1/Circ.1455, Guidelines for the Approval of Alternatives and Equivalents as Provided for in Various IMO Instruments’ (24 Haziran 2013) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- ‘IMO, MSC.1/Circ.1604, Interim Guidelines for Mass Trials’ (14 Haziran 2019) <<https://docs.imo.org>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- ‘IMO, Otonom Gemiler İçin Düzenleyici Çerçeveye Oluşturma Çalışmalarına Devam Ediyor’ Dünya Denizcilikindeki Son Gelişmeler 21-24, <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/aylik-yayinlar/dunya-denizciligindeki-son-gelismeler-bulteni-2023-4.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- ‘İlk Silahlı İnsansız Deniz Aracı’nın prototipi denize iniyor’ (2020) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ilk-silahli-insansiz-deniz-aracinin-prototipi-denize-iniyor-41689530>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- ‘İnsansız deniz aracı OKHAN testleri başarıyla geçti’ (2025) <<https://www.denizbulten.com/insansiz-deniz-araci-okhan-testleri-basariyla-gecti-56579h.htm>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- ‘İtalyan Finans Polisi İnsansız Deniz Araçları için Türkiye’ye Geldi’ (2026) <<https://www.havelsan.com/tr/haberler/italyan-finans-polisi-insansiz-deniz-araclari-icin-turkiyeye-geldi>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- ‘İTÜ DF’den AB Destekli Otonom Gemi Projesi’ (2026) <<https://analizgazetesi.com.tr/haber/itu-dfden-ab-destekli-otonom-gemi-projesi-9978/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026

- 'İTÜ'nün otonom gemisi otomatik sürüş testlerini geçti' (2024) <<https://www.denizcilikdergisi.com/denizcilik-gundem-haberleri/itunun-otonom-gemisi-otomatik-surus-testlerini-gecti/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- 'İTÜ'nün otonom gemi çalışması suya indi' (2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/itunun-otonom-gemi-calismasi-suya-indi/2327457>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- 'Japan and Singapore tie nautical knots on port-to-port MASS trials' (2025) <<https://www.offshore-energy.biz/japan-and-singapore-tie-nautical-knots-on-port-to-port-mass-trials/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- 'Japan takes its autonomous shipping to the next level' <<https://www.offshore-energy.biz/japan-takes-its-autonomous-shipping-to-the-next-level/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- 'Maritime Autonomous Surface Ships class notation' <<https://www.rina.org/en/maritime-autonomous-surface-ships-class-notation>> Erişim Tarihi 7 Mart 2026
- 'Mavi Vatan'da Otonom Güç: İnsansız Deniz Aracı Yarışması' (2026) <<https://www.teknofest.org/tr/content/announcement/mavi-vatanda-otonom-guc-insansiz-deniz-araci-yarismasi/>> Erişim Tarihi 14 Mart 2026
- 'Norwegian Electric Systems to equip Lavik-Oppedal ferries' (2024) <<https://norwegianelectric.com/news/2024/norwegian-electric-systems-to-equip-lavik-oppedal-ferries>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026
- 'Özata Tersanesi, tam elektrikli feribot NB101 Misterø'y'u denize indirdi' (2026) <<https://www.7deniz.net/ozata-tersanesi-tam-elektrikli-feribot-nb101-misteroyu-denize-indirdi>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026
- 'Pehlivanlı: "Başarıyı ayrıntılardaki özen getiriyor"' (2025) <<https://www.mildefin.com/savunma-gundem/pehlivanli-basariyi-ayrintilardaki-ozen-getiriyor/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- 'Reach vessel approved for fully autonomous operations in Norway' (2025) <<https://smartmaritimenetwork.com/2025/10/14/reach-vessel-approved-for-fully-autonomous-operations-in-norway/>> Erişim Tarihi 4 Mart 2026
- 'Remote Operations Centre openened' <<https://www.massterly.com/archives/blog-post-title-three-mrmsx>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- 'Remotely Operated Vessels' <<https://ral.ca/designs/remotely-operated-vessels-top/>> Erişim Tarihi 10 Mart 2026
- 'Ringstind ve Storebjorn suyla buluştu' (2026) <<https://www.haberdenizde.com/gemi-insaa/ringstind-ve-storebjorn-suyla-bulustu/>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026
- 'Savunma Sanayiinde Otonom Deniz Araçları' (2025) <<https://www.turkloydu.org/yayinlar/makaleler/savunma-sanayiinde-otonom-deniz-araclari/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026

- 'Selçuk Üniversitesi İnsansız Deniz Aracı Projesiyle Türkiye ikincisi oldu' (2025) <<https://ardek.selcuk.edu.tr/selcuk-universitesi-insansiz-deniz-araci-projesiyle-turkiye-ikincisi-oldu/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- 'ShippingLab making autonomous trial voyage with "GreenHopper" for sailing in Denmark' (2022) <<https://shippingtelegraph.com/shipping-news/shippinglab-making-autonomous-trial-voyage-with-greenhopper-for-sailing-in-denmark/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- 'T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, 12. Ulaştırma ve Haberleşme Şurası Denizyolu Sektör Raporu' (2021) <https://www.vda.org.tr/upload/duyuru/UAB_denizyolu_sektor_raporu.pdf> Erişim Tarihi 14 Mart 2026
- 'TEKNOFEST şampiyonu insansız deniz aracı "Bükrek" festivalde sergileniyor' (2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/teknofest/teknofest-sampiyonu-insansiz-deniz-araci-bukrek-festivalde-sergileniyor/3351178>> Erişim Tarihi 14 Mart 2026
- 'Test area for autonomous vessels' (2016) <<https://www.youtube.com/watch?v=F32GmiJmMjs>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- 'Test site for Autonomous Vessels' <<https://www.kongsberg.com/maritime/news-and-events/our-stories/test-site-for-autonomous-vessels/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2026
- 'Tug Operates Under Remote Control in Singapore' (2021) <<https://www.marinelink.com/news/tug-operates-remote-control-singapore-488605>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- 'Tug owners are innovators in autonomy and automation' (2025) <<https://www.rivieramm.com/opinion/opinion/tug-owners-are-innovators-in-autonomy-and-automation-84241>> Erişim Tarihi 10 Mart 2026
- 'Türkiye insansız deniz araçlarındaki ihracatını büyütüyor' (2026)
- 'Türkiye'nin ilk silahlı deniz aracı ULAQ, Mavi Vatan ile buluştu' (2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/turkiyenin-ilk-silahli-deniz-araci-ulaq-mavi-vatan-ile-bulustu/2142341>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- 'UK Maritime & Coastguard Agency, The Workboat Code (Edition 3)' (22 Ocak 2025) <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6790d79bb1e4f5cbd3a34db5/Workboat_Code_Edition_3.pdf> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- 'ULAQ SİDA ilk atışını başarıyla gerçekleştirdi' (2021) <<https://www.savunmasanayist.com/ulaq-sida-ilk-atis/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026.
- 'ULAQ SİDA'lar ilk testleri geçti! Türk Deniz Kuvvetleri envanterine girecek' (2025) <<https://www.ekonomim.com/sectorler/savunma-sanayi/ulaq-sidalar-ilk-testleri-gecti-turk-deniz-kuvvetleri-envanterine-girecek-haberi-803503>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- 'World's First Remotely Operated Commercial Vessel Built by Sanmar' (2023) <<https://www.sanmar.com.tr/en/news-media-dl/news/world-s-first-remotely-operated-commercial-vessel-built-by-sanmar>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026

- ‘World’s first autonomous passenger ship to start service in Japan’ (2025) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2025/12/11/japan/worlds-first-autonomous-passenger-ship/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2026
- ‘YTÜ SolarBoat Takımı’ndan Yerli ve Otonom Deniz Teknolojilerine Çifte Hamle’ (2025) <<https://yildiz.edu.tr/universite/haberler/ytu-solarboat-takimindan-yerli-ve-otonom-deniz-teknolojilerine-cifte-hamle>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- “‘AUTOPLAN Projesi’, otonom seyir asistanının geliştirilip entegre edilmesi ile geçtiğimiz hafta ilk seyir testlerini tamamladı- Basın Açıklaması” (2023) <<https://www.matriksdata.com/website/matriks-haberler/sirket/4656995-autoplan-projesi-otonom-seyir-asistaninin-gelistirilip-entegre-edilmesi-ile-gectigimiz-hafta-ilk-seyir-testlerini-tamamladi-basin-aciklamasi>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- <<https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/yonerge-talimat/gemilerin-gemiadamlari-ile-donatilmasina-iliskin-yonerge.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- <https://www.linkedin.com/posts/haitong-xu-0768a795_very-glad-to-be-part-of-this-favor-project-activity-7424412036329263105-t3Hx/> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d07/c024/tbmm07024058.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mart 2026
- Carey L, ‘Hands off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships’, in CML Working Paper Series 2017/6 (2017) 1-31 <<https://law1a.nus.edu.sg/cml/pdfs/wps/CML-WPS-1706.pdf>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026
- Özcan F, ‘Digital to Physical: Cyber-Related Fire Risks in MASS’, (2025) <<https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/3123/1/012035/pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2026
- Soyer B, ‘UK Taking Regulatory Steps to Regulate MASS’, <<https://iistl.blog/2024/10/19/uk-taking-regulatory-steps-to-regulate-mass/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2026
- Yıldırım G, ‘Türkiye insansız deniz araçlarındaki ihracatını büyütüyor’ (Anadolu Ajansı 26 Ocak 2026) <<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiye-insansiz-deniz-araclarindaki-ihracatini-buyutuyor/3810834>> Erişim Tarihi 13 Mart 2026

Sigorta Hukukunda Geçersizlik Rejimi: TTK Madde 1404 ve TBK Madde 27'nin Karşılaştırmalı Olarak Analizi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Eda ERDEM^(**)

Öz

Bu çalışma, sigorta hukukunda 'Geçerli Olmayan Sigorta' kavramını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 1404 ile borçlar hukukunun genel hükümsüzlük normu olan Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 27 arasındaki normatif ilişkiyi analiz etmeyi amaçlamaktadır. Bu çalışma kapsamında, TTK m. 1404'ün ihdas amacı ve uygulama alanı, özellikle doktrindeki yoğun tartışmalar ışığında incelenmektedir. Çalışmanın odak noktasını, TTK m. 1404 uyarınca öngörülen mutlak geçersizlik yaptırımının, TBK m. 27/2'deki kısmî hükümsüzlük rejiminden ayrılan yönleri oluşturmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda, TTK m. 1404'ün doğrudan rizikonun caizliği meselesine odaklandığı, ancak öngörülen sert geçersizlik yaptırımının sigorta himayesinin amacı ve tarafların iradesiyle çelişebildiği tespit edilmiştir. Trafik ihlalleri, kişilik haklarına aykırı fiillerin sebep olduğu can zararından doğan sorumluluk gibi durumlarda tüm sigorta sözleşmesinin geçersiz sayılmasının yarattığı hukuki sakıncalar vurgulanarak, hükmün yalnızca faaliyetin bütünüyle hukuka aykırı olduğu hallerde uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Nihayetinde, TTK m. 1404'ün mevcut haliyle korunmasının gerekliliği tartışmaya açılarak, *de lege ferenda* hükmün kaldırılması veya yaptırımının kısmî hükümsüzlüğe imkan tanıyacak şekilde esnetilmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Sözleşmesi, Kesin Hükümsüzlük, Sigorta Konusu, Sözleşme Konusu, Geçerli Olmayan Sigorta.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 08.05.2026.

Atıf Şekli: Eda Erdem, 'Sigorta Hukukunda Geçersizlik Rejimi: TTK Madde 1404 ve TBK Madde 27'nin Karşılaştırmalı Olarak Analizi' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 931,952.

DOI: 10.52273/sduhfd..1927394.

^(**) Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye.

E-posta: edaerdem777@hotmail.com.

Orcid: 0000-0002-8608-4721.

The Legal Framework of Invalidity in Insurance Law: A Comparative Analysis of TCC Article 1404 and TCO Article 27

Abstract

This study analyzes the normative relationship between Article 1404 of the Turkish Commercial Code (TCC), regulating ‘Invalid Insurance’ and Article 27 of the Turkish Code of Obligations (TCO), the general invalidity norm. The balance between insurance’s contractual nature and its specific commercial law structure is fundamental to this analysis. Within the article’s scope, the purpose and application area of TCC Art. 1404 are examined through doctrinal debates. The focal point is where the absolute invalidity sanction under TCC Art. 1404 differs from the partial invalidity regime in TCO Art. 27/2. It is determined that TCC Art. 1404 focuses on the legality of risk, yet its harsh sanction can conflict with the purpose of insurance protection and party intent. Highlighting legal drawbacks in cases like traffic violations or liability arising from bodily injury caused by acts violating personality rights, it is argued that the provision should only apply to entirely illegal activities. Finally, the necessity of TCC Art. 1404 is debated, and it is recommended *de lege ferenda* to repeal it or allow partial invalidity.

Keywords

Insurance Contract, Absolute Invalidity, Subject Matter of Insurance, Subject matter of the Contract, Invalid Insurance.

Extended Summary

Insurance law is among the most technically complex and economically significant areas of modern legal systems. Its primary function is to provide a structured mechanism for managing risks faced by individuals and businesses. While insurance contracts are, in principle, based on freedom of contract, this freedom is not unlimited. Legislators impose certain restrictions in order to protect public order, moral values, and the rights of the parties involved. In Turkish law, these limitations are mainly derived from the Turkish Code of Obligations and the Turkish Commercial Code. The interaction between these two codes becomes particularly important when determining the validity of insurance contracts.

This study focuses on the relationship between Article 1404 of the Turkish Commercial Code and Article 27 of the Turkish Code of Obligations. Article 1401 of the Turkish Commercial Code defines the insurance contract as a named contract under which the insurer undertakes, in exchange for a premium, to compensate a loss or perform a payment upon the occurrence of a risk affecting a pecuniary interest. The dominant view in doctrine characterizes this contract as bilateral, with the insurer's main obligation being the assumption of risk. However, the existence of contractual freedom does not mean that parties may agree on any terms whatsoever. Article 26 of the Turkish Code of Obligations and Article 48 of the Constitution clearly indicate that contractual freedom must be exercised within legal limits.

These limits are primarily articulated in Article 27 of the Turkish Code of Obligations. According to this provision, contracts that are contrary to mandatory rules, morality, public order, or personal rights, or that concern an impossible subject matter, are null and void. This form of invalidity is generally understood as absolute nullity. At the same time, Article 27 also introduces the principle of partial invalidity, allowing the valid parts of a contract to remain effective if the invalid portion can be separated.

In the specific context of insurance law, Article 1404 of the Turkish Commercial Code appears as a parallel provision. It states that insurance cannot cover losses arising from acts that violate mandatory legal provisions, morality, public order, or personal rights. At first glance, this wording closely resembles Article 27. However, the fact that such a rule is repeated in a special provision has led to significant debate regarding its necessity and function.

The real difference between these two provisions lies not in their wording, but in their consequences. Article 1452(1) of the Turkish Commercial Code provides that a contract violating Article 1404 is entirely void. This leads to a strict approach that differs from the more flexible system under Article 27. While the latter aims to preserve contracts whenever possible, the former adopts an all-or-nothing solution. Even a minor unlawful element related to the insured risk may result in the complete invalidity of the contract.

This strict approach has been widely criticized in legal doctrine. One of the main concerns is that a literal application of Article 1404 may lead to disproportionate and unreasonable outcomes. For example, in motor insurance, a driver exceeding the

speed limit is technically violating a mandatory rule. If an accident occurs under such circumstances, a rigid interpretation of Article 1404 could render the entire insurance contract void. This would deprive the insured of coverage, even though minor traffic violations are common and often expected risks in practice.

Similar concerns arise in health insurance. If a disease is linked to behavior that might be considered immoral under certain interpretations, the policy could theoretically be invalidated. In employer liability insurance, an accident resulting from a breach of safety regulations could lead to the same consequence. In such cases, the invalidation of the entire contract would undermine the protective function of insurance. These examples show that the total nullity approach does not always align with the economic and social purpose of insurance. Insurance is designed to distribute and manage risks, not to eliminate coverage in situations where risks materialize in imperfect or even unlawful ways. A strict application of Article 1404 risks turning the concept of invalidity into a tool that allows insurers to avoid their obligations.

For this reason, many scholars argue that Article 1404 should be interpreted narrowly. According to this view, the provision should only apply where the very subject or purpose of the insurance contract is inherently unlawful. However, Article 27 of the Turkish Code of Obligations would already be sufficient to invalidate the contract. This raises the question of whether Article 1404 adds any real value to the legal system.

Another point of criticism concerns the internal inconsistency within the Turkish Commercial Code. The strict sanction of total nullity under Article 1452(1) conflicts with modern legal principles favoring the preservation of contracts. The principle of *favor contractus*, widely recognized in contemporary contract law, encourages maintaining contractual relationships wherever possible. The current structure of Article 1404 does not easily accommodate this principle.

As a result, Article 1404 remains one of the more controversial provisions in Turkish insurance law. It creates a dual system of invalidity that is not always easy to reconcile with the general framework of contract law. Its rigid consequences may also contradict the expectations of the parties and the practical needs of the insurance market.

A more balanced approach would require interpreting Article 1404 together with Article 27, rather than in isolation. This would allow courts to avoid excessively harsh outcomes and to take into account the specific circumstances of each case. From a legislative perspective, it may also be worth reconsidering the role of Article 1404 altogether. Either the provision could be removed, allowing general contract law to apply, or its consequences could be softened to permit partial invalidity.

Such changes would better reflect the nature of insurance as a mechanism for risk management and protection. They would also contribute to greater legal certainty and fairness for both insurers and policyholders. Ultimately, aligning the rules on invalidity with general contract law principles would create a more coherent and workable system.

Giriş

Sigorta hukuku, modern ekonomik düzenin en dinamik ve teknik alanlarından biridir. Sigorta, bireylerin ve işletmelerin maruz kaldığı rizikoların teminat altına alınmasını sağlar. Bu açıdan modern yaşamın sürdürülebilirliği bakımından en önemli organizasyonlardan birisidir. Temelini sözleşme özgürlüğü ilkesinden alan sigorta ilişkileri, tarafların hak ve menfaatlerinin korunması ile kamu düzeninin tesisi amacıyla kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamaların yasal dayanakları genel itibarıyla Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) içerisinde yer almakta olup, her iki kanun arasındaki normatif ilişki, sigorta sözleşmelerinin geçerlilik rejimini belirleyen ana unsur oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, sigorta sözleşmelerinin geçersizliğini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi ile genel borçlar hukuku hükmü olan Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi arasındaki kavramsal benzerlik ve bu benzerliğin, hükümlerin uygulama alanına ilişkin ortaya çıkardığı sorunlar ele alınmıştır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi, lafzı itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine benzetmekle birlikte, aykırılığa bağladığı ağır yaptırım bakımından Türk Borçlar Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Doktrinde bu iki hükmün uygulama alanı, hiyerarşi ve birbirleriyle olan kesişim noktaları konusundaki yoğun görüş ayrılıkları, konunun borçlar hukuku ekseninde yeniden incelenmesi ihtiyacını doğurmuştur.

I. Sigorta Sözleşmelerinin Geçerlilik Şartlarına Genel Bakış

A. Genel Olarak Sigorta Sözleşmesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinin birinci fıkrasında sigorta sözleşmesi, 'sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği' sözleşme olarak tanımlanmıştır. İsimli-isimsiz sözleşme ayırımında kanunda düzenlenmiş olma kriteri esas alındığından ve sigorta sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlendiğinden, sigorta sözleşmeleri isimli sözleşmelerdendir¹.

¹ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku* (6. Bası, Yetkin 2023) 142; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku* (Ders Kitabı) Cilt I (Adalet 2018) 18.

Bugün ilmî ve kazaî içtihatlarda baskın olarak kabul edilen görüşe göre, sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşılığı olarak sigortacı, asli edim borcu olarak tehlike taşıma yükümlülüğünü üstlenmektedir². Bu nedenle sigortacı ile sigorta ettirenin bu yükümlülükleri bir arada değerlendirildiğinde, sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunu kabul etmek gerekir³.

B. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Sigorta Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü İlkesine Getirilen Sınırlamalar

Türk Ticaret Kanunu'nun 1451. maddesi uyarınca Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Böylelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki genel kuraldan ayrılarak sigorta sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin ticari örf ve adetten önce uygulanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlemiş olsa da sigorta sözleşmesi de bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir⁴. Sigorta sözleşmelerinde de kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşme özgürlüğünün; sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe belirleme özgürlüğü, sözleşmenin şeklini, içeriğini ve tipini seçme özgürlüğü, ayrıca yapılmış sözleşmenin değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması özgürlüğü gibi farklı görünüş biçimleri bulunmaktadır⁵. Bununla birlikte temel bir ilke olmasına rağmen sözleşme özgürlüğü, mutlak ve sınırsız değildir. Anayasa'nın 48. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesiyle güvence altına alınan bu özgürlük, ancak 'kanunda öngörülen sınırlar içinde' kullanılabilir. Sözleşme

² Mustafa Çeker, *Sigorta Hukuku* (26. Bası, Karahan 2023) 57; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 143; İsmail Demir, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2023) 155; Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (14. Bası, Yetkin 2023) 88. '[...] Bu tanım çerçevesinde, sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu, sigortacının asli ediminin rizikoyu taşıma (himaye sağlama) borcu iken sigorta ettirenin asli edimini ise prim ödeme borcu oluşturduğu sonucuna ulaşmaktadır [...]' Yargı HGK, E 2022/446 K 2023/802, 13.09.2023 (Lexpera).

³ Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 144; Demir (n 1) 150; Barış Günay, *Sigorta Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2025) 68; Mehmet Özdamar ve Burak Doğan, *Sigorta Hukuku* (Seçkin 2020) 51; Bozkurt (n 1) 88; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku* (5. Bası, Filiz 2022) 75.

⁴ Samim Ünan, Kender *Sigorta Hukuku* (On İki Levha 2023) 343; Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku* (7. Bası, Umuttepe 2024) 96. Özdamar ve Doğan (n 3) 46; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 31.

⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (2. Bası, On İki Levha 2021) 54 vd.

özgürlüğünün sınırları, temel olarak sözleşmenin konusuna ilişkin sınırlamalar ve sözleşme yapma serbestisine getirilen diğer sınırlamalar olarak gruplandırılabilir.

Sözleşmenin konusuna (içeriğine) ilişkin öngörülen sınırlamaların genel çerçevesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde çizilmiştir. Buna göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bu genel sınırlamanın yanı sıra sigorta sözleşmelerinde Sigortacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'yla da sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin, zorunlu sigortalarda, sigorta sözleşmesi yaptırma ve sigortacı bakımından da yapma zorunluluğu söz konusudur (SK m. 13, KTK m. 91). Ayrıca Türkiye'de yerleşik kişiler, Türkiye'deki sigortalabilir menfaatlerini, Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye'de yaptırmak zorundadır (SK m. 15). Türk Ticaret Kanunu'nun 1452., 1486. ve 1520. maddelerinde de 'koruyucu hükümler' öngörülmüş ve bunların ihlali bazı yaptırımlara bağlanmıştır.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen bu genel ve özel sınırlamaların sigorta hukuku özelindeki en somut ve karakteristik tezahürü, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan bu düzenleme uyarınca sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz. 'Geçerli olmayan sigorta' kenar başlıklı Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi, lafzî itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde sözleşmenin konusuna ilişkin sınırlamaya oldukça benzemektedir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde konu bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları genel olarak çizilmiş olmasına rağmen Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmelerine ilişkin olarak ayrı bir hüküm öngörülmüş olması, bu iki düzenlemenin uygulama alanı bakımından farklı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi arasındaki ilişkinin daha ayrıntılı olarak irdelenmesi gerekmektedir.

II. TBK m. 27 Kapsamında Sözleşmenin İçeriğine İlişkin Sınırlar

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde taraflara tanınan sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme hakkının 'kanunda öngörülen sınırlar içinde' kullanılabileceği açıkça belirtilmiştir. 'Kanunda öngörülen sınırlar' ifadesi ise

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasıyla somutlaştırılmıştır⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine göre bu sınırlar (1) kanunun emredici hükümleri, (2) ahlak, (3) kamu düzeni, (4) kişilik hakları ve (5) imkânsızlık hâlidir. Bir sözleşmenin konusunun bu sınırlardan birisine dahi aykırı olması, kesin hükümsüzlük (eski BK.'daki karşılığı ile butlan) yaptırımını bakımından yeterlidir.

Sözleşmenin konusu (içeriği) kavramı, farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Dar anlamda sözleşme konusu, herhangi bir sözleşme ilişkisinde tarafların edindikleri hak ve borçlar bütünüdür. ifade ederken, geniş anlamda sözleşme konusu, tarafların hak ve borçlarının yanı sıra sözleşmenin amacını da kapsar⁷. Sözleşmenin konusunun Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen sınırları ihlal edip etmediği değerlendirilirken geniş anlamda sözleşme konusu kavramı esas alınmaktadır⁸.

B. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık

Emredici hukuk kuralları, tarafların iradeleriyle aksini kararlaştırmalarının mümkün olmadığı düzenlemelerdir. Emredici hukuk kuralları ile ifade edilen, sadece kanun hükümleri değildir. Kanunla verilen yetkiye dayanarak yetkili organ tarafından çıkarılan tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi her türlü yazılı hukuk kuralı, bu kavramın kapsamına dahildir⁹. Bu kurallar, kamu hukukuna ilişkin

⁶ Kaşak (n 5) 87; Mehmet Serkan Ergüne ve Ali Suphi Kurşun, 'Kesin Hükümsüzlük m. 27' iç Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Murat Develioğlu (edr), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt I* (Vedat 2019) 448.

⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (30. Bası, Yetkin 2025) 363-364; Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı* (Yetkin 1998) 58 vd.; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011) 21.

⁸ Kaşak (n 5) 83; Ergüne ve Kurşun (n 6) 449. '[...] Burada şu hususu da belirtmek yararlı olacaktır; Borçlar Kanunun 20/1 maddesi metninden çıkan anlama göre muhtevası bakımından ahlaka aykırı sözleşmeler batıldır. Her ne kadar madde metninde yalnız muhtevadan (sözleşmenin konusundan) bahsedilmiş ise de, sözleşme muhtevasında ahlaka aykırılık görülmesi de, ahlaka aykırı bir amaca yöneldikleri saptanan sözleşmeler de hiç şüphesiz batıldır. Zira, sözleşme metninden emredici hukuk kaidelerine, ahlak (adaba) veya kamu düzenine veya şahsi hükümlere aykırılık gözlenmesi de, sözleşmenin yapısındaki amaç gözetildiğinde, o sözleşme batıl sayılabilir. Muhtevayı (sözleşme metnini) ve amacı birbirinden ayırmak, ayrı ayrı değerlendirip düşünmek hatalı sonuçlar meydana getirebilir [...]' Yargı 14 HD, E 2006/14208 K 2007/1296, 14.02.2007 (Lexpera).

⁹ Ergüne ve Kurşun (n 6) 450; Kaşak (n 5) 299; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının da emredici hukuk kuralları içerebileceği yönünde bkz. Mehmet Nuri Örs, 'Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2004) 47-48.

olabileceği gibi özel hukuka ilişkin de olabilir. Hukuk kurallarına aykırılığın tespiti sözleşmenin kurulma anı esas alınır¹⁰.

Bir hukuk kuralının emredici nitelikte olduğundan bahsedilebilmesi için mutlaka ilgili yazılı kuralda, bu kuralının aksinin düzenlenmeyeceğinin öngörülmüş olması gerekmez. Kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiş olduğundan, tüm yazılı kuralların yedek hukuk kuralı niteliğinde olması esastır¹¹. Ancak emredici olduğu açıkça ifade edilmeyen düzenlemelerin de emredici nitelikte olması mümkündür. Bir kuralın emredici hukuk kuralı mı yoksa yedek hukuk kuralı mı olduğu, o hükmün amacına ve yorumu sonucu elde edilen anlama göre tespit edilir¹². Hukuk kuralının amacı tespit edilirken, düzenlemenin lafzına, gerekçesine, hazırlık çalışmalarına bakılabilir ve her türlü yorum metodundan yararlanılabilir. Taraflardan birisinin veya her ikisinin korunması gereksinimi, kamu düzeni, genel ahlak gibi gerekçeler bir hukuk kuralının emredici nitelikte olduğunun kabulünü zorunlu kılabilir¹³.

C. Ahlaka Aykırılık

Bir sözleşmenin sadece emredici hukuk kurallarına aykırı olması değil, hukuk kurallarına uygun olmakla birlikte ahlaka aykırı olması da kesin hükümsüzlüğüne sebep olur. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde yer verilen ahlak kavramı, genel ahlakı ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı tespit edilirken tarafların ahlakî değerleri değil, toplumun genel ahlakî değerleri esas alınır¹⁴.

¹⁰ Ergüne ve Kurşun (n 6) 451.

¹¹ Bu açıdan istisnai ve eleştirilere açık iki hüküm olarak karşı. TTK. 340 ve 579. Emredici hükümler ilkesinin yerindeliğine ilişkin olarak pek çokları yerine bkz. Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015) 101 vd.; Mehmet Bahtiyar, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) (61) TBBD 70-72.

¹² Ergüne ve Kurşun (n 6) 452; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Beta 2024) 52; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1* (2. Bası, Seçkin 2019) 454; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (20. Bası, Vedat 2025) 85; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I* (Yetkin 2022) 750.

¹³ Ergüne ve Kurşun (n 6) 453.

¹⁴ Ergüne ve Kurşun (n 6) 457; Oğuzman ve Öz (n 12) 88; Antalya (n 12) 456; Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976) 12.

Ahlak kavramı nispi bir kavram olduğundan, hangi unsurların ahlak kavramının kapsamında yer aldığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ahlak kavramının unsurları sosyal değerlerden soyutlanmış olarak belirlenmeli ve ahlaka aykırılık değerlendirmesinde Anayasa ve diğer kanunların düzenlemelerinin özünde yer alan etik değerler bütünü oluşturarak etik düzen kuralları esas alınmalıdır¹⁵. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüş uyarınca genel ahlak, toplumun makul ve dürüst bir ortalama ferdinin düşünce ve anlayışlarından ibarettir¹⁶. Bu iki görüşün karması olarak nitelendirilebilecek bir diğer görüş ise genel ahlak kavramının, hem toplumun ahlakî değerlerinden hem de hukuk kurallarının temelinde yatan düşüncelerden oluştuğunu, bununla birlikte toplumsal ahlak kuralları ile hukuk kurallarının temelinde yer alan ahlakî değerler arasında bir çatışma olduğu hâllerde hukuk kurallarının temelindeki değerlere üstünlük tanınması gerektiğini kabul etmektedir¹⁷.

Genel ahlak kavramı sabit değildir¹⁸. Genel ahlak kavramı da toplumda yaşayan insanlar gibi gelişir ve değişir. Bu nedenle geçmişte genel ahlaka aykırı olduğu kabul edilen bir davranışın zaman içinde genel ahlaka uygun hale geldiği kabul edilebilir. Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı sözleşmenin yapıldığı tarih esas alınarak belirlenir.

D. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni kavramının tanımı kanunda yapılmamıştır. Türk hukuk doktrininde kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir¹⁹. Baskın görüşe göre, belirli bir çağ ve belirli bir toplumda, o toplumun temel menfaatlerini koruyan tüm kanun hükümlerinin toplamı olarak tanımlanmaktadır²⁰. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kamu düzeninin toplu-

¹⁵ Ernst A Kramer, *Berner Kommentar - Das Obligationenrecht: Band 6, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen: 2. Teilband, 1. Unterteilband: Art. 19-20 OR* (Stämpfli 1990) Art. 19, Kn. 172.

¹⁶ Eren (n 7) 369; Oğuzman ve Öz (n 12) 88, dn. 134; Başpınar (n 7) 136. Ahlaka aykırılık kavramına ilişkin ayrıntılı olarak ayrıca bkz. Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık* (Turhan 2007) 83 vd.

¹⁷ Antalya (n 12) 457.

¹⁸ Ergüne ve Kurşun (n 6) 458; Eren ve Dönmez (n 12) 756.

¹⁹ Farklı görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme* (7. Bası, Filiz 2017) § 42, Kn. 31. vd. Ayrıca bkz. Kemal Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı* (On İki Levha 2020) 24 vd.

²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) § 42, Kn. 547; Kaşak (n 5) 108-109; Hatemi (n 14) 42-43; Antalya (n 12) 457; Eren (n 7) 373.

mun huzur ve sükununun sağlanmasını, Devletin ve kamu idarelerinin muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiğini, başka bir ifadeyle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığını belirtmiştir²¹.

E. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik hakları kavramı, sınırları her geçen gün genişleyen bir kavramdır. Doktrinde kişilik hakkı, kişinin şerefi, haysiyeti, onuru, vücudu, hayatı, özgürlüğü, adı ve resmi gibi kişiliğini oluşturan her türlü değer üzerinde sahip olduğu hak olarak tanımlanmaktadır²². Kişilik haklarına aykırılık, tarafların üstlendikleri edimlerin kişilik hakkına aykırı olması şeklinde tezahür edebileceği gibi sözleşmeyle ulaşılmak istenen ortak amaç da tarafların kendilerinin veya üçüncü kişilerin kişilik haklarını ihlal edebilir. Kişilik haklarına aykırılık özellikle, doktrinde kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılan sözleşmeler açısından gündeme gelmektedir²³. Taraflardan birisinin ekonomik özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran veya ekonomik geleceğini tehlikeye düşüren sözleşmeler kişilik haklarına aykırı olacağından kesin hükümsüzdür.

III. Geçerli Olmayan Sigorta (TTK m. 1404)

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi, yeni bir düzenleme değildir. Anılan hükmün tarihsel gelişim sürecine bakıldığında aynı yönde hükümlere gerek 1926 tarihli 865 sayılı mülgâ Ticaret Kanunu'nda, gerekse 1956 tarihli 6762 sayılı mülgâ Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmiştir. 865 sayılı mülgâ Ticaret Kanunu'nun 941. maddesinde "*sigortadan intifai meşrut olan veya sigorta ettiren kimsenin kanunen memnu ve adap ve ahlaki umumiye mugayir bir fiilinden tevellüt edebilecek bir hasara karşı sigorta caiz olmaz*" hükmüne yer verilmişti. 6762 sayılı mülgâ Türk Ticaret Kanunu'nun 'Caiz olmıyan sigorta' kenar başlıklı 1277. maddesinde de "*sigortadan faydalanan veya sigorta ettiren kimsenin kanunla yasak edilmiş ve ahlaka (adaba) aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamaz*" hükmü yer almaktaydı.

²¹ Anayasa Mahkemesi, E 1963/128 K 1964/8, 28.1.1964, RG 17.4.1964/11685.

²² Eren (n 7) 374-375; Kaşak (n 5) 118-119; Kırkbeşoğlu (n 7) 177; Nil Karabağ Bulut, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (On İki Levha 2014) 57-58; Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (On İki Levha 2016) 224.

²³ Kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sevtap Yücel, *Kelepçeleme Sözleşmesi* (Seçkin 2024) 69 vd.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1404. maddesinin Hükümet Gerekçesi’nde “Borçlar Kanunu’nun 11 inci maddesinin bir uygulaması niteliğindeki 6762 sayılı Kanunun 1277 inci maddesindeki ilke Tasarının 1404’üncü maddesinde aynen korunmuştur” denilmektedir²⁴. Borçlar Kanunu’nun 11. maddesine gönderilme yapılmışsa da mülgâ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinde şekil serbestisi ve kanunen öngörülen şekil şartına aykırılığın yaptırımı düzenlenmişti. Oysa Türk Ticaret Kanunu’nun 1404. maddesi sigorta sözleşmesinin şekle aykırılığı yaptırıma bağlamamaktadır. Dolayısıyla hükmün gerekçesi, atıf yapılan düzenleme bakımından hatalıdır²⁵.

B. TTK m. 1404’e Aykırılığın Yaptırımı

Türk Ticaret Kanunu’nun 1404. maddesinin ihdas amacı ele alınmadan önce konu bütünlüğünün sağlanması ve anılan düzenlemeyle Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi arasındaki ilişkinin daha net bir şekilde ortaya konabilmesi için, öncelikle Kanun’un 1404. maddesine aykırılığın yaptırımı üzerinde durulması gerekmektedir.

Anılan düzenlemede sadece “sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla” sigorta sözleşmesi akdedemeyecekleri öngörülmüştür. Bununla birlikte bu yasağa aykırı şekilde yapılan sigorta sözleşmesinin akibeti açıkça hükme bağlanmamıştır. Anılan düzenlemenin kenar başlığı ‘geçerli olmayan sigorta’dır. Maddenin kenar başlığı aslında bu yasağa aykırılığın yaptırımına işaret etse de Türk Ticaret Kanunu’nun 1404. maddesinde öngörülen yasağa aykırılığın yaptırımı, Kanun’un 1452. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nun sigorta hukukuna ilişkin altıncı kitabında, her kısmın sonunda ‘Koruyucu hükümler’ kenar başlığı altında emredici hükümlere

²⁴ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, 430.

²⁵ Doktrinde haklı olarak Türk Ticaret Kanunu’nun genel gerekçesiyle Kanun’un 1404. maddesinin gerekçesi arasında uyumsuzluk olduğu da ifade edilmektedir (bkz. İsmail Özgün Karaahmetoğlu, ‘Geçerli Olmayan Sigorta (TTK m. 1404) Kavramına Öz Bir Bakış’ (2024) 12(2) KHÜHFD 788, 788. Zira Tasarı’nın genel gerekçesinde ‘[...] Temel kavramlar arasında sigorta sözleşmesi, karşılıklı sigorta, reasürans tanımlanmış, geçerli olmayan sigorta Borçlar Kanununun 19 uncu maddesine koşut olarak hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanununun 19 uncu maddesine rağmen böyle bir düzenlemenin öngörülmesinin sebebi, Borçlar Kanunu hükmünün bazı noktalarda yetersiz kalabileceği endişesi ve özel bir hükmün ihtiyaca daha iyi cevap verebileceği düşüncesidir [...]’ denilmiştir.

yer verilmiştir. Ancak kanun koyucu, emredici hükümlere aykırılık bakımından tek bir yaptırım öngörmemiştir. 6762 sayılı mülgâ Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi emredici hükümler üç grupta toplanmıştır. Kanun koyucu (1) aykırılık halinde sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucuna yol açan emredici hükümler (TTK m. 1452/1), (2) aykırılık halinde sadece aykırı sözleşme hükmünün geçersizliğine yol açan emredici hükümler (TTK m. 1452/2) ve (3) sigorta ettiren, sigortalı, lehtar aleyhine değiştirilemeyen (tek taraflı) emredici hükümler (TTK m. 1452/3) olmak üzere üç tür emredici hüküm düzenlemiştir²⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesinin birinci fıkrasında Kanun'un 1404. maddesine aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemedeki geçersizlik hali kesin hükümsüzlüktür (butlan). Kanun'un 1452. maddesinin ikinci fıkrasındaki yaptırımdan farklı olarak, 1404. maddeye aykırı sigorta sözleşmelerinin 'bütünüyle' kesin hükümsüz olduğu hükme bağlanmıştır²⁷. Başka bir ifadeyle, sigorta sözleşmesinde birden çok rizikoya karşı teminat verilmiş olsa bile sigorta ettirenin veya sigortalının kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek zarara karşı da sigorta himayesi sağlanması öngörülmüş ise, sigorta sözleşmesi bir bütün olarak kesin hükümsüz olacaktır. Kesin hükümsüzlük, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaması anlamına gelmektedir²⁸. Kesin hükümsüz bir sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacının himaye sağlama borcu söz konusu değildir. Bu nedenle riziko gerçekleşse bile tazminat veya bedel ödeme borcundan da söz edilemez. Bunun yanı sıra kesin hükümsüz bir sigorta sözleşme kapsamında kendi edimini ifa etmek için prim borcunu ödeyen sigorta ettiren, ödediği primlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir.

C. TTK m. 1404'ün İhdas Amacına İlişkin Doktrindeki Görüşler

Sigorta sözleşmesi, hemen yukarıda ifade edildiği üzere bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan, borçlar hukukunun genel hükümleri sigorta sözleşme-

²⁶ Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I* (On İki Levha 2016) 554.

²⁷ Ünan (n 26) 556; Ünan (n 4) 534; Çeker (n 2) 69; Günay (n 2) 177; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 54.

²⁸ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 19) 583; Antalya (n 12) 18; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku* (30. Bası, Beta 2022) 58; Eren ve Dönmez (n 12) 782; Ergüne ve Kurşun (n 6) 73; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Adalet 2020) 143.

leri bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Sözleşme konusunun genel sınırları, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde zaten düzenlenmiştir. Bu nedenle içeriği itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine benzeyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin düzenlenme amacı ve uygulama alanı, Türk hukuk doktrininde oldukça tartışmalıdır.

865 sayılı mülgâ Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde bir görüş, sözleşmenin geçersizliğini düzenleyen 818 sayılı mülgâ Borçlar Kanunu'nun 20 maddesinde öngörülen prensibin tekrarlandığını ifade etmiştir²⁹. Bu görüşe göre 818 sayılı mülgâ Borçlar Kanunu'nun 20 maddesi ve 865 sayılı mülgâ Ticaret Kanunu'nun 941. maddesi ile anılan Ticaret Kanunu'nun 953., 976. ve 995. maddeleri arasında önemli farklılıklar bulunmaktaydı. 865 sayılı mülgâ Ticaret Kanunu'nun 953., 976. ve 995. maddelerinde öngörülen durumlarda sigorta sözleşmesi geçerli kabul edilmekte, ancak sigortacı zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulmakta ve tahsil ettiği primleri de iade etmesi gerekmekte idi. Oysa sigorta sözleşmesinin konusu kanuna veya ahlaka aykırı ise sözleşme bir bütün olarak geçersiz olacağından, sigortacı meydana gelen zararı tazmin etmek yükümlü olmamakla birlikte sigorta ettiren de ödediği primleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilmekteydi. Dolayısıyla bu görüş taraftarları, kasten gerçekleştirilmeyen ve özellikle kabahat türünden olan suçlar dolayısıyla meydana gelebilecek zararlara karşı sigorta himayesi verilmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir³⁰.

6762 sayılı mülgâ Türk Ticaret Kanunu'nun 1277. maddesine ilişkin olarak doktrinde bir görüş, bu düzenlemenin rizikodan çok sigorta menfaatinin meşru olup olmadığıyla ilgili olduğunu kabul etmiştir³¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, Kanun'un 1404. maddesinin hukukun genel ilkeleriyle uyum içinde olduğunu ifade etmiş ve bu düzenlemeye yer verilmez ise, sigorta himayesinin hukuka aykırılığa teşvik edeceğini vurgulamıştır³².

Doktrindeki bir başka görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinde kanunun emredici hükümleri ifadesiyle sigorta ettirenin veya sigortalının

²⁹ Reşat Atabek, *Sigorta Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1950) 67.

³⁰ Atabek (n 29) 68.

³¹ Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007) 36.

³² Tekin Memiş, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi* (On İki Levha 2016) 69.

emredici nitelikteki kurallara aykırılık teşkil eden fiilleri kastedilmiş olup bunların genel davranış kurallarına veya borca aykırılık şeklindeki fiilleri nedeniyle sigorta himayesinden yoksun bırakılmaları amaçlanmamıştır³³.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, sigorta konusu ile riziko-menfaat arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir³⁴. Bu görüşe göre, sigorta sözleşmesinin konusundaki herhangi bir hukuka aykırılık, kural olarak, sigortalanan menfaatin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla sigorta konusu menfaat hukuka aykırıysa, bu durumda genel hüküm niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekir. Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin uygulama alanından bahsedilebilmesi için öncelikle sigorta sözleşmesinin esaslı unsuru olan bir "rizikonun" varlığı şarttır³⁵. Dolayısıyla somut sigorta sözleşmesinde yer verilen olayların rizikoya dair niteliklere sahip olup olmadığı öncelikli olarak incelenmelidir. Somut sigorta sözleşmesinde yer verilen olayların, ancak 'riziko' olarak nitelendirilebildiği durumlarda rizikonun caiz olup olmadığı sorunu ele alınabilir. Sigorta konusu menfaat hukuka aykırı değilse ve fakat sigortalanan 'olay' veya 'eylem' kanunen yasaklanmışsa, o zaman bu durumun Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi kapsamında ele alınması gerekir. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi aynı hususu düzenlememektedir.

Doktrindeki baskın görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine paralel bir hüküm niteliğindedir³⁶. Ünan, ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde sözleşmelerin geçersizliği zaten düzenlenmişken Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinde sigorta sözleşmeleri bakımından ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığını ifade etmiştir³⁷.

Ünan'a göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi amacını aşan bir düzenleme getirmiştir. Anılan düzenleme lafzen uygulanırsa, tarafların aslında sigor-

³³ Zehra Şeker Öğüz ve Aslıhan Sevinç Kuyucu, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Sigorta Hukuku (Karşılaştırmalı, Açıklamalı)* (Filiz 2011) 4.

³⁴ Karaahmetoğlu (n 25) 795 vd.

³⁵ Karaahmetoğlu (n 25) 799.

³⁶ Ünan (n 26) 57 vd.; Ünan (n 4) 347; Etem Kara, *Sigortalabilir Menfaat İlkesi* (Yetkin 2020) 98; Belin Köroğlu Ölmez, 'Sigorta Sözleşmelerinde Ahlâka Aykırılık: Genelev Örneği' (2022) 12(2) AÜHFD 1056.

³⁷ Ünan (n 26) 57 vd.; Ünan (n 4) 347.

ta himayesi dışında bırakmak istemedikleri bazı hallerin de sigorta himayesi dışında kaldığının kabulü zorunlu hale gelmektedir. Bu hâllere örnek olarak emredici hüküm niteliğindeki hız sınırlarını veya sollama kurallarına aykırı şekilde seyreden ya da şerit değiştiren bir sürücünün aracının hakimiyetini kaybedip şarampole yuvarlanması verilmiştir. Hız sınırları ve sollamaya ilişkin trafik kuralları emredici nitelikte olduğundan, bu kurallara aykırı hareket edildiği için ortaya çıkan zararın, kasko sigortası kapsamında tazmini mümkün olmayacaktır. Zira emredici nitelikteki hükümlere aykırı bir eylem sonucunda zarar meydana geldiğinden, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi uyarınca, bu zararın sigorta sözleşmesine konu edilmesi durumunda sözleşme geçersiz olacaktır. Bir başka örnek olarak sağlık sigortası kapsamında kocanın, eşinin erkek kardeşiyle cinsel ilişkiye girmesi ve cinsel yolla bulaşan bir hastalık kapması verilmiştir. Kocanın, eşinin erkek kardeşiyle cinsel ilişkiye girmesi ahlaka aykırı bir davranıştır. Söz konusu cinsel yolla bulaşan hastalık, sağlık sigortası kapsamında teminat altına alınmış olsa bile hastalığın ahlaka aykırı bir davranış sonucu bulaşması, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi uyarınca sigorta sözleşmesini geçersiz hâle getireceğinden, bahsi geçen hastalığın tedavisi için yapılan giderler sigortacı tarafından ödenmeyecektir. Kişilik haklarına aykırı eylemin yaptırımı açısından işletme sahibinin kusuruyla meydana gelen bir iş kazası sonucu sürekli sakat kalan işçinin, işveren sorumluluk sigortası kapsamında talepte bulunup bulunamayacağı irdelenmiştir. Bu örnekte işletme sahibinin kusuruyla iş kazası meydana geldiğinden, kişilik haklarını zedeleyen eylemden doğan zarara karşı yapılan sigortanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi uyarınca geçersiz olduğunun kabulü zorunlu hâle gelecek ve sigortacıdan tazminat talep edilemeyecektir. Bu görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin amacı, verilen bu örnek hâllerde sigorta himayesinin devre dışı bırakılması değildir. Kanun'un 1404. Maddesi, organ kaçakçılığı gibi, yürütülen faaliyetin bütünüyle emredici hükümlere, ahlaka veya kamu düzenine aykırı olduğu hallerde uygulanması gerekir. Ancak bu hâller için Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi organ kaçakçılığı gibi hâlleri kapsar niteliktedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin lafzı "sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zarar" gibi sınırlayıcı bir anlatım da içermediğinden, sadece Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin uygulanmasıyla da aslında Kanun'un 1404. maddesinin öngörülme amacına ulaşılması mümkündür³⁸. Bu görüşü savunan Ünan, bir başka

³⁸ Ünan (n 26) 59.

eserinde Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin yeterli olduğunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesine gerek olmadığını belirttikten sonra emredici hükümlere aykırılık bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta sözleşmesine ilişkin beşinci kitabında yer almayan emredici hükümler bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin uygulanacağını, ayrıca can zararlarından doğan sorumluluğu temin eden sorumluluk sigortalarının geçersiz sayılmasının düşünülemeyeceğini vurgulamıştır³⁹.

D. TTK m. 1404'ün Konuluş Amacına ve Uygulanma Alanına İlişkin Görüşlerin Olan ve Olması Gereken Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin konuluş amacına ve uygulanma alanına ilişkin olarak, kanaatimizce hemen yukarıda yer verilen baskın görüşe iştirak etmek gerekir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin ilk fıkrası aynı amaca yönelik olmakla birlikte bu düzenlemelere aykırılığın yaptırımı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda farklı sonuçlara tabi tutulmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin aykırılığın yaptırımı, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen yaptırımdan ayrışması nedeniyle uygulamada sorunlara neden olmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesine aykırılığın yaptırımı, sigorta sözleşmesinin bütünüyle geçersizliği (kesin hükümsüzlüğü) olarak düzenlenmiştir (TTK m. 1452/1). Türk Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesinin birinci fıkrasının lafzen uygulanması durumunda bir sigorta sözleşmesinde birden fazla rizikoya karşı sigorta teminatı verildiği durumlarda, bu rizikolardan birisinin bile, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine veya sigorta ettirenin veya sigortalının kişilik haklarına aykırı bir fiili nedeniyle meydana geldiği veya gelebileceği durumlarda sigorta sözleşmesinin bir bütün olarak geçersizliği sonucu doğacaktır.

Geçersizlik halleri içinde kesin hükümsüzlük, yokluktan sonra en ağır yaptırımdır⁴⁰. Zira kesin hükümsüzlük herkes tarafından ileri sürülebilir, sonradan düzelmesi mümkün değildir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır⁴¹. Bu hususlar göz önünde bulundurularak hukukî işlemin veya sözleşmenin tümünün değil, sadece bir veya birkaç hükmünün geçersiz olması durumunda hukukî işlemi ya da sözleşmeyi ayakta tutmak amacıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 27.

³⁹ Ünan (n 4) 347, 350.

⁴⁰ Ergüne ve Kurşun (n 6) 475; Ayan (n 28) 143.

⁴¹ Ergüne ve Kurşun (n 6) 486-487; Akıntürk ve Ateş (n 28) 58; Antalya (n 12) 187; Eren (n 7) 384; Eren ve Dönmez (n 12) 782, 783; Oğuzman ve Öz (n 12) 182.

maddesinin ikinci fıkrasında kısmî hükümsüzlük yaptırımı öngörülmüştür. Kanun koyucu, *favor negotii* ve *favor contractus* ilkelerinden hareketle⁴², ifa edilenlerin iadesinde ortaya çıkabilecek zorluklar, sözleşmenin bütününe geçersiz sayılmasının tarafların meşru menfaatlerine hanel getirebileceği ihtimali gibi sebeplerden ötürü kısmî hükümsüzlük yaptırımıyla sözleşmenin geçersizlikten etkilenmeyen kısımlarının hüküm ve sonuç doğurmasına imkânı tanımıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesinin ikinci fıkrasında kısmî hükümsüzlük yaptırımına yer verilmesine rağmen Kanun'un 1404. maddesine aykırılığın yaptırımı bakımından kısmî hükümsüzlük değil, kesin hükümsüzlük yaptırımı tercih edilmiştir. Bu durum, hemen yukarıda ifade edildiği üzere, taraflarının iradelerine ve sigorta sözleşmesinin amacına aykırı şekilde bazı hallerin sigorta himayesi dışında kaldığının kabulünü zorunlu hale getirmektedir.

Doktrinde öne sürülen ve sigortalanan menfaat ve riziko arasında ayırım yapılması gerektiğini savunan görüş, ancak sözleşmede rizikonun sigorta ettirenin veya sigortalının hangi davranışıyla gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapıldığı durumlarda istenilen sonuca ulaşabilir. Zira riziko, doğası gereği öngörülemez hallerde ve pek çok farklı şekilde gerçekleşebilir.

Kocanın, eşinin erkek kardeşiyle cinsel ilişkiye girmesi sonucunda cinsel yolla bulaşan hastalık kapması örneğini ele alalım. Koca, sigortacı ile sağlık sigortası yaptırdığında özellikle kayınbiraderiyle cinsel ilişkiye girmesi ihtimaline binaen söz konusu hastalığın bulaşma ihtimaline karşı bir sigorta sözleşmesi yapmamaktadır. Genel olarak sağlığını tehlikeye atabilecek her türlü hastalık rizikosunun gerçekleşmesine karşı bir sigorta sözleşmesi akdetmektedir. Sigorta ettirenin ahlaka aykırı bir davranışıyla rizikonun gerçekleşmesine neden olduğu durumlarda sigorta tazminatı ödenmemesi ile sözleşmenin bütünüyle geçersiz olmasını birbirinden ayırmak gerekir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin lafzen uygulanması durumunda kocanın, ahlaka aykırı cinsel ilişki yaşaması sonucu bulaşıcı hastalık kapması eyleminin de sağlık sigortası kapsamında teminat altına alındığı hallerde, rizikonun sadece bu şekilde gerçekleşmesi durumunda sigortacının tedavi giderlerini ödeme borcundan kurtulduğundan değil, sağlık sigortasının tamamen hükümsüz olduğundan bahsetmek gerekir.

Oysa sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırlarını çizen Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde de sözleşmenin tamamının geçersiz olması için geniş

⁴² Bu hususta bkz. Kırkbeşoğlu (n 7) 102.

anlamda sözleşme konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve/veya kişilik haklarına aykırı olması gerekir. Bu genel çerçevenin sınırlarının sigorta sözleşmesi bakımından daha da daraltılmasını gerektiren taraflardan birisinin meşru bir menfaati de söz konusu değildir. Aksine Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi, uygulamada iskan izni bulunmayan, ruhsatsız veya mühürlenmiş yapıların sigortalanmasında bazı sorunlara yol açmıştır⁴³.

Kanaatimizce de Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi, bu maddeye aykırılığın sonucunu düzenleyen Kanun'un 1452. maddesinin birinci fıkrası ile Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesiyle birlikte yorumlanmalı ve sigorta sözleşmesinin amacı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sözleşmenin sadece kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve/veya kişilik haklarına aykırılık teşkil eden fiillerin sonuçlarına karşı sigorta himayesi sağlanması için yapıldığı hallerde sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir⁴⁴. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere⁴⁵ bu sonuca sadece Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin uygulanmasıyla da varılabileceği için *de lege feranda* Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin gözden geçirilmesi ve kaldırılması isabetli olacaktır.

Sonuç

Sigorta sözleşmelerinin geçersizliğini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi, doktrinde gerek konuluş amacı, gerekse uygulama alanı bakımından en tartışmalı hükümlerden birisidir. Hükmün gerekçesinde yer alan maddi hatalar ve genel gerekçe ile madde gerekçesi arasındaki çelişkiler de, kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyi öngörme amacının tespitini güçleştirmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrası arasındaki en önemli fark, bu hükümlere aykırılığın yaptırımı noktasında ortaya çıkmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesinin birinci fıkrasında Kanun'un 1404. maddesine aykırı sigorta sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu hükme bağlamıştır. Bu durum, sigorta sözleşmesinde birden fazla riziko teminat altına alınmış olsa dahi, tek bir rizikonun meş-

⁴³ Ünan (n 26) 59.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. Köroğlu Ölmez (n 36) 1058.

⁴⁵ Bkz. Ünan (n 4) 347.

ru olmamasının tüm sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi anlamına gelmektedir. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nun 27. Maddesinde, geniş anlamda sözleşme konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması durumunda kesin hükümsüz olduğu hükme bağlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmelerinin geçerliliği bakımından ön-görülen bu sert yaptırım rejimi, özellikle trafik kurallarının ihlali veya belirli ahlaka aykırı fiillerin rizikonun gerçekleşmesine neden olduğu durumlarda, tarafların iradesine ve sigorta himayesinin amacına aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle yapılan inceleme sonucunda Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin sadece sigorta konusu faaliyetin bütünüyle hukuka aykırı olduğu (örneğin organ kaçakçılığı gibi) durumlarda uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte bu sonuca zaten Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesiyle de ulaşılabilir. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1404. maddesinin olması gereken hukuk açısından gözden geçirilerek kaldırılması veya yaptırımının kısmî hükümsüzlüğe imkan verecek şekilde esnetilmesi, sigorta hukukunun dinamik yapısına ve menfaat dengesine daha uygun bir yaklaşım teşkil edecektir.

Kaynakça

- Akbulut PE, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (On İki Levha 2016)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Borçlar Hukuku* (30. Bası, Beta 2022)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1* (2. Bası, Seçkin 2019)
- Atabek R, *Sigorta Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1950)
- Atasoy K, *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı* (On İki Levha 2020)
- Ateş D, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık* (Turhan 2007)
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Adalet 2020)
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Sigorta Hukuku* (6. Bası, Yetkin 2023)
- Bahtiyar M, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) (61) TBBD 47-106
- Başpınar V, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı* (Yetkin 1998)
- Bozer A, *Sigorta Hukuku* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007)
- Bozkurt T, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (14. Bası, Yetkin 2023)
- Can M, *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I* (Adalet 2018)
- Çeker M, *Sigorta Hukuku* (26. Bası, Karahan 2023)
- Demir İ, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2023)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (30. Bası, Yetkin 2025)
- Ünan S ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I* (Yetkin 2022)
- Ergüne MS ve Kurşun AS, 'Kesin Hükümsüzlük m. 27' iç Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Murat Develioğlu (edr), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt I* (Vedat 2019) 448-457
- Günay B, *Sigorta Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2025)
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976)
- Kara E, *Sigortalabilir Menfaat İlkesi* (Yetkin 2020)
- Karaahmetoğlu İÖ, 'Geçerli Olmayan Sigorta (TTK m. 1404) Kavramına Öz Bir Bakış' (2024) 12(2) KHÜHFD 788-805
- Karabağ Bulut N, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (On İki Levha 2014)
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015)
- Kaşak FE, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (2. Bası, On İki Levha 2021)
- Kayıhan Ş ve Günergök Ö, *Türk Özel Sigorta Hukuku* (7. Bası, Umuttepe 2024)

- Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011)
- Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme* (7. Bası, Filiz 2017)
- Köroğlu Ölmez B, 'Sigorta Sözleşmelerinde Ahlâka Aykırılık: Genelev Örneği' (2022) 12(2) AÜHFD 1056-1070
- Kramer EA, *Berner Kommentar - Das Obligationenrecht: Band 6, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen: 2. Teilband, 1. Unterteilband: Art. 19-20 OR* (Stämpfli 1990)
- Memiş T, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi* (On İki Levha 2016)
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Beta 2024)
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (20. Bası, Vedat 2025)
- Örs MN, 'Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2004).
- Özdamar M ve Doğan B, *Sigorta Hukuku* (Seçkin 2020)
- Şeker Öğüz Z ve Sevinç Kuyucu A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Sigorta Hukuku (Karşılaştırmalı, Açıklamalı)* (Filiz 2011)
- Ünan S, Kender *Sigorta Hukuku* (On İki Levha 2023)
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I* (On İki Levha 2016)
- Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku* (5. Bası, Filiz 2022)
- Yücel S, *Kelepçeleme Sözleşmesi* (Seçkin 2024)

Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Davacı ve Kusur^(*)

Arş. Gör. Dr. Mehmet Emin YIKAR^(**)

Öz

Anonim şirketlerde haklı sebeple fesih davası, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 531 ile mevzuatımızda düzenlenmiştir. Davanın açılabilmesi belirli oranda pay sahipliğine ve haklı nedenlerin varlığına bağlanmıştır. Hükmün gerekçesinde ve doktrinde genel olarak haklı sebeple fesih davasının bir azınlık hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte belirli hâllerde çoğunluk tarafından da haklı sebeple fesih davası açılabilir. Haklı sebeple fesih davasının diğer bir önemli meselesi, tarafların kusurunun haklı sebeplerin oluşması ve mahkemenin kararı üzerindeki etkisidir. Hâkim görüşüne göre haklı sebep, davacı pay sahiplerinin kusurlu davranışları neticesinde oluşmuş ise dava, dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesi ile reddedilmelidir. Bu çalışmada, davacı pay sahiplerinin, tek başlarına veya diğer taraflar ile birlikte haklı sebeplerin oluşmasına kusurlu davranışlar ile katkıda bulunmaları neticesinde açılan davanın akıbeti incelenmektedir. Çalışmada özellikle doktrindeki hâkim görüşün, davacı pay sahipleri, anonim şirket ve diğer menfaat grupları açısından yerinde olup olmadığı ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Haklı Sebeple Fesih, Kusur.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 22.04.2026.

Atıf Şekli: Mehmet Emin Yıkar, 'Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Davacı ve Kusur' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 953,997.

DOI: 10.52273/sduhfd..1907335.

^(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Denizli-Türkiye.

E-posta: meminyikar@gmail.com.

Orcid: 0000-0003-3345-6269.

The Plaintiff and Fault in the Case of The Justified Dissolution of Joint Stock Company

Abstract

In joint stock companies, dissolution proceedings for just cause are regulated in Article 531 of the Turkish Commercial Code No. 6102. The initiation of the lawsuit is fundamentally linked to the minimum shareholding ratio and the existence of justifiable reasons. The doctrine generally states that a lawsuit for dissolution on justifiable grounds is a minority right. However, in certain cases the majority should also be entitled to initiate such a lawsuit. Another important issue in a termination lawsuit based on just cause is how the fault of the parties involved affects the formation of just cause and the court's decision. According to the prevailing view, if the just cause arose as a result of the plaintiff shareholders' fault, the lawsuit should be dismissed on the grounds that it contravenes the principle of good faith. This study examines the outcome of lawsuits filed as a result of plaintiff shareholders contributing to the formation of just cause through their own fault, either individually or together with other parties. In particular, it addresses whether this view is appropriate from the perspectives of the plaintiff shareholders, the joint-stock company and other interest groups.

Keywords

Joint Stock Company, Dissolution for Just Cause, Fault.

Extended Summary

The dissolution of a joint stock company for just cause is regulated under Article 531 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC). This provision aims to protect minority shareholders against majority shareholders. According to this provision, shareholders representing at least one-tenth of the capital in joint stock companies or one-twentieth in publicly traded companies may request that the company be dissolved if just cause exists.

According to legal doctrine, the right to initiate a dissolution action on just cause is a minority right. Considering the wording, reasoning and purpose of the provision, it can be concluded that the legislator intended to regulate this action as a minority right. However, given that the company's will is formed by the majority in accordance with the majority principle, it could also be argued that the majority is not interested in bringing an action for dissolution on just cause. If this view were accepted, the cases in which increased quorums are required by law or the articles of association would be disregarded, as would the privileges. In our opinion, individuals who hold a majority of shares but are not decisive in forming the company's will and do not have the quorum required to decide on the dissolution of the company pursuant to Article 529/1(d) of the TCC should be deemed to have the right to file a dissolution lawsuit for just cause.

Another important issue in a dissolution case involving justified cause is the parties fault with regard to the cause in question. Firstly, it should be noted that Article 531 of the TCC does not require fault to exist in order for just cause to be established. Just cause may arise with or without fault on the part of the shareholders, company organs or both. However, different assessments must be made where fault exists.

It is debatable whether a claimant shareholder may bring an action based on this cause if they are solely at fault for the occurrence of the just cause. An action for dissolution based on just cause should not be used as a means of coercion or blackmail contrary to the rules of good faith. Using the right to file a lawsuit for just cause in a way that goes against the purpose of the ruling is incompatible with the rules of good faith. In cases of abuse of the right to sue, the plaintiff generally has no legally protected interest. Where the right to bring an action is abused, the court should dismiss the action on procedural grounds due to a lack of legal interest. However, this does not mean that the right to bring an action is always exercised in breach of the principle of good faith when all the reasons put forward as just cause originate from the claimant. In our opinion, if the misconduct of the plaintiff shareholder does not constitute an abuse of rights, the lawsuit should not be dismissed. In this case, the misconduct of the plaintiff should be taken into account when ruling on the dissolution of the company or alternative solutions.

Another issue debated in legal theory is whether a shareholder plaintiff can file a lawsuit for termination for just cause if they are more at fault than the company organs and other shareholders in the occurrence of just cause. According to the prevailing view and the practice of the Turkish Court of Appeal, the plaintiff should not be permitted to file a lawsuit under Article 2 of the Turkish Civil Code if they are more at fault than the company organs or other shareholders in the formation of just cause.

This view can be criticised from various angles. Firstly, it is inconceivable that a shareholder plaintiff would act independently of their personal interests in a termination lawsuit based on just cause. Secondly, it is unclear what criteria would be used to determine whether the plaintiff shareholder was more at fault than the company and other shareholders in causing the just cause. Thirdly, when both parties are at fault, bringing a case for dissolution on just grounds by the plaintiff no longer constitutes an abuse of rights. This is because the plaintiff is relying on just grounds arising from the other party's conduct. Finally, if the lawsuit is dismissed, this would be inconsistent with the purpose of the ruling. In practice, personal problems created by the plaintiff are not resolved by the dismissal of the lawsuit. In companies with two partners having equal shares and voting rights, for example, dismissal of the case renders the company inoperable. Therefore, dismissal of the case causes existing problems to escalate and may even damage the company's operations. In such a situation, the interests of the company and other partners, which are the primary beneficiaries intended to be protected in a dissolution case based on just cause, are not safeguarded adequately.

In our opinion, if reasons arising from the joint stock company or other shareholders, other than the plaintiff shareholders, constitute just cause, the lawsuit should not be dismissed. Instead, the judge should rule on the dissolution of the company or alternative solutions in accordance with Article 531 of the TCC. This issue is important in terms of the decision to be made by the court.

Giriş

Anonim şirketlerde çoğunluk ilkesi geçerlidir¹. Çoğunluk; genel kurul toplantısında hazır bulunan pay sahiplerinin maliki oldukları sermaye paylarının veya oy haklarının çoğunluğu sağlamasıyla, yönetim kurulu toplantısında ise hazır bulunan yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu sağlamasıyla oluşur². O hâlde toplam sermaye paylarının veya oy haklarının yarısından fazlasına sahip bir pay sahibi, istisnai kararlar haricinde genel kurulda dilediği kararların alınmasını sağlayabilir.

Anonim şirkette çoğunluğu sağlayan bir veya birden fazla pay sahibinin uyumlu çalışması ile genel kurul ve yönetim kurulunda kararlar hızlı ve etkin bir şekilde alınabilir. Çoğunluğun belirli bir grubun elinde olduğu hâllerde azlığın (veya azınlığın) ve diğer menfaat gruplarının çoğunluğa karşı korunması önem arz etmektedir³. Bu bağlamda haklı sebeple fesih davası, çoğunluğa karşı azlığı koruyan önemli bir hukuki mekanizmayı teşkil etmektedir⁴.

¹ Lukas Beeler ve Hans Caspar von der Crone, 'Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR. - Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_475/2009 vom 5. März 2010' (2010) 82 (4) SZW 329, 332; Erdoğan Moroğlu, 'Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih', in *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1978) 463, 463; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2025) 308, kn. 465.

² Ali Murat Sevi, 'Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları', in Fatma Beril Özcanlı, Seda Palanduz, Havva Karagöz (eds), *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 323, 323 vd.

³ Hans Caspar Von der Crone, 'Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften' (1993) (89) SJZ 37, 37.

⁴ Emil Schucany, *Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht* (2. Auflage, Orell Füssli Verlag 1960) 180, 181; Wilfried Bertsch, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen* (Verlag H. R. Sauerländer & Co 2011) 16, 17; Fritz Funk, *Kommentar des Obligationenrechts, Zweiter Band Das Recht der Gesellschaften* (Verlag H. R. Sauerländer & Co. 1951) Art. 736 kn. 5; Philipp Habegger, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen: unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR* (Stämpfli Verlag 1996) 11; Hans-Ueli Vogt ve Thomas Enderli, 'Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer "anderen sachgemässen Lösung" (Art. 736 Ziff. 4 OR) - Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 278 ff.' (2010) 28 (6) Recht 238, 241; Beeler ve von der Crone (n 1) 332; Matthias Kuster, 'Art. 736' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds), *OFK - Orell Füssli Kommentar* (4. Auflage, Orell Füssli Verlag 2023) Art. 736 kn. 6; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) § 57 kn. 109, 111; Aytekin Çelik, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi' (2009) 25 (4) BATİDER 557, 560 vd; Ayşe Sümer, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi'

Anonim şirketlerde haklı sebeple fesih davası 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁵ (TTK) m. 531’de düzenlenmiştir⁶. Hüküm uyarınca haklı sebeplerin⁷ varlığı hâlinde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde⁸ yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler⁹. Davalı sıfatı şirkete aittir¹⁰.

Haklı sebeple fesih davası açma hakkının yalnızca azlığa tanınmış olup olmadığı ve kusurun dava üzerindeki etkisinin tartışmalara konu edildiği görülmektedir. Bu çalışmada davacı sıfatı, tek bir paya sahip olan pay sahipleri ve çoğunluk pay sahipleri ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Çalışmada özellikle; davacı pay sahiplerinin, anonim şirket organlarına ve diğer pay sahiplerine nazaran daha ağır kusurlu olmaları hâlinde dava açamayacaklarına ilişkin hâkim görüş ve Yargıtay içtihatlarına yönelik eleştirel bir bakış açısı sunulmaktadır.

(2012) 18 (2) MÜHF-HAD 839, 843; Nedret Fusun Nomer Ertan, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası - TTK m. 531 Üzerine Düşünceler’ (2015) 72 (1) İÜHFM 421, 424.

⁵ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.2.2011/27846.

⁶ İsviçre hukukunda haklı sebeple fesih davası, Obligationenrecht (OR) Art. 736/4’te düzenlenmiştir. Hükümde sermayeyi oluşturan payların veya oy haklarının yüzde onuna sahip olan pay sahiplerinin haklı sebeple şirketin feshini talep edebilecekleri belirtilmiştir.

⁷ Hükümün lafzında her ne kadar çoğul eki kullanılmış olsa da tek bir haklı sebep yeterli olabilir. Bkz. Peter V Kunz, ‘Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR - Garant für ein indirektes Austrittsrecht?’ in Roland von Büren (eds), *Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz: zum 70. Geburtstag von Rolf Bär* (Stämpfli Verlag 1998) 235, 239.

⁸ Halka açık şirketlerde pay sahiplerinin paylarını her zaman satıp çıkma imkânı vardır. Diğer bir ifade ile halka açık şirketlerde pay sahiplerine fiili olarak şirketten çıkış hakkı tanınmaktadır. Bu nedenle halka açık şirketlerde haklı sebeple fesih davasının önemini yitirdiği yönünde bkz. Kunz (n 7) 241; Peter Forstmoser ve Marcel Kuchler, *Schweizerisches Aktienrecht 2020 Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen* (Stämpfli Verlag 2022) 538.

⁹ TTK m. 531’in şirketlerin sona ermesine ilişkin olarak kanunda öngörülen en önemli reform olduğu yönünde bkz. Hamdi Yasaman, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Hâkimin Genişleyen Rolü’ (2009) 25 (4) BATİDER 73, 92. TTK m. 531 gereğince haklı sebeple fesih davasının azlığa tanınmış en etkili azlık hakkı olduğu yönünde bkz. Erol Ulusoy, ‘Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması’ (2014) 9 (117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 79; Nomer Ertan (n 4) 422 vd

¹⁰ Esasen davacı pay sahipleri ile çatışmayı oluşturan taraf çoğunluk pay sahipleridir. Ancak dava, şirkete karşı açılır. Bkz. Walter Stoffel, ‘§ 23 Auflösung und Liquidation Art. 736-747 OR’ in Peter Nobel, Christoph Müller (eds), *BK - Berner Kommentar (Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde)* (Stämpfli Verlag 2023) § 23 kn. 21.

I. Davacı

Kanun koyucu, TTK m. 531’de halka kapalı şirketlerde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerinin bu davayı açabileceğini öngörmüştür. Bu nedenle doktrinde genel olarak haklı sebeple fesih davasının bir azlık hakkı olduğu ifade edilmektedir¹¹. Hükümün gerekçesinde de dava hakkının bir azlık hakkı olarak düzenlendiği belirtilmiştir¹².

Bununla birlikte doktrindeki bir görüşe göre hükümde yer alan sermaye paylarından daha azına sahip olan pay sahipleri de haklı sebeple fesih davası açabilir¹³. Sürekli borç ilişkileri, kişilik haklarının korunması amacıyla haklı nedenlerle feshedilebilir. Zira bir sözleşme ilişkisinin devamı, kişilik haklarını kabul edilemez bir şekilde kısıtlamamalıdır. Anonim şirket esas sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Anonim şirketlerde haklı sebeple feshe ilişkin hüküm, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple sona

¹¹ Christoph Stäubli ve Dominik Hohler, ‘Art. 736’ in Rolf Watter, Hans-Ueli Vogt (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR)* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2024) Art. 736 kn. 17; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (5. Auflage, Schulthess Verlag 2022) § 14 kn. 299; Valentin Jentsch ve Alex Schweizer, ‘Zum Austritt eines Aktionärs aus der Gesellschaft bei fehlender Marktliquidität’ (2025) 34 (6) AJP/PJA 615, 617; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) § 14-9; Emin Cem Kahyaoğlu, ‘Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih’, in *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan* (Filiz Kitabevi 2011) 549, 550; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2. Baskı, Vedat Yayıncılık 2019) 7 vd; Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat Kitapçılık 2013) 55; Halit Aker, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2016) 32 (1) BATİDER 63, 124; Tolga Ayoğlu, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri’ (2017) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 129; Mehmet Özdamar, ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Haklı Sebeple Fesih Davası Dolayısıyla Şirketten Ayrılması’, in *Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C. I* (Yetkin Yayınları 2020) 453, 457; Fatoş Kılıç, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Alternatif Bir Çözüm Olarak Bölünme’, in *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 409, 412. Hükümde haklı sebeple fesih davasının açılabilmesi için asgari pay sahipliği oranı belirlenmiştir. Bu nedenle haklı sebeple fesih davasının bir azlık hakkı olarak nitelendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. İlhan Yiğit, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde (TK m. 531) Fesih Dışındaki Diğer Çözümlerin Uygulanmasında Kararı Veren Mahkemenin Rolü’ in Arslan Kaya, Mehmet Fatih Arıcı, Fahriye Pelin Tokcan, Numan Sabit Sönmez, Müge Evlek, Mahmut Arif Koçak (eds), *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -IV- (Tebliğler ve Tartışmalar)* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 143, 161.

¹² Bkz. 6102 sayılı TTK m. 531 Gerekçesi.

¹³ Jentsch ve Schweizer (n 11) 620 vd.

erendirilebileceğine ilişkin genel ilkenin özel bir görünümüdür (*lex specialis*). Fesih davasının halka kapalı şirketlerde sermayenin en az onda birine sahip pay sahipleri tarafından açılabilmesi, daha küçük pay sahiplerinin yeterince korunmamasına sebebiyet verir. Küçük pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davasını açabilmelerine ilişkin olarak kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu bağlamda sermayenin onda birinden daha azına sahip olan pay sahipleri, kişilik hakkı ihlali niteliğinde olan haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple sona erdirilmesine ilişkin genel ilkeye dayalı olarak haklı sebeple fesih davasını açabilir¹⁴.

Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeplerle feshinin bir özel görünümü olan anonim şirketlerde haklı sebeple fesih davası, TTK m. 531 ile mevzuatımıza girmiştir. Haklı sebeple fesih davası, başta davacı pay sahipleri ve davalı şirket olmak üzere menfaat sahiplerinin menfaatlerini dengelemeyi ve korunmayı amaçlamaktadır. Kanun koyucunun bilinçli tercihi ile davacının belirli oranda sermaye payına sahip olması bir dava şartı olarak öngörülmüştür¹⁵. İstisnai bir dava niteliğinde olan haklı sebeple fesih davasında davacının belirli oranda paya sahip olması koşulunun açıkça ve bilinçli olarak belirlendiği dikkate alındığında kanaatimizce hükümde bir boşluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla de lege lata hükümde öngörülenden daha az sermaye payına sahip olan kişiler, haklı sebeple fesih davası açamaz¹⁶.

Doktrinde tartışılan bir diğer husus haklı sebeple fesih davasının çoğunluk pay sahipleri tarafından açılıp açılmayacağıdır. Bir görüşe göre TTK m. 531 gereğince haklı sebeple fesih davasının açılması bakımından azınlık pay sahipleri, tekel yetkisine sahiptir¹⁷. *Çelik*'e göre haklı sebeple fesih davası yalnızca azlığın korunması amacıyla düzenlenmiştir. Bu nedenle çoğunluğu oluşturan pay

¹⁴ Jentsch ve Schweizer (n 11) 620 vd.

¹⁵ Şahin (n 11) 347, 348; Emel Hanağası, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' (2014) 32 (1) BATİDER 199, 234; Aker (n 11) 126; Fatih Yurtbaşı, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Özellik Arz Eden Hususları Hakkında Bir Değerlendirme', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 165, 169.

¹⁶ Bununla birlikte esas sözleşme ile davacı pay sahiplerinin sahip olması gereken asgari pay oranının hafifletilip hafifletilemeyeceği tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, hükmün gerekçesinden hareketle, asgari pay oranı esas sözleşme ile düşürülebilir. Tartışmalar hakkında bkz. Pulaşlı (n 4) § 57 kn. 112; Şahin (n 11) 315, 316; Erdem (n 11) 174 vd; Özlem İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi* (Adalet Yayınevi 2016) 46 vd.

¹⁷ Çelik (n 4) 574, 575; Hanağası (n 15) 207, 208.

sahiplerinin haklı sebeple fesih davasını açmalarına izin verilmemelidir¹⁸. Öte yandan çoğunluk pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davası ile şirketi sona erdirilmesine ihtiyaçları bulunmamaktadır. Zira çoğunluk pay sahipleri, nisabı sağlamaları sebebiyle TTK m. 529/1(d) uyarınca şirketin feshine karar verebilirler veya esas sözleşme ile fesih sebeplerini düzenleyebilirler¹⁹. Bununla birlikte yazara göre TTK m. 531 ve hükmün gerekçesinde, haklı sebeplerin yalnızca azlığın korunması ile sınırlandırıldığına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca hüküm mevcut hâli ile sadece azlığı koruma amacını içermemektedir. Hüküm ile şirket içerisindeki menfaat uyumsuzluklarının çözülmesi de amaçlanmaktadır. Yazara göre bütün bu hususlara rağmen haklı sebeple fesih davasının amacıyla da paralellik sağlanması için fesih davasının yalnızca çoğunluk gücünün kötüye kullanılması hâlinde açılabilmesi daha isabetli bir düzenleme olacaktır²⁰.

Doktrindeki aksi yöndeki görüşe göre haklı sebeple fesih davasının genel olarak azlık tarafından açıldığı görülse de çoğunluk tarafından da bu dava açılabilir²¹. *Ayoğlu*'na göre haklı sebeple fesih davası azlık hakkı olarak kurgulanmış olsa dahi "*çoğun içinde az da vardır*" ilkesi gereğince TTK m. 529/1(d) atfı ile TTK m. 421/3-4 fıkraları uyarınca genel kurulda iradi fesih kararı alma yeter sayısından (sermayenin %75'i) daha azına sahip olan pay sahipleri de haklı sebeple fesih davasını açabilir²².

Benzer şekilde *Şahin* ve *Ulusoy*, haklı sebeple fesih davasının azlık menfaatlerinin korunmasının yetersiz olması durumunda başvurulabilecek son çare olarak düzenlendiğini ancak kanunda bu hakkın kullanılabilmesi bakımından pay sahipliği oranına ilişkin bir üst sınır öngörülmediğini belirtmişlerdir²³. Yazarlara göre hükmün amacından hareketle, genel kurul toplantısında fesih kararı almak için gerekli nisaplara sahip olmayan pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davasını açabileceği kabul edilmelidir. Zira bu durumda ilgili pay sahipleri de

¹⁸ Çelik (n 4) 574.

¹⁹ Çelik (n 4) 575.

²⁰ Çelik (n 4) 574, 575.

²¹ Tolga Ayoğlu, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' (2013) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 221, dn. 6; Şahin (n 11) 132, 133; Yurtbaşı (n 15) 173; Begüm Yiğit, 'Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sifatının Belirlenmesi' (2019) 18 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 583, 586.

²² Ayoğlu (n 21) 221, dn. 6.

²³ Şahin (n 11) 132, 133; Ulusoy (n 9) 97.

teknik olarak azlık konumundadır²⁴. Bu bağlamda TTK m. 529/1(d) atfı ile TTK m. 421/3-4 fıkraları uyarınca sermayenin %75'inden azına sahip olan pay sahipleri haklı sebeple fesih davasını açabilir²⁵.

Son olarak *Yüksel*'e göre azlık konumunda olmayan pay sahiplerinin de haklı sebeple fesih davasını açabilecekleri temelde iki durumda akla gelebilir. İlk hâl sermayeye eşit şekilde katılan iki pay sahibinden oluşan bir şirkette meydana gelen kilitlenme hâlidir. Bu durumda eşit pay sahiplerinden her birisi haklı sebeple fesih davasını açabilir²⁶. Hükmün lafzında davacı taraf bakımından "en az" pay sahipliği oranı düzenlenmiştir. Diğer azlık haklarında olduğu gibi kanun metninde dava hakkının kullanılması bakımından bir üst sınır da öngörülmemiştir. İkinci olarak bu sonuca "*çoğun içinde az da vardır*" ilkesi ile de ulaşılabilir²⁷. Anonim şirketlerde geçerli olan çoğunluk ilkesi uyarınca çoğunluk pay sahipleri, genel kurulda alınacak kararların yönünü tayin edebilirler ve yönetim kurulunun oluşumunda da etkili olarak şirketin iradesinin belirleyicisi konumunda olurlar. Ancak çoğunluğun bu gücü, kanuni veya esas sözleşmesel ağırlaştırılmış yeter sayıların arandığı durumlarda ve azlığın sahip olduğu imtiyazlarda etkisiz hâle gelebilir. Çoğunluğun gücünü etkin bir şekilde kullanamaması sebebiyle şirketin kötü yönetilmesi ve çoğunluk pay sahiplerinin kâr payından mahrum olması söz konusu olabilir. Bu durumda TTK m. 529/1(d) uyarınca şirketin sona ermesi kararını alabilmek için yeterli oy oranına sahip olmayan pay sahipleri, haklı sebeple fesih davası açabilir²⁸.

Matematiksel olarak azlık, bütünün yarısından az olanı ifade eder²⁹. TTK anlamında azlık ise bütünün yarısından daha az olan ve kendisine kanuni hak veya yetkiler tanınan pay sahiplerini tanımlar³⁰. TTK'da bir istisnai hüküm dışında azlığın oran-

²⁴ Şahin (n 11) 132, 133; Ulusoy (n 9) 98.

²⁵ Ulusoy (n 9) 98.

²⁶ Sinan Hüdai Yüksel, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler', in *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 863, 870; Sinan Hüdai Yüksel, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davacı Sıfatı Yargının Yaklaşımı ve Tartışmalar', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 147, 159. Bu yönde bkz. Şahin (n 11) 133.

²⁷ Yüksel, 'Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler' (n 26) 870; Yüksel, 'Davacı Sıfatı Yargının Yaklaşımı ve Tartışmalar' (n 26) 159.

²⁸ Yüksel, 'Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler' (n 26) 870; Yüksel, 'Davacı Sıfatı Yargının Yaklaşımı ve Tartışmalar' (n 26) 160.

²⁹ Ulusoy (n 9) 80.

³⁰ Ulusoy (n 9) 80.

sal olarak belirlendiği görülmektedir³¹. Bu oran halka kapalı şirketler bakımından esas sermayenin %10'una ve halka açık şirketlerde %5'ine sahip olan pay sahipleri olarak belirlenmiştir. TTK m. 531'de de bu oranlar kabul edilmiştir. Hükmün lafzı, gerekçesi ve amacı dikkate alındığında kanun koyucunun, haklı sebeple fesih davasını bir azlık hakkı olarak düzenlemek istediği söylenebilir. Zira çoğunluk ilkesi uyarınca şirket iradesinin kural olarak çoğunluk tarafından oluşturulacağı göz önünde bulundurulduğunda, çoğunluğun haklı sebeple fesih davasını açmada menfaatinin bulunmadığı ifade edilebilir. Bu görüşün kabulü hâlinde ise, doktrinde ifade edildiği üzere, kanuni veya esas sözleşme hükümleri ile öngörülen ağırlaştırılmış yeter sayıların öngörüldüğü durumlar ve TTK m. 360 uyarınca yönetimde temsil edilme imtiyazı göz ardı edilmiş olur. Öte yandan TTK m. 531'de sermaye payı oranı üzerinden azlık belirlenmiştir. Anonim şirketlerde azlık, pay sahibinin sahip olduğu payın esas sermayeye oranlanması, oy haklarının sayısı ya da her ikisinin birlikte değerlendirilmesi ile belirlenir³². TTK m. 434/1'de ifade edildiği üzere pay sahipleri oy hakkını, paylarının toplam itibari değeri ile orantılı olarak kullanır. Ancak TTK m. 478/2 ile paya oy hakkında imtiyaz sağlanabileceği hüküm altına alınmıştır. TTK m. 479/2 uyarınca kural olarak bir paya en fazla on beş oy hakkı tanınabilir. Bu durumda sermaye payı olarak çoğunluğu sağlayan pay sahipleri, diğer pay sahiplerine tanınan oy hakkı imtiyazı nedeniyle azlık konumuna düşebilir. TTK m. 531'de bu durumun da göz ardı edildiği anlaşılmaktadır. İşaret ettiğimiz durumlarda sermaye payına dayalı çoğunluk gücü etkisiz hâle gelir. Bu bağlamda çoğunluk paylarına sahip olmalarına rağmen şirket iradesinin oluşturulmasında belirleyici olamayan kişilerin, TTK m. 529/1(d) uyarınca şirketin sona ermesi kararı alabilme nisabına sahip olmamaları durumunda haklı sebeple fesih davasını açabilecekleri kabul edilmelidir³³.

³¹ Ulusoy (n 9) 80. TTK m. 439'da genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi hâlinde azlığın mahkemeden özel denetçi atamasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu hak halka kapalı şirketlerde sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerinin yanı sıra paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon TL olan pay sahiplerine de tanınmıştır.

³² Ulusoy (n 9) 80.

³³ Bir ilk derece mahkemesi, çoğunluk pay sahibi tarafından açılan davada, haklı sebeplerin bulunduğunu tespit ederek şirketin feshine karar vermiştir. Karara karşı şirket tarafından kanun yollarına başvurulmamıştır ve karar kesinleşmiştir. Karara karşı davada taraf olmayan diğer pay sahibinin yapmış olduğu istinaf ve temyiz başvuruları ise reddedilmiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 555/4440, 29.5.2024 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026. Limited şirket ortağı olan davacının %55 esas sermaye payına sahip olduğu bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, TTK m. 636 (TTK m. 531) uyarınca davacının çıkmasına izin verilmesine karar vermiştir. Karar, onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11 HD, 744/1675, 20.3.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

II. Haklı Sebep

Haklı sebep kavramı TTK'da tanımlanmamıştır³⁴. TTK Gereğesinde, haklı sebebin belirlenmesinin yargı kararlarına ve doktrine bırakıldığı ifade edilmiştir³⁵.

Doktrinde haklı sebep; dürüstlük kuralı gereğince ortaklık ilişkisini çekilmez hâle getiren ve dürüstlük kuralına göre ortak açısından bu ilişkinin sürdürülmesinin kendisinden beklenemeyeceği nedenler olarak tanımlanmaktadır³⁶. Haklı sebep, her bir somut olaya göre farklı şekillerde meydana gelebilir. Haklı sebep teşkil eden durumlar; *i*) çoğunluk gücünün kötüye kullanılması (pay sahiplerinin haklarının sürekli olarak ihlal edilmesi), *ii*) şirket ilişkisinden doğan sebepler (şirketin amacına ulaşmasının imkânsız hâle gelmesi, sermayenin yetersiz kalması) ve *iii*) kişisel sebepler³⁷ olarak sınıflandırılmaktadır³⁸.

TTK m. 329 gereğince anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir. Anonim

³⁴ Bununla birlikte TTK m. 245/1'de kolektif şirketler açısından haklı sebep kavramı tanımlanmıştır. Hüküm uyarınca haklı sebep, kolektif şirketin kuruluşuna zemin hazırlayan fiili veya kişisel nedenlerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek bir biçimde ortadan kalkmış olmasıdır. Hükümün devamında da haklı sebep sayılabilecek örneklerle yer verilmiştir.

³⁵ TTK Kanun Gereğesi, s. 194-195.

³⁶ Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH* (Dike Verlag 2009) 144; Jentsch ve Schweizer (n 11) 617; Ersin Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2008) 23; Ersin Çamoğlu, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi' (2015) 31 (1) BATİDER 5, 6; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) 354, kn. 1562; Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Venture)* (Vedat Kitapçılık 2009) 672, 673; Sümer (n 4) 844; Ayoğlu (n 21) 227; Ayşe Şahin, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukukî Sorunlar' (2014) 9 (117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 150.

³⁷ Kişisel sebepler, pay sahiplerinin kişisel durumundan ve pay sahiplerinin birbirleri arasındaki kişisel ilişkilerden doğan olay ve olgulardır. Kişisel sebeplere örnek olarak pay sahibinin vefat etmesi, pay sahibinin artık işgöremez hâle gelmesi, pay sahibinin ortaklıktan ayrılması ve esas olarak pay sahiplerinin birbirleri arasındaki kişisel uyumsuzluklar gösterilebilir. Pay sahipleri arasındaki kişisel uyumsuzluklar dini, siyasi ve benzeri farklılıklardan, menfaat çatışmalarından, hukuki ilişkilerden veya birbirlerine karşı işlemiş oldukları hukuka aykırı fiillerden doğabilir. Detaylı bilgi için bkz. Esra Kaşak, 'Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi' (2019) 23 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 161, 163 d.

³⁸ Burak Adıgüzel ve Özlem İlbasmış Hızlısoy, 'Limited Şirkette Haklı Sebeple Fesih ve Haklı Sebeple Çıkma Davaları Arasındaki İlişki', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 183, 186.

şirketlerde sermaye unsuru ön plandadır ve ortaklardan kaynaklı kişisel unsurlar geri plandadır. Dolayısıyla anonim şirketler bakımından kural olarak ortaklar arasındaki fikir ayrılıklarının veya kişisel sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilmemesi gerekir³⁹. Ancak pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ve diğer kanuni avantajlar sebebiyle çok az sayıdaki ortaklar ve özellikle aile tipi işletmeler anonim şirketi tercih edilebilmektedir⁴⁰. Bu nedenle somut olaya göre özellikle aile tipi anonim şirketlerde kişisel unsurlar önem arz edebilir ve bu husus da şirketin yapısını önemli ölçüde etkileyebilir^{41,42}. Bununla birlikte kişisel nitelikteki sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için ilgili sebepler, şirketin faaliyetlerine etki ederek şirketi işlemez hâle getirmelidir⁴³. Şirketin işleyişine etki etmeyen kişisel sebepler ise yalnızca ileri sürülen diğer sebeplerin haklı sebep olarak nitelendirilmesi bakımından dikkate alınabilir⁴⁴.

Anonim şirketler bakımından haklı sebep olarak kabul edilen örnekler şunlardır: Genel kurulun pek çok defa kanuna aykırı olarak toplantıya çağırılması, azlık veya pay sahibinin bireysel haklarının devamlı olarak ihlal edilmesi, şirke-

³⁹ Funk (n 4) Art. 736 kn. 5; Stäubli, Stäubli ve Hohler (n 11) Art. 736 kn. 25; Arthur Meier-Hayoz ve Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (11. Auflage, Stämpfli Verlag 2012) 581; Bertsch (n 4) 141; Sanwald (n 36) 157; Vogt ve Enderli (n 4) 241, 242; Moroğlu (n 1) 474, 475; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 359, kn. 1565c; Pulaşlı (n 4) § 57 kn. 157; Erdem (n 11) 98, 99; Nomer Ertan (n 4) 425.

⁴⁰ Kaşak (n 37) 178, 179.

⁴¹ Vogt ve Enderli (n 4) 242; Beeler ve von der Crone (n 1) 333; Sanwald (n 36) 158, 159; Stoffel (n 10) § 23 kn. 27; Ersin Çamoğlu, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi', in *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan* (Alkım Yayınevi 2007) 667, 678 vd; Sümer (n 4) 844; Şahin (n 11) 188 vd; Erdem (n 11) 99; Kaşak (n 37) 179 vd; Murat Oruç, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma' (2011) 27 (1) BATİDER 209, 209; Aker (n 11) 118; Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 187, 188. Aile tipi bir anonim şirkette dahi pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların haklı sebep olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Nomer Ertan (n 4) 426. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Kaşak (n 37) 164, dn. 8'de sayılan kararlar.

⁴² İsviçre Federal Mahkemesi, çeşitli kararlarında kişisel unsurların anonim şirketler bakımından da haklı sebep teşkil edeceğine hükmetmiştir. Kararların tercümesi için bkz. Hamdi Yasaman, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' in *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009) 713, 721 vd.

⁴³ Schucany (n 4) 181; Meier-Hayoz ve Forstmoser (n 39) 581; Bertsch (n 4) 141, 142; Habegger (n 4) 68 vd; Von der Crone (n 3) 41; Beeler ve von der Crone (n 1) 333; Sanwald (n 36) 158; Vogt ve Enderli (n 4) 241, 242; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 173 vd; Özdamar (n 11) 465, 466; Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 187. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 555/4440, 29.5.2024; Yargıtay 11 HD, 5713/7173, 7.12.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

⁴⁴ Pulaşlı (n 4) § 57 kn. 157; Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 187.

tin kötü yönetilmesi ve devamlı olarak zarar etmesi, devamlı olarak kâr payı dağıtılmaması veya çok cüz'î miktarda kâr payı dağıtılması, şirket organlarının görevlerini kanuna uygun olarak yerine getirmemesi, pay sahipleri arasında eşitlik ilkesine aykırı muamelede bulunulması, aile tipi şirketlerde ortaklar arasındaki şiddetli geçimsizlik bulunması ve bu tip şirketlerde güven temelinin çökmesi⁴⁵ vb.

III. Dava Sonucunda Verilebilecek Kararlar

TTK m. 531 uyarınca haklı sebeple fesih davasının açılması için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁶ (HMK) m. 114'te sayılan dava koşullarının yanı sıra davacı tarafın halka kapalı şirketlerde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerinden oluşması gerekir⁴⁷. Usuli şartların sağlanamaması durumunda davanın usulden reddedilmesi gerekir⁴⁸. Dava şartlarının sağlanması ile birlikte hâkim, davayı esastan incelemeye başlar.

Davanın esastan incelenmesi üzerine hâkim, davanın reddine karar verebilir. Doktrindeki hâkim görüşe göre şirketin feshine karar verilebilmesi için haklı sebebin varlığı tek başına yeterli değildir. Hâkim, öncelikle TTK m. 531 bağlamında şirketin feshine sebebiyet verecek nitelikte bir haklı sebebin bulunup bulunmadığını tespit etmelidir. Haklı sebebin olduğu kanaatine varıldığı tak-

⁴⁵ Funk (n 4) Art. 736 kn. 5; Stäubli, Stäubli ve Hohler (n 11) Art. 736 kn. 24; Meier-Hayoz ve Forstmoser (n 39) 484; Beeler ve von der Crone (n 1) 334 vd; Sanwald (n 36) 144; Çamoğlu, (n 41) 680, 681; Çelik (n 4) 571, 572; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 360, kn. 1566; Şahin (n 36) 151 vd; Nomer Ertan (n 4) 426, 427; Nedret Füsün Nomer Ertan, 'Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi' in Abuzer Kendigelen, Mustafa Halil Çonkar, İbrahim Çağrı Zengin, Fahriye Pelin Tokcan, Numan Sabit Sönmez, Buğra Kesici (eds), *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 97, 101 vd; Cengiz Erten, 'Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2019) 7 (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 187, 195 vd. Bu yönde bkz. BGE 4A_499/2019 E 5.2; BGE 136 III 278 E 2.2.2.

⁴⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁴⁷ Şahin (n 11) 347, 348; Hanağası (n 15) 234; Aker (n 11) 126; Yurtbaşı (n 15) 169. Pay sahipleri dışındaki menfaat sahiplerinin haklı sebeple fesih davası açamayacakları kabul edilmektedir. Bkz. Yüksel, 'Davacı Sıfatı Yargının Yaklaşımı ve Tartışmalar' (n 26) 161, 162; Yurtbaşı (n 15) 172, 173.

⁴⁸ Şahin (n 11) 347, 348; Hanağası (n 15) 213, 214; Sedat Kaya, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası* (Yetkin Yayınları 2024) 322, 323.

dirde şirketin feshine⁴⁹ veya uygun düşen başka bir çözüme hükmedilmelidir⁵⁰. Bu bağlamda hâkim, davacı tarafından ileri sürülen sebeplerin haklı sebep oluşturmadığı veya var olan haklı sebeplerin şirketin feshini gerektirecek ölçüde olmadığı kanaatine varırsa davanın esastan reddine karar verecektir⁵¹.

Aksi yöndeki görüşe göre ise hâkimin, şirketin feshi dışında diğer çözümlere hükmedebilmesi için haklı sebebin şirketin feshini gerektirecek ağırlıkta olması şart değildir⁵². Somut uyuşmazlıktaki nedenlerin mahkemece tespit edilen çözümü haklı göstermesi yeterli kabul edilmelidir. Hâkime tanınan takdir yetkisinin amacı azlığın meşru menfaatlerinin çoğunluğa karşı korunmasıdır. Şirketin feshi için aranan haklı sebeplerin, alternatif çözümler hükmedilmesi bakımından da aranması hâlinde hükmün amacı gerçekleştirilemez⁵³.

Davacı tarafından ileri sürülen sebeplerin haklı sebep oluşturduğu hâllerde ise şirketin feshine karar verilebilir. Bununla birlikte TTK m. 531’de hâkime

⁴⁹ BGE’ye göre, şirketin ve çalışanlar da dâhil olmak üzere üçüncü kişilerin menfaatleri, halka açık büyük şirketlerin feshini fiilen engellemekte veya pratikte imkânsız kılmaktadır. Bkz. BGE 105 II 114 E 7c. Bu yönde bkz. Forstmoser ve Küchler (n 8) 538.

⁵⁰ Beeler ve von der Crone (n 1) 337; Gilles Benedick, ‘Art. 736’ in Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb (eds), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess Verlag 2024) Art. 736 kn. 8; Çelik (n 4) 570; Altay (n 36) 686; Sümer (n 4) 844; Şahin (n 11) 125; Nomer Ertan (n 4) 428; Yiğit (n 21) 585; Ulusoy (n 9) 99; Nomer Ertan (n 45) 109; Sevi (n 2) 381, 382; Erten (n 45) 197. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 4639/3180, 30.5.2017 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

⁵¹ Şahin (n 11) 125; Erdem (n 11) 240; Çamoğlu, ‘Hakimin Takdir Yetkisi’ (n 36) 9, 10; Hanağası (n 15) 234; Merve Hakimoğlu, ‘Anonim Şirketlerde Haklı Nedenle Fesih Davası’ (2014) 12 (144) Legal Hukuk Dergisi 161, 162 vd; Mustafa Kayhan, *Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 198, 199; Kaya (n 48) 323, 324.

⁵² Lukas Handschin, ‘Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen’ (1993) 65 (4) SZW 43, 44; Habegger (n 4) 57, 164; Kunz (n 7) 239; Sanwald (n 36) 169; Vogt ve Enderli (n 4) 244; Ünal Tekinalp, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Fesih Davasının Bazı Usulî Sorunları’, in Erol Ulusoy (ed), *Ersin Çamoğlu’na Armağan* (Vedat Kitapçılık 2013) 211, 218; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 357, kn. 1564b; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 80; Mehmet Emin Bilge, ‘Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi’ (2012) 16 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 261, 278; Aker (n 11) 130; Cem Veziroğlu, ‘Buy-Out of the Oppressed Minority’s Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law’ (2018) 19 European Business Organization Law Review 527, 531. *Stäubli/Hohler*, fesih dışında diğer çözümlere hükmedilebilmesi sebebiyle hâkimlerin haklı nedenlerin varlığını kabul etme arzusunun artacağını belirtmektedir. Bkz. *Stäubli ve Hohler* (n 11) Art. 736 kn. 23. Anonim şirketlerde pay sahibinin haklı nedenle çıkma davası düzenlenmemesi sebebiyle bu görüşün savunulabileceği yönünde bkz. Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 191.

⁵³ Habegger (n 4) 164; Vogt ve Enderli (n 4) 244.

geniş takdir yetkisi tanınmıştır⁵⁴. Mahkeme, davacı pay sahiplerinin çıkarılması-na ya da duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir⁵⁵. Mahkeme, şirketin feshine karar vermeden önce alternatif çözümleri de-ğerlendirmelidir. Şirketin feshi, son çare olarak benimsenmiştir⁵⁶.

Madde metninde yer alan “*duruma uygun düşen*” ifadesi, kararlaştırılan çözüm yönteminin, menfaat uyumsuzluğunu ortadan kaldırabilecek nitelikte ol-ması anlamına gelmektedir⁵⁷. Ayrıca “*duruma uygun düşen*” çözüm yönteminin “*kabul edilebilir olması*” gerekir. Bu ilke ise başta davacı pay sahipleri ve şirket olmak üzere tüm ilgililerce çözüm yönteminin kabul edilebilecek nitelikte olma-sı gerektiği anlamına gelmektedir⁵⁸. Diğer bir ifade ile hükmedilen çözüm, ilgili-lerin menfaatini dengelemeli, mevcut ihtilafları sona erdirmeli ve yeni bir ihtilaf ortaya çıkarmamalıdır⁵⁹. Alternatif çözüm, ilgililer bakımından şirketin feshine göre daha olumsuz sonuçlar doğurmamalıdır⁶⁰.

⁵⁴ Haklı sebeple fesih davası, HMK m. 26’da düzenlenmiş olan taleple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. *Tekinalp*, hükümde tanınan geniş takdir yetkisi nedeniyle haklı sebeple fesih davasını “*alternatif çözümlü bir dava*” olarak isimlendirmektedir. Bkz. Tekinalp (n 52) 215.

⁵⁵ *Kunz*, İsviçre hukukunda mahkemelerin sözleşmelere müdahale etmemesi esasının benim-sendiğini, haklı sebeple fesih davasında mahkemeye tanınan geniş takdir yetkisinin İsviçre hukukunda bir istisna olduğunu ve Amerikan hukukunun etkisi ile hükme eklendiğini ifade etmektedir. Bkz. Peter V Kunz, ‘Rechtsvergleichung/Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeer-messen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR’, in Alexander R. Markus, Stephanie Hrubesch-Millauer, Rodrigo Rodriguez (eds), *Zivilprozess und Vollstrec-kung national und international - Schnittstellen und Vergleiche: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz* (Stämpfli Verlag 2018) 799, 802 vd.

⁵⁶ Bertsch (n 4) 42, 48; Handschin (n 52) 45; Habegger (n 4) 108 vd; Böckli (n 11) § 14 kn. 192; Kuster (n 4) Art. 736 kn. 7; Çelik (n 4) 577; Tekinalp (n 52) 213; Özge Ayan, ‘Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)’ (2011) 9 (102) Legal Hukuk Dergisi 2237, 2246; Şahin (n 36) 162; Erdem (n 11) 252; Ayoğlu (n 11) 137; Fatih Ay-doğan, ‘TK m. 530 Hükmüne Dayalı Olarak Açılan Fesih Davasında, Davacı Pay Sahibinin Çıka-rılmasına Karar Verilip Verilemeyeceği - Davanın, TK m. 531 Hükmü Uyarınca Karara Bağlan-masının Mümkün Olup Olmadığı’, in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 135, 139; Gizem Çoşğun Yıl-dırım, ‘Yargı Kararları Ekseninde Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Arabuluculuk Uygulaması’ (2025) 10 (1) REGESTA 75, 84.

⁵⁷ Çelik (n 4) 578; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 356, kn. 1564; Ayoğlu (n 21) 245; Şahin (n 36) 162, 163; Yiğit (n 11) 145.

⁵⁸ Habegger (n 4) 163 vd; Beeler ve von der Crone (n 1) 332; Sanwald (n 36) 171; Vogt ve En-derli (n 4) 242; Çelik (n 4) 578, 579; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 356, kn. 1564; Şahin (n 36) 163; Yiğit (n 11) 145, 146.

⁵⁹ Çamoğlu, ‘Hakimin Takdir Yetkisi’ (n 36) 14; Çelik (n 4) 563; Ayan (n 56) 2255; Yurtbaşı (n 15) 166.

⁶⁰ Şahin (n 36) 163.

Fesih yerine alternatif çözümlere hükmedilerek şirket bünyesinde oluşturulan ekonomik ve sosyal değerın korunması, kurulu tezgâhın bozulmaması ve şirketin faaliyetlerine devam etmesine ilişkin olarak ilgililerin menfaatinin korunması amaçlanmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi bir şirketin, yalnızca ortakları ile ilişkisinin bulunmadığı ve ortakların dışında da çeşitli ilişkilerinin bulunduğu düşüncesine dayanmaktadır⁶¹. Şirketin ortakları arasında meydana gelen uyuşmazlıklar nedeniyle diğer ilişkilerin sonlandırılmaması hedeflenmektedir. Bu kişiler arasında şirketin diğer pay sahipleri (genellikle çoğunluk pay sahipleri), tahvil senedi sahipleri, intifa senedi sahipleri, şirket çalışanları, şirketin faaliyetlerini gösterirken ekonomik ilişki içinde olduğu tedarikçiler, müşteriler, lojistik ve benzeri hizmet sunanlar, şirkete kredi verenler, şirketten alacaklı olan kişiler ve genelde kamu gösterilebilir⁶².

Şirketin feshi yerine verilebilecek kararların ilk örneği kanunda gösterilmiştir. Hüküm uyarınca hâkim, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip şirketten çıkarılmalarına hükmedebilir⁶³. Örnek olarak sayılan bu çözüm yolu, uygulamada davacıların taleplerine de yansımaktadır. Her ne kadar hâkimi bağlayıcı nitelikte olmasa da davacılar⁶⁴, şirketin feshine veya paylarının şirket tarafından satın alınarak çıkarılmalarına hükmedilmesini talep etmektedir⁶⁵. Yargıtay'ın da alternatif çözüm olarak pay sahibinin çıkarılmasına hükmettiği görülmektedir⁶⁶.

⁶¹ Şahin (n 11) 487, 488; Yiğit (n 11) 145. Ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 5713/7173, 7.12.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

⁶² Sanwald (n 36) 160 vd; Beeler ve von der Crone (n 1) 333; Benedick (n 50) Art. 736 kn. 10; Kuster (n 4) Art. 736 kn. 9; Stoffel (n 10) § 23 kn. 29; Çamoğlu, (n 41) 679; Çelik (n 4) 563; Ayan (n 56) 2246; Oruç (n 41) 213, 214; Ulusoy (n 9) 99; Nomer Ertan (n 4) 429; Yiğit (n 11) 145; Aydoğan (n 56) 139. Ayrıca bkz. BGE 136 III 278 E 2.2.2; BGE 126 III 266 E 1a.

⁶³ Mehaz OR Art. 736/4'te alternatif çözümlere örnek verilmemiştir.

⁶⁴ Doktrindeki hâkim görüşe göre haklı sebeple fesih davası terditli açılmaz. Tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Şahin (n 11) 497 vd; Hanağası (n 15) 205 vd; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 227 vd.

⁶⁵ Eser Rüzgâr, 'Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2013) 3 (3) REGESTA 31, 65 vd; Yaşar Can Göksoy, 'Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun (TTK m. 5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 103, 117 vd; Coşğın Yıldırım (n 56) 84. Davacının talebinin şirketin haklı sebeple feshedilmesi veya duruma uygun bir çözüme hükmedilmesi şeklinde olabileceği ve davacının alternatif çözümü açıkça belirtmesinin herhangi bir sorun oluşturmayacağı yönünde bkz. Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 197. Ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 3669/10238, 2.6.2014; Yargıtay 11 HD,

Doktrinde ve hükmün gerekçesinde diğer alternatif çözüm örnekleri olarak kâr payı dağıtılması, şirkete yeni bir pay sahibinin alınması, azlığın yönetim kurulunda temsil edilmesi, şirketin kısmen tasfiye edilmesi veya şirketin bölünmesi⁶⁷ kararları gösterilmektedir⁶⁸. Duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözümün tespit edilememesi hâlinde ise son çare (ultima ratio) olarak şirketin feshine karar verilmelidir⁶⁹. Bu bağlamda verilecek karar, somut olayın koşullarına, başta ortaklık olmak üzere ilgililerin menfaatlerine, davacı ve davalı ortaklığın haklı beklentilerine, anonim şirketlerin temel ilkelerine uygun olmalıdır⁷⁰.

18024/12808, 1.12.2015; Yargıtay 11 HD, 2387/8048, 10.6.2015; Yargıtay 11 HD, 2752/4079, 4.7.2017; Yargıtay 11 HD, 4076/6917, 30.9.2024 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

⁶⁶ Yargıtay 11. HD, 3669/10238, 2.6.2014; Yargıtay 11 HD, 9088/2352, 3.3.2016; Yargıtay 11 HD, 4639/3180, 30.5.2017; Yargıtay 11 HD, 5713/7173, 7.12.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026. Yargıtay'ın davacı ortağın çıkarılması dışındaki alternatif çözüm yöntemlerine neredeyse başvurmadığı yönündeki tespit için bkz. Erten (n 45) 200.

⁶⁷ Stäubli ve Hohler (n 11) Art. 736 kn. 27; Böckli (n 11) § 14 kn. 331; Çamoğlu, 'Hakimin Takdir Yetkisi' (n 36) 17, 18; Tekinalp (n 52) 214 vd; Sümer (n 4) 847; Ayan (n 56) 2261; Bilge (n 52) 278; Kılıç (n 11) 423 vd. Bu durumda bölünmenin, kısmi bölünme şeklinde olması gerektiği ifade edilmektedir. Tam bölünme hâlinde bölünen şirket infisah ederek sona ereceğinden diğer pay sahiplerinin yeni kurulan şirketlerde pay sahibi olması gerekecektir. Bu husus ise davanın tarafı olmayan diğer pay sahiplerine yükümlülük getirmesi nedeniyle usul hukukuna uygun düşmeyecektir. Öte yandan tam bölünme, pay sahiplerine ilişkin tek borç ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca bölünme kararı, bölünen şirketlerde pay sahipliği oranının korunduğu tür olan simetrik bölünme şeklinde olmamalıdır. Bu durumda mevcut olan haklı sebepler devam edecektir. Dolayısıyla bölünme kararı, pay sahipliği oranının korunmadığı tür olan asimetrik bölünme şeklinde olmalıdır. Bkz. Ayoğlu (n 21) 248, dn. 62; Erdem (n 11) 268; Yiğit (n 21) 616, 617. *Kılıç*'a göre asimetrik olmak kaydıyla bölünme kararı, tam veya kısmi bölünme şeklinde olabilir. Bkz. Kılıç (n 11) 423, 424. Bölünme kararının olağanüstü bir yöntem olduğu ve somut olaydaki şirketin koşullarının elverdiği durumlarda istisnai olarak hükmedilmesi gerektiği yönünde bkz. Altay (n 36) 92. Aksi yönde Şahin'e göre, haklı sebeple fesih davasında hâkim, bölünme kararı ile birlikte genel kurul ve yönetim kurulu yerine geçmek suretiyle birçok karar alması gerekir. Bu durum ise davalı şirketin karar alma mekanizmalarına gereğinden fazla müdahale anlamına geldiğinden mahkemece şirketin tam veya kısmi olarak bölünmesine hükmedilemez. Bkz. Şahin (n 11) 580, 581.

⁶⁸ Handschin (n 52) 44, 45; Stäubli ve Hohler (n 11) Art. 736 kn. 27; Böckli (n 11) § 14 kn. 207; Beeler ve von der Crone (n 1) 337, 338; Vogt ve Enderli (n 4) 243; Kunz (n 55) 804, dn. 24; Sümer (n 4) 847; Tekinalp (n 52) 218; Ayan (n 56) 2261; Ayoğlu (n 21) 246 vd; Nomer Ertan (n 4) 432 vd; Sevi (n 2) 386.

⁶⁹ Ersin Çamoğlu, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usulî Hükümleri' (2015) (230) Yargı Dünyası Dergisi 13, 23; Çamoğlu, 'Hakimin Takdir Yetkisi' (n 36) 10; Tekinalp (n 11) § 14-10. Kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 1177/3046, 16.4.2019 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

⁷⁰ Tekinalp (n 52) 218, 219; Çamoğlu, 'Hakimin Takdir Yetkisi' (n 36) 14; Şahin (n 11) 502 vd; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 275 vd; Erdem (n 11) 254; Sevi (n 2) 384.

Uygulanacak alternatif çözüm bakımından hükmün lafzında örnek olarak sayılan davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılması ile diğer çözüm yöntemleri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Bir görüşe göre davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılabilmesi için şirketin feshi kararı dışında diğer çözüm yöntemleri ile haklı sebebi sona erdirecek bir çözümün bulunamaması gerekir⁷¹. Ortaklıktan çıkarma kararının uygulanma sırası, şirketin feshi dışındaki yollardan sonra fakat fesihten önce olmalıdır⁷². Zira fesih davası neticesinde verilecek en ağır kararlardan ilki şirketin feshidir, ikincisi ise davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasıdır. Her iki durumda da pay sahipliği sıfatı sona ermektedir. Bu sebeple her iki karar, diğer çözüm yöntemlerinin faydalı olmaması hâlinde verilebilmelidir⁷³. Diğer çözüm yöntemleri ile uyuşmazlığın giderilebilmesine rağmen davacı pay sahiplerinin çıkarılmasına hükmedilmesi, davacı pay sahiplerinin zarar görmesine sebebiyet verir⁷⁴. Bu görüş sahiplerinden *Yurtbaşı*'na göre, azlığın şirketten çıkarılma talebinin bulunmaması durumunda bu sıranın uygulanması hükmün amaca uygun bir şekilde yorumlanmasının gereğidir⁷⁵. Yazar ayrıca şirket malvarlığının ve sermayenin korunması ilkesinin de bu görüşü destekleyici mahiyette olduğunu ifade etmektedir⁷⁶.

Ayoğlu; TTK'nın ilk taslak metninden itibaren "özellikle" örnek çözüm yöntemi olan davacı pay sahibinin çıkarılmasının hükümde yer almasının, kanun tasarısını hazırlayan Bilim Komisyonunca bu çözümün ön planda görüldüğünü göstermesi bakımından ilgi çekici olduğunu belirtmektedir⁷⁷. Yazara göre haklı

⁷¹ Çelik (n 4) 580, 581; Yurtbaşı (n 15) 167.

⁷² Çelik (n 4) 581, dn. 89; Yurtbaşı (n 15) 167.

⁷³ Çamoğlu, 'Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi' (n 36) 98, 99; Çelik (n 4) 584. Bu yaklaşımın sermayenin korunması ilkesinin de bir gereği olduğu yönünde bkz. Hanağası (n 15) 255.

⁷⁴ Çamoğlu, 'Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi' (n 36) 99; Çelik (n 4) 581. *Çamoğlu*'na göre davacının talebi veya en azından rızası olmaksızın davacının çıkarılmasına hükmedilemez. Aksi durumda haklı sebeple fesih davası davacı pay sahipleri bakımından bir yaptırıma dönüşebilir. Bkz. Çamoğlu, (n 69) 26; Çamoğlu, 'Hakimin Takdir Yetkisi' (n 36) 11 vd. *Şahin*'e göre davacı pay sahiplerine alternatif çözümler hususunda talepte bulunması imkânı verilmesi gerektiğini, davacı pay sahiplerinin şirketten çıkma taleplerinin bulunmamasına rağmen şirketten çıkarılmalarına hükmedilebilecek olmasının ise haklı sebeple fesih davasının açılmasını önleyici ve caydırıcı etki doğurabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Şahin (n 36) 168.

⁷⁵ Yurtbaşı (n 15) 167.

⁷⁶ Yurtbaşı (n 15) 167.

⁷⁷ Ayoğlu (n 21) 238.

sebeple fesih davasında mahkemenin öncelikle davacı ve diğer pay sahipleri arasında ortaklık ilişkisinin devam ettirilmesi imkânının olup olmadığını tespit etmesi gerekir⁷⁸. Pay sahipleri arasında ortaklık ilişkisinin sürdürülmesi yönünde bir iradenin bulunmaması durumunda davacı pay sahiplerinin çıkarılmasına veya son çare olarak şirketin feshine karar verilmelidir⁷⁹. Pay sahipleri arasında ortaklık ilişkisinin devam ettirebilir olmasına rağmen azlık haklarının kısıtlandığı hâlde ise bu kısıtlamayı kaldırarak nitelikte duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözüme hükmedilmelidir⁸⁰.

Oruç'a göre haklı sebeple fesih davasında mahkemenin değerlendirmesi gereken üç alternatif bulunmaktadır. Bunlar i) şirketin feshi, ii) davacı pay sahiplerinin çıkarılması ve iii) duruma uygun düşen diğer çözüm yöntemleridir. Hükmün lafzından üç seçenek arasında bir derecelendirme öngörülmediği sonucu çıkmaktadır⁸¹. Ancak hükmün gerekçesi dikkate alındığında şirketin feshi-ne son çare olarak hükmedilmelidir. Bu durumda üç seçenek arasında derecelendirme şirketin feshi ve davacı pay sahiplerinin çıkarılması veya duruma uygun düşen diğer çözümler şeklindedir⁸².

Hakimoğlu, haklı sebeplerin varlığı hâlinde hâkimin uygun ve kabul edilebilir bir çözüm tespit edememesi durumunda davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılması ve şirketin feshi arasında bir tercihte bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁸³.

Tekinalp'e göre ise hükümde belirtilen çözüm sadece bir örnek teşkil etmektedir⁸⁴. Yazar hükümde yer alan örneğin mehzaz OR Art. 736/4'te yer almasının sistemsal bir farklılık niteliğinde olmadığına da işaret etmektedir⁸⁵.

⁷⁸ Ayoğlu (n 21) 246.

⁷⁹ Ayoğlu (n 21) 246.

⁸⁰ Ayoğlu (n 21) 246.

⁸¹ Oruç (n 41) 221.

⁸² Oruç (n 41) 221, 222.

⁸³ Hakimoğlu (n 51) 162.

⁸⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 362, kn. 1567.

⁸⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 362, kn. 1567. Yazar bir başka eserinde hükümde verilen örneğe ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "TK mehzazdan farklı olarak, diğer çözümler bağlamında davacı pay sahiplerinin paylarının satın alınarak ortaklıklardan çıkarılmalarını madde metninde açıkça ifade etmiş yani alternatif çözümlerden birini hakim önüne koymuştur. TK bu suretle, davacının paylarının satın alınması alternatifini hem uyumsuzluğun çözümü yönünde kanuni bir tercih düzeyine çıkarmış hem mahkemeye alternatif çözümler

Kanaatimizce, hükmün lafzı dikkate alındığında uygulanacak çözüm yöntemleri arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Hükmün gerekçesine bakıldığında da çözüm yöntemleri arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunduğu dair bir işaret görülmemektedir. Davacının çıkarılmasına karar verilmesi ise yalnızca alternatif çözümler bakımından bir örnek niteliğindedir. Bununla birlikte haklı sebeple fesih davasının genel olarak azlık tarafından açıldığı ve haklı sebeplerin genellikle şirketin çoğunluğu veya şirket organları tarafından oluşturulduğu⁸⁶ hususları göz önünde bulundurulduğunda davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasının ideal çözüm⁸⁷ olduğu söylenebilir^{88,89}. Kanun koyu-

konusunda yetkisinin genişliği hakkında bir fikir vermiş hem de çoğunluk kuralının yönetenler açısından yanlış, dürüstlük kuralına aykırı, hatta ilkel bir anlayışla uygulanmasını düzeltmek olanağını mahkemeye sağlamıştır. Davacı pay sahibinin, paylarının satın alınmasının TK m. 531’de açıkça belirtilmesiyle geniş bir imkânlar yelpazesi AO’nun feshine karar verilmesi katı çözümünün önüne geçmiş ve mahkemenin çözümlerin olabilirliğini incelemesi zorunlu hale getirmiştir.

TK, 141 (2), 202 (1) bent b, 202 (3) ve 208. maddelerinde de bir pay sahibinin paylarının satın alınması olanağını öngördüğü için payların satın alınması alternatifinin çözüm olarak kullanılması şansı güçlüdür. Çünkü kanun koyucu bir çok maddede davacının paylarının alınması çözümünü kabul ederek bu çareyi makul ve duruma uyar nitelikte olduğunu açıkça belirtmiştir, yoksa onu nadiren başvurulacak bir yol olarak görmemiştir. Demek ki azlığa, yani kapalı AO’larda sermayenin %10’una, HAAO’larda %5’ine payların bedellerinin ödenmesi, kanun koyucu tarafından büyük bir külfet şeklinde değerlendirilmemektedir. Çünkü TK m. 141 (2) 202 ve 208’de payları alınanlar azlık oluşturan pay sahipleridir.”. Bkz. Tekinalp (n 52) 214.

⁸⁶ Bu yönde bkz. Yiğit (n 11) 158.

⁸⁷ Benzer bir çözüm yöntemi ise şirketin bölünmesine karar verilmesidir. Ancak şirketin bölünmesine ilişkin sürecin çetrefilli olması sebebiyle bölünme kararı uygulamada yer bulamamaktadır. Türk hukukunda bir ilk derece mahkemesi (Manavgat Asliye Hukuk Mahkemesi) kararı ile şirketin bölünmesine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, ilgili olayda haklı sebeplerin oluşmadığı gerekçesi ile kararın bozulmasına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 4504/12980, 3.12.2015 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

⁸⁸ İsviçre hukukundaki genel kabule göre duruma uygun ve kabul edilebilir çözüm olarak, şirketin davacı pay sahiplerinin paylarını satın alması ön plana çıkmaktadır. Bkz. Frank Gerhard, ‘Die Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund’ (2008) (Sondernummer) GesKR 143, 143; Forstmoser ve Küchler (n 8) 538; Stoffel (n 10) § 23 kn. 33. *Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz*, haklı sebeplerin varlığı hâlinde çoğunlukla haklı sebeple fesih davasını açan pay sahibinin ortaklıktan çıkarılmasının en uygun çözüm olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Mehmet Helvacı, Emin Çamurcu ve İsmail Türkyılmaz, ‘Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı’, in *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 309, 327. Benzer şekilde *Özdamar*; haklı sebeple fesih davası genellikle davacının, paylarını devretmek istemesine rağmen alıcı bulamaması veya şirket esas sözleşmesinde yer alan bağlam hükümleri nedeniyle paylarını devredememesi sebebiyle açıldığını ve bu nedenle çoğu zaman davacının paylarının şirketçe satın alınarak çıkarılması duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözüm yöntemi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Özdamar (n 11) 469. Yazar bu yönüyle hükmün davacılar bakımından hayal kırıklığı oluşturabileceği endişesi taşıdığını ancak yürürlükteki hüküm

cunun da davacı pay sahiplerinin çıkarılması kararı bakımından uygulamada bir şüphe olmaması için bu örneği hükme eklediği dahi ifade edilebilir. Nitekim uygulamada genellikle bu yola başvurularak davacının çıkarıldığı görülmektedir⁹⁰.

Öte yandan davacı pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davası açmasında menfaati kural olarak payın gerçek değerine kavuşmasıdır⁹¹. Şirketin feshi hâlinde davacı, tasfiye payını elde edebilecektir. Buna karşın davacı pay sahibinin çıkarılması hâlinde kendisine paylarının gerçek değeri ödenecektir. Gerçek değer, yaşayan şirket değeri üzerinden hesaplanmaktadır⁹². Dolayısıyla şirketin feshi yerine davacı pay sahibinin çıkarılmasına hükmedilmesi, davacı bakımından bir yaptırım niteliğinde değildir⁹³. Bu bağlamda kanaatimizce haklı sebeple fesih davasında yalnızca şirketin feshi kararı ile alternatif çözümler arasında bir sıralama ilişkisi bulunmaktadır. Alternatif çözüm yöntemleri arasında ise bir sıralama bulunmamaktadır. Nitekim *Tekinalp* tarafından ifade edildiği üzere, hükümde yer alan örnek, TTK'nın alternatif çözüm yöntemlerini şirketin feshi kararına üstün tutmasının bir işaretidir⁹⁴.

karşısında dava açılması sırasında bu riskin göze alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Özdamar (n 11) 474. *Ayan*'a göre davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına hükmedilmesi, ilk olarak akla gelen ve en ideal çözüm yöntemidir. Bununla birlikte mahkeme, davacı pay sahiplerinin çıkarılmasının duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözüm olup olmadığını incelemelidir. Bkz. *Ayan* (n 56) 2249, 2250. *Veziroğlu*, davacı pay sahiplerinin paylarının satın alınarak çıkarılmalarına hükmedilmesinin özellikle kapalı anonim şirketler için en verimli çözüm olduğunu ve Türk uygulamasında en sık başvuru olan çözüm yöntemi olacağını ifade etmektedir. Bkz. *Veziroğlu* (n 52) 535.

⁸⁹ Şirketin feshedilmesi yerine davacı pay sahiplerinin paylarının şirket tarafından satın alınarak davacı pay sahiplerinin çıkarılması kararının birincil alternatif çözüm olduğu yönünde bkz. *Handschin* (n 52) 44; *Beeler ve von der Crone* (n 1) 337; *Sanwald* (n 36) 174.

⁹⁰ Yargıtay 11. HD, 3669/10238, 2.6.2014; Yargıtay 11 HD, 9088/2352, 3.3.2016; Yargıtay 11 HD, 4639/3180, 30.5.2017; Yargıtay 11 HD, 5713/7173, 7.12.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026. Yargıtay'ın davacı ortağın çıkarılması dışındaki alternatif çözüm yöntemlerine neredeyse başvurmadığı yönündeki tespit için bkz. *Erten* (n 45) 200.

⁹¹ *Aydoğan* (n 56) 139. Şirketin haklı sebeple feshini talep eden azlığın amacının mali haklarını almak suretiyle ortaklıktan ayrılmak olduğu yönünde bkz. *Çamoğlu*, (n 41) 683.

⁹² *İrfan Akın*, 'Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi', in *Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener* (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 83, 84 vd.

⁹³ *Çelik* (n 4) 585; *Akın* (n 91) 101, 102.

⁹⁴ *Tekinalp* (n 11) § 14-11a.

IV. Kusurun Rolü

Haklı sebeple fesih davasında kusur, çeşitli hususlarda önem arz etmektedir. Bunlar; haklı sebebin oluşması, davacının haklı sebeplerin oluşmasında tek başına kusurlu olması, davacı ve davalı ile diğer pay sahiplerinin haklı sebebin oluşmasında kusurlu hareketleri ile katkıda bulunması, davacının çıkarılmasına hükmedilmesi durumunda davacıya ödenecek olan payların karşılığının hesaplanması ve yargılama giderlerinin hangi tarafa yükletileceğidir. Söz konusu hususlar aşağıda ele alınmaktadır.

A. Haklı Sebebin Oluşması

TTK m. 531’de haklı sebebin oluşması bakımından kusur şartı aranmamaktadır⁹⁵. Haklı sebep, ortakların kusuruyla, şirket organlarının kusuruyla ya da ortakların ve şirket organlarının kusuru olmaksızın ortaya çıkabilir. Örneğin şirketin amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olan ürünlerin ithalatının yasaklanması sebebiyle şirket amacının gerçekleştirilmesi imkânsız hâle gelebilir. Bu durumda haklı sebeple fesih davası açılabilir.

B. Haklı Sebeplerin Oluşmasında Davacının Tek Başına Kusurlu Olması

Davacı pay sahibinin haklı sebebin oluşmasında tek başına kusurlu olması durumunda, bu sebebe dayalı olarak dava açıp açamayacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre davacı, haklı sebebin oluşmasında kusurlu olsa dahi haklı sebeple fesih davası açabilir⁹⁶. Zira açılan dava neticesinde şirketin feshine ya da davanın reddine karar verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Mahkeme, fesih dışında alternatif çözümlere hükmedebilir. Bu nedenle davacının kusuru, hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla, fesih davasının açılması bakımından bir önem arz etmez⁹⁷. Kusur, verilecek hüküm açısından dikkate alınmalıdır. Örneğin davacının haklı sebebin oluşmasında kusurlu olmasına rağmen şirketin feshini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu durumda mahkeme, davacının ortaklıktan çıkarılmasına veya diğer alternatif çözümlere hükmedebilir⁹⁸. Ancak

⁹⁵ Çamoğlu, ‘Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi’ (n 36) 79, 80; Çamoğlu, ‘Hakimin Takdir Yetkisi’ (n 36) 8; Çelik (n 4) 570; Erdem (n 11) 360; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 64; Aker (n 11) 119; Hanağası (n 15) 221; Sevi (n 2) 381, 382; Yurtbaşı (n 15) 170.

⁹⁶ Çelik (n 4) 571; Hanağası (n 15) 245, 246; Kayhan (n 51) 50.

⁹⁷ Çelik (n 4) 571.

⁹⁸ Çelik (n 4) 571.

yazar eserinin devamında çelişki içeren şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *“... haklı sebeple fesih davası açabilecek pay sahiplerinde esas sermayenin onda birine (halka açık şirketlerde yirmide birine) sahip olmak dışında başka bir şart aranmadığı gibi, bu davanın açılması herhangi bir süreyle de sınırlandırılmamıştır. Ancak bu durum haklı sebebin varlığından haberdar olan ve buna örtülü şekilde razı olan pay sahibinin bu sebebin ortaya çıkışından çok uzunca bir süre sonra fesih davası açabileceği anlamına gelmemelidir. Her ne kadar haklı sebep söz konusu olsa da bu haklı sebebin ortaya çıkmasında katkısı olan veya haklı sebeple feshe yol açabilecek harekete sonradan iştirak eden yahut da bu hareketlere itirazsız göz yuman pay sahiplerine dava hakkı tanınmamalıdır. Zira böyle bir durumda haklı sebeple fesih davası açılması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.”*⁹⁹.

Çamoğlu’na göre prensip olarak haklı sebebe kusurlu davranışlarıyla sebebiyet veren kişi, bu sebebe dayanamaz. Zira kişinin kendi kusurlu davranışına dayanması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir¹⁰⁰. Bununla birlikte davacı, dürüstlük kurallarının elverdiği ölçüde kendi kusurlu davranışı ile ortaya çıkan sebebe dayanabilir¹⁰¹.

İlbasmış Hızlısoy bu durumda kural olarak davanın reddi gerektiğini ancak dürüstlük kuralları elverdiği ölçüde kendi kusurlu davranışı ile ortaya çıkan haklı sebebe dayanabileceğini belirtmektedir¹⁰².

Hanağası’na göre davacı pay sahiplerinin haklı sebebin oluşmasında kusurlu olmaları, özellikle davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarında rol oynayabilir. Zira davacıların kendi kusurlarına dayalı olarak şirketin feshini talep etmeleri dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁰³.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise haklı sebeplerin oluşmasında kusurlu olan pay sahibinin dava açma hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁴. Tekinalp, haklı sebebin oluşmasında davacının kusurunun bulunması durumunda davanın esastan

⁹⁹ Çelik (n 4) 587.

¹⁰⁰ Çamoğlu, ‘Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi’ (n 36) 81, 82.

¹⁰¹ Çamoğlu, ‘Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi’ (n 36) 83.

¹⁰² İlbasmış Hızlısoy (n 16) 64.

¹⁰³ Hanağası (n 15) 245, 246.

¹⁰⁴ Schucany (n 4) 181; Böckli (n 11) § 14 kn. 311; Jentsch ve Schweizer (n 11) 617; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 356, kn. 1563b; Altay (n 36) 671; Şahin (n 11) 360. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 11340/6490, 13.6.2016 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

reddine karar verileceğini ifade etmektedir¹⁰⁵. *Altay*, kendi kusuruna dayalı olarak şirketi sona erdirmeye çalışan ortağa cevaz verilmemesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁶. *Şahin*'e göre davacı pay sahiplerinin dayandığı haklı sebep ile kendi kusuru arasında nedensellik bağı bulunuyorsa fesih davası kabul edilemez ve davanın reddi gerekir¹⁰⁷.

Haklı sebeple fesih davasının açılmasında kusurun, davacının dava açma hakkını dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanması ve haklı sebep olarak ileri sürülen nedenlerin tamamının davacıdan kaynaklanması hâlleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. İlk olarak haklı sebeple fesih davası açma hakkının kötüye kullanılması ele alınmalıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁰⁸ (TMK) m. 2'de dürüstlük kuralı düzenlenmiştir. Buna göre bir hakkın kullanımında ve borçların ifasında dürüstlük kurallarına uygun hareket edilmelidir. Hükmün ikinci fıkrasında da bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı belirtilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması için tanınma amacı dışında, kötüniyetle ve kişisel menfaat elde etme amacı ile kullanılması gerekir¹⁰⁹. HMK m. 29/1'de dürüstlük kurallarının usul hukukunda uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunen tanınan bir dava hakkının kullanılmasında da dürüstlük kurallarına uygun hareket edilmelidir.

Haklı sebeple fesih davası, temelde azlığın meşru menfaatlerinin çoğunluk karşısında korunmasını sağlamaktadır¹¹⁰. Davacı pay sahipleri ile şirket organları veya diğer pay sahipleri arasında oluşan menfaat uyumsuzluklarının çözüme kavuşturulabilmesi için bu dava açılabilir¹¹¹. Ancak dava hakkının, azlığın hukuki olmayan taleplerinin gerçekleştirilmesi veya çoğunluğun cezalandırılması amacıyla bir tehdit aracı olarak kullanılmasına izin verilmemelidir¹¹². Diğer bir ifade

¹⁰⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 356, kn. 1563b. Bu yönde bkz. Kayhan (n 51) 50; Kaya (n 48) 217.

¹⁰⁶ Altay (n 36) 671.

¹⁰⁷ Şahin (n 11) 360.

¹⁰⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

¹⁰⁹ Mustafa Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 252, kn. 872 vd.

¹¹⁰ Çelik (n 4) 563.

¹¹¹ Çelik (n 4) 563.

¹¹² Çelik (n 4) 563.

ile haklı sebeple fesih davası, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek şekilde baskı veya şantaj aracı olarak kullanılmamalıdır¹¹³. Hukuk düzeninin tanıdığı haklı sebeple fesih davası açma hak ve yetkisi, hükmün amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz.

Dürüstlük kuralına aykırılığın sonuçları usul hukuku ve maddi hukuk bakımından farklılık arz etmektedir. Maddi hukukta bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması hâlinde bu kullanım haksız bir kullanım olduğu için hukuk düzeni tarafından korunmaz ve hakkı kullanan lehine bir sonuç oluşmaz. Buna karşın dürüstlük kuralına aykırı olarak açılan bir dava, haksız bir işlem olarak kabul edilmez¹¹⁴. Usul hukuku bakımından açılan dava geçerli bir davadır ve hâkim tarafından usulüne uygun olarak karara bağlanmalıdır¹¹⁵. Başka bir deyişle usul hukukunda, dürüstlük kuralına aykırı olarak açılan davaya ilişkin olarak dava hakkının yokluğu gibi bir yaptırım bulunmamaktadır¹¹⁶.

Dava hakkının kötüye kullanılması durumunda genellikle davacının hukuken korunması gereken bir menfaati (hukuki yararı) bulunmamaktadır¹¹⁷. Hukuki yarar, HMK m. 114/1(h) uyarınca bir dava şartıdır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak açılan davada hukuki yararın eksik olduğunun tespiti hâlinde mahkeme, dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulde reddine karar verir (HMK m. 115/2)¹¹⁸.

Bu bağlamda örneğin davacı pay sahiplerinin bile isteye şirketin işleyişini sürekli olarak sekteye uğratması, şirketin kilitlenmesine bilerek sebebiyet ver-

¹¹³ Çelik (n 4) 563; Oruç (n 41) 218; Hayrettin Çağlar ve Esra Kaşak, 'Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması' (2016) 65 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 659, 662.

¹¹⁴ Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları, 1989) 74.

¹¹⁵ Arslan (n 113) 74; Murat Atalı, 'HMK m. 377'de Yer Alan 10 Yıllık Azamî Sürenin Belgenin Sonradan Elde Edilmesinde Kusuru Olmayan Taraf Bakımından Değerlendirilmesi', in Fethi Gedikli, Emrehan İnal, Ali Adem Yörük, Abdullah Furkan Korkmaz, Göktuğ İdiz, Emine Esra Canbolat, Emrah Gökmen (eds), *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan C. II* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 1053, 1066.

¹¹⁶ Arslan (n 113) 75; Atalı (n 114) 1066. Bununla birlikte HMK m. 329'da usuli cezalar düzenlenmektedir.

¹¹⁷ Arslan (n 113) 73; Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009) 34, 35; Emel Şeyda Elgün Toğrul, *Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Yetkin Yayınları 2021) 66, 67.

¹¹⁸ Arslan (n 113) 73; Hanağası (n 116) 34, 35; Elgün Toğrul (n 116) 66, 67. Anonim şirket genel kurulunda alınan kararlara ilişkin olarak hakkın kötüye kullanılması suretiyle açılan iptal davasının usulden reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. Nedret Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta Yayıncılık 1999) 130.

mesi, şirket yöneticilerine veya diğer pay sahiplerine yönelik haksız fiillerde bulunması ve şirket organları veya diğer pay sahipleri arasındaki kişisel sorunlara dayalı olarak dava açmaları hâlinde haklı sebeple fesih davası açma hakkı kötüye kullanılmış olur. Dava hakkının kötüye kullanılması durumunda mahkeme, hukuki yarar noksanlığı sebebi ile davayı usulden reddetmelidir.

Belirtmek gerekir ki, haklı sebep olarak ileri sürülen sebeplerin tamamının davacıdan kaynaklandığı her durumda dava hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Pay sahipleri, ortaklık ilişkisi süresi boyunca şirkete ve şirket organlarına karşı çeşitli kusurlu davranışlarda bulunmuş olabilirler. Söz konusu kusurlu davranışlar, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değil ise artık davanın reddedilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz¹¹⁹. Bu durumda davacının kusuru, şirketin feshine veya alternatif çözümlere hükmedilmesi bakımından dikkate alınmalıdır.

C. Haklı Sebeplerin Oluşmasında Tarafların Birlikte Kusurunun Bulunması

Bir kısım pay sahiplerinin, haklı sebebin oluşmasında şirket organlarına ve diğer pay sahiplerine göre daha ağır kusurlu olmaları hâlinde bu kişilerin haklı sebeple fesih davası açabilip açamayacakları doktrinde tartışılmaktadır. Hâkim görüş ve Yargıtay¹²⁰ uygulamasına göre davacının, haklı sebeplerin oluşmasında

¹¹⁹ Aksi yönde haklı sebebin tamamen davacının kusuru ile oluşmasına rağmen davacı tarafından bu sebebe dayalı olarak dava açılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde bkz. Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 189.

¹²⁰ Yargıtay bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “Bunla birlikte haklı nedenlerle fesih davasının açılabilmesi için, haklı nedenlerin ortaya çıkmasında davacı ortakların kendi eylem ve işlemlerinin katkısının bulunmaması, diğer bir anlatımla feshe dayanak gösterilen haklı nedenlerin diğer ortaklardan kaynaklandığının kanıtlanması gerekir. Hiç kimsenin kendi eylem ve işlemlerine dayanarak kendisi lehine sonuç çıkarmayacağı ilkesi de bunu gerektirmektedir. Somut uyuşmazlıkta, ticaret sicil kayıtlarından davacıların şirketin kuruluşundan itibaren dava tarihine kadar şirketin yönetim kurulu üyeliği görevlerini yerine getirdikleri anlaşılmakta olup, davacıların şirketin faaliyette bulunmadığı, gelir elde edemediği, 2012-2013 yılı genel kurul toplantısının yapılamadığı gibi davalı anonim şirketin fesih ve tasfiyesi için ileri sürdükleri iddialar ve olaylar davacıların şirket yönetim kurulu üyesi oldukları döneme ait bulunmaktadır. Dolayısıyla, davalı anonim şirketin feshi için dava konusu iddiaların ileri sürülmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu nazara alınmaksızın Bölge Adliye Mahkemesince İlk Derece Mahkemesinin kararının kaldırılmasına, TTK’nın 531. maddesi uyarınca davanın kabulü ile davalı şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir”. Bkz. Yargıtay 11 HD, 3460/2407, 28.3.2019 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026. Bir başka uyuşmazlıkta BAM şu ifadeleri kullanarak istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir: “...ortaklar arasındaki uyumsuzluk bir fesih sebebi olarak kabul edilebilirse de, ortaya çıkan uyumsuzlukta davacının diğer ortaklardan daha az kusurlu olarak kabulüne yarar

şirket organlarına veya diğer pay sahiplerine nazaran daha fazla kusurlu olması hâlinde TMK m. 2 uyarınca dava açma hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir¹²¹. Zira hiç kimse kendi eylem ve işlemlerine dayanarak kendisi lehine sonuç çıkaramaz. Davacı ve şirket organları ile diğer pay sahiplerinin eşit kusurlu olmaları durumunda ise davanın açılabilmesi kabul edilmelidir¹²².

Aksi yöndeki görüş, karşılıklı kusur durumunda dahi haklı sebeple fesih davasının açılmasının davacı bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu savunmaktadır¹²³. Dolayısıyla bu durumda dava kabul edilmemelidir¹²⁴.

Üçüncü görüş ise davacı pay sahiplerinin haklı sebebin oluşması bakımından şirket organlarına ve diğer pay sahiplerine göre daha ağır kusurlu olmaları hâlinde dahi haklı sebeple fesih davası açılabilmesini ifade etmektedir¹²⁵.

Çamoğlu, haklı sebep oluşturan durumların çoğu zaman bir demetten oluştuğunu belirtmektedir. Örneğin şirketin kötü yönetilmesi, elde edilen karın uzun süre dağıtılmaması, dürüstlük kuralına aykırı olarak sermayenin arttırılması suretiyle azlığın pay oranının düşürülmesi, pay sahiplerinin bilgi alma hak-

somut deliller dosyada bulunmadığından davacının kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple fesih tasfiye koşullarının oluştuğunu ispatlayamadığına.... Karar, Yargıtay tarafından onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11 HD, 6317/1255, 2.3.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026. Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 11340/6490, 13.6.2016; Yargıtay 11 HD, 14541/6990, 13.11.2018; Yargıtay 11 HD, 6317/1255, 2.3.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

¹²¹ Çamoğlu, 'Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi' (n 36) 81, 82; Şahin (n 11) 360, 361; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 65, 66; Aker (n 11) 119, 120; Sevi (n 2) 381, 382; Özdamar (n 11) 460; Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy (n 38) 189.

¹²² Çamoğlu, 'Hakimin Takdir Yetkisi' (n 36) 8; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 66; Özdamar (n 11) 460; Kayhan (n 51) 98. Görüşü savunan yazarlardan Özdamar, şu ifadeleri kullanmaktadır: "En azından davacının kusurunun tespit edilmesi hâlinde, davanın reddi kuvvetli bir ihtimal olarak karşımıza çıkar. Esasen TTK m. 531 hükmünde, davacının kusuruna ilişkin bir düzenleme mevcut olmasa da meselenin hakkaniyete uygun çözümünde kusur dikkate alınmalıdır.". Bkz. Özdamar (n 11) 460.

¹²³ Bertsch (n 4) 168; Sanwald (n 36) 146; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 356, kn. 1563b.

¹²⁴ Bertsch (n 4) 168. Tekinalp'e göre haklı sebebin oluşmasında ortak kusuru bulunan pay sahipleri, haklı sebeple fesih davası açamaz. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 36) 356, kn. 1563b.

¹²⁵ Çamoğlu, 'Hakimin Takdir Yetkisi' (n 36) 7; Ersin Çamoğlu, 'Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay Kararları', in İbrahim Bektaş, İfakat Balık (eds), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXX (23 Aralık 2016)* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 57, 61; Erdem (n 11) 237; Aker (n 11) 119, 120.

larının engellenmesi bir arada oluşabilir¹²⁶. Bu sebeplerden bir kısmı davacının kusurundan doğarken bir kısmı ise davalı şirketin kusurundan doğabilir. Yazara göre haklı nedenin bir olgular demetinden oluşması durumunda davacı pay sahibinin bu olguların birinde veya birkaçında kusurlu olması dava hakkını ortadan kaldırmaz. Somut olayda -haklı sebebin varlığını tespitte olduğu gibi- davacının kusurunun dava hakkını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hâkimin takdirindedir¹²⁷.

Erdem'e göre ortaklar arasında kişisel anlaşmazlığın bulunduğu şirketlerde hangi ortağın daha çok kusurlu olduğunu tespit etmek zordur. Bu hâlde örneğin kesinleşmiş bir ceza veya aile mahkemesi kararı ile bir ortağın açıkça veya tamamen kusurlu olduğu tespit edilmişse artık haklı sebeple fesih davasında ilgili karara dayanılabilir¹²⁸. Bir mahkeme kararının bulunmadığı ve her iki tarafın da kusurlu olduğu durumda ise şirketin menfaati dikkate alınarak şirketin feshine veya pay sahibinin çıkarılmasına hükmedilmelidir. Yazara göre özellikle iki tarafın da kusurlu olduğu durumda kimsenin kendi kusuruna dayalı olarak menfaat elde edemeyeceği ilkesi katı bir şekilde uygulanmamalıdır¹²⁹.

Aker, haklı sebebin oluşmasında ağır kusuru olan pay sahibinin kural olarak şirketin feshini talep edemeyeceğini, bununla birlikte taraflar arasındaki uyuşmazlıkların kalıcı hâle geldiği ve iyileşme imkânının objektif olarak bulunmadığı durumlarda artık davacı tarafın haklı sebebin oluşmasında kusurlu olmasının fesih davasının açılmasına engel teşkil etmemesi gerektiğini belirtmektedir¹³⁰.

Kanaatimizce, karşılıklı kusurun bulunduğu hâllerde davacı pay sahiplerinin en azından eşit kusurlu olması durumunda dava açabilecekleri görüşü çeşitli yönlerden eleştirilebilir. İlk olarak haklı sebeple fesih davasında davacı pay sahiplerinin, şahsi menfaatlerinden ari olarak hareket etmesi düşünülemez. Davacı pay sahipleri, şirkete ortak olmaları sebebiyle menfaat sahibidirler. Pay sahipleri, ortak olmadan kaynaklı menfaatlerinin korunması için hukuki yollara

¹²⁶ Çamoğlu (n 124) 61.

¹²⁷ Çamoğlu (n 124) 61.

¹²⁸ Yargıtay, taraflar arasındaki derdest davaların bekletici mesele yapılması ve davaların neticesi ile birlikte somut uyuşmazlıktaki diğer bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerektiğini belirterek bu incelemelerde bulunmayan mahkemelere kararlarını bozmaktadır. Bkz. Yargıtay 11 HD, 4076/6917, 30.9.2024 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

¹²⁹ Erdem (n 11) 237.

¹³⁰ Aker (n 11) 119, 120.

başvurabilirler. Bu durumda davacı pay sahiplerinin şahsi menfaatleri için hareket etmesi tek başına hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmemektedir¹³¹. Haklı sebeple fesih davasında pay sahibinin menfaatinin şirketin menfaatine göre daha küçük olması da önem arz etmemektedir¹³². Öte yandan bir hakkın kullanılması ile karşı tarafın zarar görmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemektedir¹³³. Haklı sebeple fesih davasının şirket veya üçüncü kişi yararına olması gibi bir koşul da aranmamaktadır. Haklı sebeple fesih davasındaki sınır, davacı pay sahibinin dava hakkını kötüye kullanması olmalıdır. Diğer bir ifade ile davacının hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunmamasına rağmen haklı sebeple fesih davası açmak suretiyle şirkete zarar vermek veya şirketi baskı altına alma kastı ile hareket etmesi dava hakkı bakımından sınır olarak kabul edilmelidir¹³⁴.

İkinci olarak davacı pay sahiplerinin, haklı sebebin oluşmasında şirket ve diğer pay sahiplerine göre daha ağır kusurlu olmalarının hangi kriterlere göre belirleneceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada haklı sebeple fesih davası çoğunlukla azlık tarafından açılmaktadır. Anonim şirketlerde geçerli olan çoğunluk ilkesi dikkate alındığında kural olarak azlık, şirket organlarının kararlarına etki edememektedir. Dolayısıyla davacı pay sahiplerine atfedilebilecek kusurun çoğu durumda davacı pay sahipleri ile diğer pay sahipleri veya şirket organlarını oluşturan kişiler arasındaki kişisel husumetler olduğu söylenebilir. Söz konusu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, davacının kişisel sebepleri ile çoğunluk ve çoğunluğun belirlediği yönetim organı tarafından oluşturulan sebepler karşı karşıya gelmektedir. Bu hâlde hâkim görüşçe ve Yargıtay tarafından kabul edilen ilkeye göre davacının oluş-

¹³¹ Genel kurul kararları aleyhine iptal davası açan pay sahibinin sırf kişisel menfaatlerini düşünererek dava açmış olmasının dava hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilmesi için yeterli olmadığı yönünde bkz. Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler, II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller* (Fakülteler Matbaası 1960) 82; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 332; Nomer (n 117) 127, 130; Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2004) 173 Setenay Yağmur, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 200.

¹³² Genel kurul kararlarına karşı açılacak iptal davaları bakımından bu yönde bkz. Nomer (n 117) 130.

¹³³ Oğuzman ve Barlas (n 108) 247, kn. 860.

¹³⁴ İptal davası bakımından davacı pay sahibinin, kişisel menfaatini koruma amacı olmaksızın şirketi zarara uğratmak için kasten hareket etmesi hâlinde dava hakkını kötüye kullanmış olacağı yönünde bkz. Nomer (n 117) 86. Limited şirketlere ilişkin olarak ortakların bağlılık yükümlülüğü bağlamında geniş bir kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Selman Yavuz Gökce, *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 190 vd.

turduğu kişisel sebepler ile çoğunluk ve çoğunluğun belirlediği yönetim organı tarafından oluşturulan sebeplerdeki kusurlar tartılmalıdır. Örneğin yıllarca kâr payı dağıtılmayan ve iyi yönetilmeyen bir anonim şirkette, haklı sebeple fesih davasını açan azlık ile çoğunluk pay sahipleri arasında husumet bulunabilir. Genel kabul gören ilkenin uygulanması hâlinde, mahkemece somut olaydaki koşullara göre kusur değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu durumda hangi tarafın kusurunun ağır olduğunu tespit edebilmek amacıyla hangi ölçütlerin kullanılacağı belirtilmemektedir. Bir fikre göre anonim şirketin temel ilkeleri göz önünde bulundurularak anonim şirket niteliğinden doğan hakların ihlal edilmesinin daha ağır olduğu söylenebilir. Dolayısıyla anonim şirkete ortak olmanın en temel amacı olan kâr payından mahrumiyet nedeniyle haklı sebebin bulunduğu kabul edilerek şirketin feshine veya alternatif çözümlere hükmedilmelidir. Diğer bir düşünceye göre ise davacının kusuru ile sebebiyet verdiği kişisel husumet, insan yaşamının her şeyden üstün tutulması gerekçesi ile daha ağır kabul edilmelidir ve davacının daha kusurlu olması sebebiyle davanın reddine hükmedilmelidir.

Bu bağlamda hâkim, somut olayın koşullarına göre hangi tarafın daha ağır kusurlu olduğunu tespit edecektir. Ancak açıklamalardan anlaşılacağı üzere ağır kusurun tespit edilmesi, çeşitli zorluklar ve belirsizlikler içermektedir. Kusur değerlendirmelerinin hatalı olması hâlinde yargılama süreleri de uzayacaktır. Ülkemizde yargılama sürelerinin uzun olduğu dikkate alındığında kusur değerlendirmeleri ile mahkemelerin iş yükü daha da ağırlaştırılmamalıdır.

Üçüncü olarak, davacı pay sahibinin, ortaklık ilişkisinin çekilmez hâle gelmesinde ağır kusurlu olmasının, doğrudan hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelip gelmediği incelenmelidir. Bilindiği üzere kural olarak kişinin kendi kusuruna veya haksızlığına dayalı olarak bir hak ileri sürmesi veya talepte bulunması hakkın kötüye kullanılmasıdır¹³⁵. Örneğin davacı pay sahibi, uzun yıllar şirketin yönetimini üstlendikten sonra yönetimi devredip hemen akabinde şirketin kötü yönetildiği gerekçesi ile haklı sebeple fesih davası açamaz¹³⁶. Zira davacı pay sahibi, haklı sebep olarak esasen kendisinin yönetici olduğu dönemden kaynaklı kötü yönetime dayanmaktadır.

Karşılıklı kusurun bulunduğu durumlarda davacı pay sahipleri, davalı şirket veya diğer pay sahiplerinden kaynaklanan sebeplere dayanmaktadırlar. Buna

¹³⁵ Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (6. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) 283, kn. 11.

¹³⁶ Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 2860/7036, 4.12.2023 <<https://lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 03.01.2026.

karşın davalı şirket ve diğer pay sahipleri, genellikle bir savunma aracı olarak davacıdan kaynaklı şahsi sebepleri ileri sürerek davanın reddini talep etmektedirler. Mahkeme, haklı sebebin oluşup oluşmadığının tespit edebilmek için tarafların iddialarını birlikte değerlendirmelidir¹³⁷. Bu amaçla tarafların karşılıklı kusurları tespit edilmektedir. Kanaatimizce böyle bir durumda davacı pay sahipleri ağır kusurlu olsalar dahi doğrudan kusura dayalı olarak bir hakkın elde edilmesi sonucu doğmamaktadır. Davacı pay sahipleri, haklı sebeple fesih davasının gerekçesi olarak kusurlu veya kusursuz olduğu önem arz etmeksizin karşı tarafa atfedilebilir sebeplere dayanmaktadırlar. Davacının kusurlu olması, karşı tarafın kusurunu ortadan kaldırmamaktadır. Her iki tarafın kusurlu olması sebebiyle kusurlu hareketlerin birbirini dengeleyeceği ve göz ardı edileceği de söylenemez¹³⁸.

Karşılıklı kusur hâlinde esasen davalı şirket veya diğer pay sahiplerine atfedilen kusur bakımından davacının doğrudan veya dolaylı olarak katkısının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Diğer bir ifade ile davacının dayandığı haklı sebepler ile davacının kusurlu hareketleri arasında nedensellik bağının oluşup oluşmadığı ele alınmalıdır. Davacı, fesih davasında dayandığı haklı sebeplerin kendi kusurundan doğmamış olması hâlinde dava hakkını kaybetmemelidir. Davacıya atfedilen kusur, somut olayın koşulları ve hükmedilecek çözüm bakımından dikkate alınmalıdır¹³⁹.

Nitekim doktrinde *Altay* tarafından isabetle ifade edildiği üzere, ortaklığın kendisinden doğan haklı sebepler ile ortakların kusurlu hareketlerinden doğan haklı sebepler bir arada bulunabilir. Bu durumda ortaklardan her biri, kendi kusurunun ağırlığına veya bu kusurun haklı sebep oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın, şirketin feshini talep edebilir. Diğer bir söyleyiş ile şirketten doğan haklı sebeplerde, ortakların kusurlu davranışlarından soyut bir şekilde şirketin feshi talep edilebilir¹⁴⁰. Ayrıca yazar haklı olarak bir adi ortaklıkta ortaklardan her birinin kusurlu davranışının şirketin sona erdirilmesi gerektiren haklı

¹³⁷ Sanwald (n 36) 145; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 67.

¹³⁸ Habegger (n 4) 58; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 67.

¹³⁹ Haklı sebep ile sürekli borç ilişkisinde sözleşmesi feshetmek isteyen tarafın kusurlu davranışları ile haklı neden arasında nedensellik bağının bulunmaması hâlinde kişinin kusurlu bulunmasının fesih imkânını kaybetmeyeceği ve kusurun yalnızca somut olayın koşullarının değerlendirilmesinde dikkate alınacağı yönünde bkz. Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi* (Vedat Kitapçılık 2011) 159, 160.

¹⁴⁰ Altay (n 36) 672.

sebepler teşkil ettiği durumda kusurlu olan ortaklardan herhangi birinin diğer ortaklar tarafından oluşturulan haklı nedeni davasına dayanak olarak gösterebileceğini ifade etmektedir¹⁴¹.

Son olarak davacının ağır kusurlu olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hâlinde meydana gelecek sonucun hükmün amacı ile bağdaşır bağdaşmadığı ele alınmalıdır. Uygulamada görüldüğü üzere, davacı tarafından oluşturulan kişisel sorunlar, davanın reddi ile çözülmeyecektir. Özellikle eşit pay ve oy hakkına sahip iki ortaklı şirketlerde kusur ağırlığına göre yapılacak bir değerlendirme neticesinde davanın reddedilmesi şirketi işlemez duruma getirir. Pay sahiplerinin birbirlerinin aksi yönünde oy kullanmaları sebebiyle genel kurulda ve yönetim kurulunda karar alınamaz¹⁴². Bu nedenle davanın reddedilmesi, mevcut sorunların daha büyümesine sebep olacaktır ve belki de şirketin işleyişine zarar verir hâle gelecektir. Söz konusu durumda ise haklı sebeple fesih davasıyla korunması amaçlanan başta şirket ve diğer pay sahipleri olmak üzere menfaat grupları yeterince korunmamış olur.

Haklı sebebin oluşumunda daha kusurlu olması sebebiyle doğrudan davanın şirketten çıkarılmasına hükmedilmemelidir¹⁴³. Davacının çıkarılması, duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözüm niteliğinde olmayabilir. Şirketin mali durumunun iyi olması durumunda şirketten çıkarma kararı, çoğunluk menfaatine iken azlığın menfaatini zedeler. Şirketin mali durumunun kötü olması hâlinde ise çıkarma kararı, davacı pay sahiplerinin menfaatine iken diğer pay sahiplerinin menfaatini zedeler. Zira davacı pay sahipleri, şirketin mali durumu daha da kötüleşmeden paylarının karşılığını alma imkânına sahip olur. Bu bağlamda mahkeme, somut olaydaki ihtilafı tespit edip ihtilafın giderilmesi için en uygun çözüm yöntemini tespit etmelidir¹⁴⁴.

Pay sahiplerinin anonim şirket ile olan hukuki ilişkisini sonlandırmak için en basit ve uygun yol, paylarını devretmeleridir. Ancak bazı durumlarda pay devri mümkün olmayabilir. Örneğin paylar için alıcı bulunamayabilir veya pay devri kısıtlamalarına ilişkin TTK m. 491 ve devamında yer alan hükümler nedeniyle payların

¹⁴¹ Altay (n 36) 672.

¹⁴² Şirket organlarının sürekli olarak karar alamaması nedeniyle şirket bir çıkmaza girer. Söz konusu durum şirketin feshi açısından bir haklı sebep niteliğindedir. Bkz. BGE 4A_499/2019 E 5.2; BGE 136 III 278 E 2.2.2.

¹⁴³ İlbasmış Hızlısoy (n 16) 67.

¹⁴⁴ Çelik (n 4) 581.

belirli bir kişiye devredilmesi mümkün olmayabilir¹⁴⁵. Bu durumdan özellikle halka kapalı küçük şirketler etkilenmektedir. İfade etmeye çalıştığımız görüş özellikle payların devredilme imkânı çok sınırlı olan veya pay devri yapılamayan şirketler açısından önem arz etmektedir. Zira hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla pay sahiplerinin kusuru nedeniyle tek ve son çözüm yöntemine başvuramayacaklarının kabulü hâlinde, ortaklık amacına aktif bir şekilde katkı sağlama (*affectio societatis*) iradesi bulunmayan kişilerin zoraki olarak sözleşme ilişkisinin içerisinde tutulması söz konusu olacaktır. Dahası bu durum, pay sahiplerinin belirsiz bir süre şirketteki yatırımlarından fiilen yoksun kalmalarına (nakde dönüştürememe) veya değer kayıpları nedeniyle zamanla yoksullaşmalarına sebebiyet verebilir.

Haklı sebeple fesih davasında hâkimin yetkisi yalnızca davanın reddine veya kabulüne karar vermekle sınırlı değildir. Hâkim, duruma uygun ve kabul edilebilir bir çözüme hükmetme hususunda geniş takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla bu tür bir dava doğrudan şirket ve diğer menfaat gruplarının zarar görmesi anlamına da gelmemektedir. Bu bağlamda kanaatimizce davacı pay sahipleri dışında, anonim şirket veya diğer pay sahiplerinden kaynaklanan sebepler varsa ve bu sebepler haklı sebep niteliğinde ise dava reddedilmemelidir. Hâkim, TTK m. 531 uyarınca şirketin feshine veya alternatif çözümlere hükmetmelidir. Kusur, mahkeme tarafından verilecek karar bakımından önem arz eder¹⁴⁶.

D. Davacının Çıkarılması Hükmedilmesi Durumunda Pay Bedelinin Hesaplanmasında

Haklı sebeple fesih davasının açılması üzerine mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına hükmedebilir. Hükümde yer alan payların karar tarihine en yakın tarihteki değeri ifadesi, Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Eklenen ifade, zaman içerisinde meydana gelen değer artışlarından pay sahibinin de yararlanmasını sağlamak olduğu gerekçesi ile yapılmıştır¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Kunz (n 7) 241, dn. 48; Jentsch ve Schweizer (n 11) 616.

¹⁴⁶ Çamoğlu, 'Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi' (n 36) 100, 101; Çelik (n 4) 571; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 66, 67; Yurtbaşı (n 15) 170.

¹⁴⁷ *Sümer*'e göre hükmün lafzı bu amacın aksi yönünde bir sonucun doğmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle halka açık bir anonim şirkette, haklı sebeple fesih davasının duyurulması sebebiyle pay değerinde azalma ihtimali söz konusu olabilir. Yazara göre dava tarihindeki payların rayiç değerinin tespit edilmesi hakkaniyete ve hükümle tanınan dava hakkının amacına daha uygundur. Bkz. Sümer (n 4) 846.

TTK m. 531 gereğince davacının ortaklıktan çıkarılması durumunda kendisine ödenecek olan payların gerçek değeri, şirketin gerçek değerine oranlanarak tespit edilir¹⁴⁸. Gerçek değerın hesaplanmasında, şirketin tasfiye değerinin değil yaşayan değerinin esas alınması gerekir¹⁴⁹. Bununla birlikte gerçek değerın hesaplanmasında, şirketin sahip olduğu aktif ve pasiflerin birlikte değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁰.

Davacının haklı sebeplerin oluşumunda şirket organlarına ya da diğer pay sahiplerine göre daha ağır kusurlu olması, davacının sahibi olduğu payların gerçek değerinin hesaplanmasında bir etken olarak dikkate alınamaz¹⁵¹. Davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması, daha ağır kusurlu pay sahipleri bakımından bir yaptırım ya da daha hafif kusurlu pay sahipleri açısından ödül olarak kabul edilemez¹⁵². Benzer şekilde davacı pay sahibine ödenecek gerçek değer, davacının ortaklıktan çıkarılması sebebiyle şirket faaliyetlerinden elde etmesi muhtemel kâr payı kaybının telafi edilmesine ilişkin teknik anlamda bir tazminat niteliğinde de değildir¹⁵³. Zira davacı pay sahiplerine ödenecek gerçek değer, kanuni bir düzenlemedir ve davacı ortağın kusurundan bağımsızdır.

Ancak aksi yöndeki görüşe göre davacı pay sahiplerinin haklı sebebin oluşmasında kusurlu olmaları hâlinde hesaplanan gerçek değerde bir indirimle gidilmelidir¹⁵⁴. Erdem görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: “Kanaatimizce ortaklığın belirlenen tazminat miktarından mahsup edilecek bir alacak hakkının ayrı bir tazminat davası açılması halinde koşulları oluşmuş ise mevcut olduğu düşünülmelidir.”¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Şahin (n 11) 467; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 313, 314; Sevi (n 2) 382.

¹⁴⁹ Akın (n 91) 84 vd.

¹⁵⁰ Yargıtay 11 HD, 2255/8166, 11.06.2015 ((2015) 31 (3) BATİDER 129, 169 vd).

¹⁵¹ Özdamar (n 11) 461; Murat Şahin ve Ufuk Kula, ‘Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar ile Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ve İlgili Yargıtay Kararları’, in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 219, 273, dn. 100. Limited şirketler bakımından bu yönde bkz. Hanife Öztürk Dirikkan, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı* (Yetkin Yayınları 2005) 129.

¹⁵² Çelik (n 4) 585; Akın (n 91) 101, 102.

¹⁵³ Erdem (n 11) 295; Özdamar (n 11) 461. Limited şirketler bakımından bu yönde bkz. Öztürk Dirikkan (n 150) 129.

¹⁵⁴ Mario Schädler, *Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters* (Schulthess Verlag 1962) 82 vd (aktaran Erdem (n 11) 304, dn. 847).

¹⁵⁵ Erdem (n 11) 304. Limited şirketler bakımından bu yönde bkz. Öztürk Dirikkan (n 150) 129.

E. Yargılama Giderleri

Haklı sebeple fesih davasının yargılama giderleri hususunda TTK'da herhangi bir düzenlenme yer almamaktadır. Bu hâlde HMK m. 323 ve devamında yer alan hükümler uygulanacaktır.

HMK m. 326 uyarınca kanunda açıkça düzenlenen durumlar haricinde yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına hükmedilir. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırı olarak açılan davanın usulden reddi veya haklı sebeplerin oluşmadığı gerekçesi ile davanın esastan reddi hâlinde yargılama giderleri davacı pay sahibince karşılanır¹⁵⁶.

İncelenmesi gereken önemli bir konu davacının ağır kusurlu olmasına rağmen açılan haklı sebeple fesih davasında şirketin feshine ya da diğer çözümlere hükmedilmesi hâlinde yargılama giderlerinin davacıya yükletilip yükletilemeyeceğidir.

Doktrindeki bir görüşe göre bu durumda TTK m. 555/2 kıyasen uygulanmalıdır. TTK m. 555/1 gereğince şirketin uğradığı zararların tazmin edilmesini şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri bu davayı açtıkları takdirde tazminatın şirkete ödenmesini talep edebilirler. Hükmün ikinci fıkrasında yargılama giderlerine ilişkin açık bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre pay sahibinin açtığı davada hukuki ve maddi sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleri ile avukatlık ücretini, bu giderler davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibi ile şirket arasında, hakkaniyete göre paylaştırılmasına hükmeder¹⁵⁷. Bu bağlamda haklı sebeple fesih davasında mahkeme, TTK m. 555/2'nin kıyasen uygulanması ile birlikte yargılama giderlerini davacı pay sahibi ile şirket arasında paylaştırabilmelidir.

¹⁵⁶ Çelik'e göre haklı sebeple fesih davasının reddi üzerine kötüniyetli davacıların yargılama giderlerinden ve şirketin uğradığı zararlardan sorumlu tutulacağına ilişkin TTK m. 531'de bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır. Bkz. Çelik (n 4) 588. Bu yönde bkz. Bilge (n 52) 279. Davanın reddi hâlinde davacının haksız çıkması sebebiyle HMK m. 326 gereğince yargılama giderleri davacıya yükletilir. Dolayısıyla davanın reddi durumunda yargılama giderlerine ilişkin TTK'da bir hükmün bulunması olağan bir durumdur. Aynı yönde bkz. İlbasmış Hızlısoy (n 16) 245, dn. 952. Benzer şekilde haklı sebeple fesih davası ile şirketin uğradığı zararlar bakımından da TTK'da bir hükmün olması gerekli değildir. Zira bu hâlde TBK m. 49'a dayalı olarak şirketin uğradığı zararın tazmini talep edilebilir. Aynı yönde ve detaylı bilgi için bkz. İlbasmış Hızlısoy (n 16) 247 vd.

¹⁵⁷ TTK m. 555/2'nin gerekçesi şu şekildedir: "*Paysahibi, uğradığı zarar karşısında hareketsiz kalan şirketin yerine davayı açacağı için, dava giderlerini düşünüp davadan vazgeçmesini önleme düşüncesiyle ikinci fıkra öngörülmüştür.*". Buna karşın haklı sebeple fesih davası ile esasen davacı pay sahiplerinin menfaatinin korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla her iki hükmün amacı birbirinden farklıdır.

Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş; haklı sebeple fesih davasının yargılama giderlerine ilişkin TTK'da bir hükmün bulunmadığı, TTK'da bir düzenlemenin bulunmamasının bir boşluk olarak nitelendirilemeyeceği, TTK m. 555'in yalnızca sorumluluk davası için öngörüldüğü ve dolayısıyla TTK m. 555/2'in kıyasen uygulanamayacağı gerekçeleri ile HMK m. 323 ve devamındaki hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir¹⁵⁸.

HMK m. 326 uyarınca kural olarak yargılama giderleri, haksız çıkan tarafa yükletilir. Bu bağlamda yargılama giderlerinin yükletileceği taraf, kusur oranına göre tespit edilmez. Aksine davadaki haklı veya haksız çıkma durumuna göre belirlenir. Dolayısıyla davacının ağır kusurlu olmasına rağmen şirketin feshine ya da diğer çözümlere karar verilmesi durumunda yargılama giderleri davalı şirkete yükletilecektir¹⁵⁹.

Sonuç

Çalışma ile vardığımız sonuçlar şu şekildedir:

TTK m. 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davası, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeplerle feshinin bir özel görünümü niteliğindedir. Haklı sebeple fesih davası, davacı pay sahipleri, davalı şirket ve diğer menfaat sahiplerinin menfaatlerini dengelemeyi ve korunmayı amaçlamaktadır. Hükümde davacının belirli oranda sermaye payına sahip olması bir dava şartı olarak öngörülmüştür. İstisnai bir dava niteliğinde olan haklı sebeple fesih davasında davacının belirli oranda paya sahip olması koşulu, açıkça ve bilinçli olarak tercih edilmiştir. Bu nedenle hükümde bir boşluk bulunmamaktadır. De lege lata hükümde öngörülenden daha az sermaye payına sahip olan kişiler, haklı sebeple fesih davası açamaz.

TTK m. 531'de dava açma hakkı bakımından sermaye payı oranı üzerinden asgari pay sahipliği oranı belirlenmiştir. Hükmün lafzı, gerekçesi ve amacı birlikte değerlendirildiğinde; kanun koyucunun, haklı sebeple fesih davasını bir azlık hakkı

¹⁵⁸ Kunz (n 7) 247; Şahin (n 11) 374, 375; Erdem (n 11) 195; İlbasmış Hızlısoy (n 16) 244, 245; Kayhan (n 51) 233.

¹⁵⁹ Rahmi Can Ömür, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1381, 1402; Kaya (n 48) 326. Aksi yönde *İlbasmış Hızlısoy*'a göre davacının haklı sebeple feshin yanı sıra örneğin çıkmasına izin verilmesi talebinde bulunduğu ve hâkimin de çıkarma haricinde alternatif bir çözüme hükmettiği hâlde HMK m. 326/2 uygulanabilir. Bu durumda mahkeme, tarafların kusur veya haklılık durumlarını göz önünde bulundurarak yargılama giderlerini paylaşmalıdır. Bkz. *İlbasmış Hızlısoy* (n 16) 246.

olarak düzenlemek istediği ifade edilebilir. Ayrıca çoğunluk ilkesi uyarınca kural olarak çoğunluk tarafından şirket iradesinin oluşturulacağı göz önünde bulundurulduğunda çoğunluğun haklı sebeple fesih davasını açmada menfaatinin bulunmadığı ifade edilebilir. Bununla birlikte çoğunluğun tespitinde kanuni veya esas sözleşme hükümleri ile ağırlaştırılmış yeter sayıların öngörüldüğü durumlar ile gerek TTK m. 360 uyarınca yönetimde temsil edilme imtiyazının gerek TTK m. 478/2 gereğince oy hakkında imtiyazının tanındığı hâllerde de dikkate alınmalıdır. Zira bu gibi durumlarda sermaye payı olarak çoğunluğu sağlayan pay sahipleri, karar alma imkânına sahip olamayabilir. Bu bağlamda çoğunluk paylarına sahip olmalarına rağmen şirket iradesinin oluşturulmasında belirleyici olamayan pay sahipleri, TTK m. 529/1(d) uyarınca şirketin sona ermesi kararı alabilme nisabına da sahip olmaları koşuluyla, haklı sebeple fesih davasını açabilmelidir.

TTK m. 531'de haklı sebebin oluşması bakımından kusur şartı aranmamaktadır. Pay sahiplerinin veya şirket organlarının kusurlu ya da kusursuz davranışları neticesinde haklı sebep oluşabilir.

Davacının haklı sebebin oluşmasında tek başına kusurlu olması durumunda iki ayrı ihtimal meydana gelmektedir. İlk olarak davacı pay sahiplerinin, bilerek şirketin işleyişini sürekli olarak sekteye uğratması, şirketin kilitlenmesine sebebiyet vermesi, yöneticilere veya diğer pay sahiplerine yönelik haksız fiillerde bulunması ve benzeri sorunlara dayalı olarak dava açmaları hâlinde haklı sebeple fesih davası açma hakkı kötüye kullanılmış olur. Dava hakkının kötüye kullanılması durumunda mahkeme, hukuki yarar eksikliği gerekçesi ile davayı usulden reddetmelidir.

İkinci ihtimalde haklı sebep olarak ileri sürülen sebeplerin tamamının davacıdan kaynaklanmasına rağmen davanın açılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyebilir. Kusurlu davranışlar neticesinde oluşan sebepler hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değil ise artık haklı sebeple fesih davasının dinlenilmesi gerekir. Bu durumda davacının kusuru, şirketin feshine veya alternatif çözümlere hükmedilmesi bakımından dikkate alınmalıdır.

Haklı sebep bazı durumlarda pay sahipleri ve şirket organlarının karşılıklı kusurları neticesinde oluşabilir. Karşılıklı kusurun bulunduğu hâllerde davacı pay sahiplerinin en azından eşit kusurlu olması durumunda dava açabilecekleri yönündeki hâkim görüş çeşitli yönlerden eleştirilebilir. İlk olarak davacı pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davasında şahsi menfaatlerinden ari olarak hareket etmesi düşünülemez. Hükümün amacı bizatihi azlık pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasıdır. Davacı pay sahiplerinin şahsi menfaatleri için hareket etmesi tek başına hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmemektedir.

İkinci olarak davacı pay sahiplerinin, haklı sebebin oluşmasında şirket ve diğer pay sahiplerine göre daha ağır kusurlu olmalarının hangi ölçütlere göre tespit edileceği belirsizdir.

Üçüncü olarak davacı pay sahipleri, karşılıklı kusurun bulunduğu durumlarda davalı şirket veya diğer pay sahiplerinden kaynaklanan sebeplere dayanmaktadır. Davacının kusurlu olması, karşı tarafın kusurunu ortadan kaldırmamaktadır. Her iki tarafın kusurlu olması sebebiyle kusurlu hareketlerin birbirini dengeleyeceği ve göz ardı edilmesi gerektiği de söylenemez. Karşılıklı kusur hâlinde davacının dayandığı haklı sebepler ile davacının kusurlu hareketleri arasında nedensellik bağının oluşup oluşmadığı ele alınmalıdır. Davacının fesih davasında dayandığı haklı sebeplerin kendi kusurundan doğmamış olması hâlinde artık dava hakkının kaybedildiği söylenmemelidir.

Dördüncü olarak karşılıklı kusurun varlığına rağmen davacının ağır kusurlu olduğu gerekçesi davanın reddedilmesi, mevcut sorunların giderek büyümesine sebep olacaktır ve belki de şirketi faaliyette bulunamaz hâle getirecektir. Söz konusu durumda ise haklı sebeple fesih davasında korunması amaçlanan başta şirket ve diğer pay sahipleri olmak üzere menfaat grupları yeterince korunmamış olur.

Düşüncemize göre davacı pay sahipleri dışında, şirket veya diğer pay sahiplerinden kaynaklanan sebepler varsa ve bu sebepler haklı sebep niteliğinde ise dava reddedilmemelidir. Hâkim, TTK m. 531 uyarınca şirketin feshine veya alternatif çözümlere hükmetmelidir. Kusur, mahkeme tarafından verilecek karar bakımından dikkate alınmalıdır.

TTK m. 531 gereğince davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması, pay sahipleri açısından bir yaptırım ya da ödül niteliğinde değildir. Davacının haklı sebeplerin oluşumunda kusurlu olması, davacının sahibi olduğu payların gerçek değerinin hesaplanmasında bir etken olarak dikkate alınamaz.

Haklı sebeple fesih davasına ilişkin yargılama giderleri TTK m. 531’de düzenlenmemektedir. Bu nedenle HMK m. 323 ve devamındaki hükümler uygulanmalıdır. HMK m. 326 uyarınca kural olarak yargılama giderleri, haksız çıkan tarafa yükletilir. Yargılama giderlerinin yükletileceği taraf, kusur oranına göre tespit edilmez. Aksine davadaki haklı veya haksız çıkma durumuna göre belirlenir. Haklı sebeple fesih davası neticesinde şirketin feshine veya alternatif çözümlere hükmedilmesi durumunda davanın kabul edildiği söylenmelidir. Dolayısıyla davacının kusurlu olmasına rağmen şirketin feshine ya da diğer çözümlere karar verilmesi durumunda yargılama giderleri davalı şirkete yükletilecektir.

Kaynakça

- Adıgüzel B ve İlbasmış Hızlısoy Ö, 'Limited Şirkette Haklı Sebeple Fesih ve Haklı Sebeple Çıkma Davaları Arasındaki İlişki', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 183-218
- Aker H, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2016) 32 (1) BATİDER 63-150
- Akın İ, 'Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 83-102
- Altay SA, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Venture)* (Vedat Kitapçılık 2009)
- Altınok Ormanlı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi* (Vedat Kitapçılık 2011)
- Arslan R, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları, 1989)
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler, II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller* (Fakülterler Matbaası 1960)
- Atalı M, 'HMK m. 377'de Yer Alan 10 Yıllık Azamî Sürenin Belgenin Sonradan Elde Edilmesinde Kusuru Olmayan Taraf Bakımından Değerlendirilmesi', in Fethi Gedikli, Emrehan İnal, Ali Adem Yörük, Abdullah Furkan Korkmaz, Göktuğ İdiz, Emine Esra Canbolat, Emrah Gökmen (eds), *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan C. II* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 1053-1070
- Ayan Ö, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)' (2011) 9 (102) Legal Hukuk Dergisi 2237-2266
- Aydoğan F, 'TK m. 530 Hükmüne Dayalı Olarak Açılan Fesih Davasında, Davacı Pay Sahibinin Çıkarılmasına Karar Verilip Verilemeyeceği - Davanın, TK m. 531 Hükmü Uyarınca Karara Bağlanması'nın Mümkün Olup Olmadığı', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 135-146
- Ayoğlu T, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' (2013) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219-252
- , 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri' (2017) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-156
- Beeler L ve von der Crone HC, 'Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR. - Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_475/2009 vom 5. März 2010' (2010) 82 (4) SZW 329-339
- Benedick G, 'Art. 736' in Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb (eds), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess Verlag 2024)

- Bertsch W, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen* (Verlag H. R. Sauerländer & Co 2011)
- Bilge ME, 'Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi' (2012) 16 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 261-294
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (5. Auflage, Schulthess Verlag 2022)
- Çağlar H ve Kaşak E, 'Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması' (2016) 65 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 659-686
- Çamoğlu E, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi', in *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan* (Alkım Yayınevi 2007) 667-684
- , *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2008) (Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi)
- , 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi' (2015) 31 (1) BATİDER 5-19 (Hakimin Takdir Yetkisi)
- , 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usulî Hükümleri' (2015) (230) Yargı Dünyası Dergisi 13-26
- , 'Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay Kararları', in İbrahim Bektaş, İfakat Balık (eds), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXX (23 Aralık 2016)* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 57-84
- Çelik A, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi' (2009) 25 (4) BATİDER 557-592
- Çoşğun Yıldırım G, 'Yargı Kararları Ekseninde Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Arabuluculuk Uygulaması' (2025) 10 (1) REGESTA 75-104
- Elgün Toğrul EŞ, *Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Yetkin Yayınları 2021)
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2. Baskı, Vedat Yayıncılık 2019)
- Erten C, 'Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2019) 7 (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 187-211
- Forstmoser P ve Küchler M, *Schweizerisches Aktienrecht 2020 Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen* (Stämpfli Verlag 2022)
- Funk F, *Kommentar des Obligationenrechts, Zweiter Band Das Recht der Gesellschaften* (Verlag H. R. Sauerländer & Co. 1951)
- Gerhard F, 'Die Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund' (2008) (Sondernummer) GesKR 143-145
- Gökce SY, *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2024)

- Göksoy YC, 'Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun (TTK m. 5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 103-134
- Habegger F, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen: unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR* (Stämpfli Verlag 1996)
- Hakimoğlu M, 'Anonim Şirketlerde Haklı Nedenle Fesih Davası' (2014) 12 (144) Legal Hukuk Dergisi 161-172
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009)
- , 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' (2014) 32 (1) BATİDER 199-270
- Handschin L, 'Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen' (1993) 65 (4) SZW 43-45
- Helvacı M, Çamurcu E ve Türkyılmaz, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Alternatif Bir Çözüm Olarak Bölünme', in Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2017) 309-330
- İlbasmış Hızlısoy Ö, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi* (Adalet Yayınevi 2016)
- Jentsch V ve Schweizer A, 'Zum Austritt eines Aktionärs aus der Gesellschaft bei fehlender Marktliquidität' (2025) 34 (6) AJP/PJA 615-623
- Kahyaoglu EC, 'Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih', in Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan (Filiz Kitabevi 2011) 549-558
- Kaşak E, 'Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi' (2019) 23 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 161-193
- Kaya S, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası* (Yetkin Yayınları 2024)
- Kayhan M, *Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Kılıç F, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Alternatif Bir Çözüm Olarak Bölünme', in Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2017) 409-429
- Kunz PV, 'Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR - Garant für ein indirektes Austrittsrecht?', in Roland von Büren (eds), *Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz: zum 70. Geburtstag von Rolf Bär* (Stämpfli Verlag 1998) 235-248
- , 'Rechtsvergleich/Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeermessen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR', in Alexander R. Markus, Stephanie Hrubesch-Millauer, Rodrigo Rodriguez (eds), *Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz* (Stämpfli Verlag 2018) 799-810

- Kuster M, 'Art. 736' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds), *OFK - Orell Füssli Kommentar* (4. Auflage, Orell Füssli Verlag 2023)
- Meier-Hayoz A ve Forstmoser P, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (11. Auflage, Stämpfli Verlag 2012)
- Moroğlu E, 'Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih', in *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1978) 463-477
- , *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Nomer NF, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta Yayıncılık 1999)
- Nomer Ertan NF, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası - TTK m. 531 Üzerine Düşünceler' (2015) 72 (1) İÜHFM 421-440
- , 'Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi' in Abuzer Kendigelen, Mustafa Halil Çonkar, İbrahim Çağrı Zengin, Fahriye Pelin Tokcan, Numan Sabit Sönmez, Buğra Kesici (eds), *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 97-114 (Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi)
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Oruç M, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma' (2011) 27 (1) BATİDER 209-233
- Ömür RC, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1381-1405
- Özdamar M, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Haklı Sebeple Fesih Davası Dolayısıyla Şirketten Ayrılması', in *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C. I* (Yetkin Yayınları 2020) 453-490
- Öztürk Dirikkan H, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı* (Yetkin Yayınları 2005)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023)
- , *Ortaklıklar Hukuku I* (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2025)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Rüzgâr E, 'Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2013) 3 (3) REGESTA 31-67
- Tekinalp Ü, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Fesih Davasının Bazı Usulî Sorunları', in Erol Ulusoy (ed), *Ersin Çamoğlu'na Armağan* (Vedat Kitapçılık 2013) 211-222

- , *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)
- Sanwald R, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH* (Dike Verlag 2009)
- Schädler M, *Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters* (Schulthess Verlag 1962)
- Schucany E, *Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht* (2. Auflage, Orell Füssli Verlag 1960)
- Serozan R, *Medeni Hukuk* (6. Bası, Vedat Kitapçılık 2015)
- Sevi AM, 'Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları', in Fatma Beril Özcanlı, Seda Palanduz, Havva Karagöz (eds), *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 323-394
- Stäubli C ve Hohler D, 'Art. 736' in Rolf Watter, Hans-Ueli Vogt (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR)* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2024)
- Stoffel W, '§ 23 Auflösung und Liquidation Art. 736-747 OR' in Peter Nobel, Christoph Müller (eds), *BK - Berner Kommentar (Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde)* (Stämpfli Verlag 2023)
- Sümer A, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' (2012) 18 (2) MÜHF-HAD 839-850
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat Kitapçılık 2013)
- Şahin A, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukukî Sorunlar' (2014) 9 (117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145-174
- Şahin M ve Kula U, 'Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar ile Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ve İlgili Yargıtay Kararları', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 219-291
- Ulusoy E, 'Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması' (2014) 9 (117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-102
- Veziroğlu C, 'Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law' (2018) 19 European Business Organization Law Review 527-540
- Vogt HU ve Enderli T, 'Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer "anderen sachgemässen Lösung" (Art. 736 Ziff. 4 OR) - Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 278 ff.' (2010) 28 (6) Recht 238-250
- Von der Crone HC, 'Lösung von Pattsituationen bei Zweimannesellschaften' (1993) (89) SJZ 37-44
- Yağmur S, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Yasaman H, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' in *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009), 713-734

- , 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü' (2009) 25 (4) BATİDER 73-94
- Yıldız Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2004)
- Yiğit İ, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde (TK m. 531) Fesih Dışındaki Diğer Çözüm Yollarının Uygulanmasında Kararı Veren Mahkemenin Rolü' in Arslan Kaya, Mehmet Fatih Arıcı, Fahriye Pelin Tokcan, Numan Sabit Sönmez, Müge Evlek, Mahmut Arif Koçak (eds), *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -IV- (Tebliğler ve Tartışmalar)* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 143-172
- Yiğit B, 'Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sifatının Belirlenmesi' (2019) 18 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 583-621
- Yurtbaşı F, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Özellik Arz Eden Hususları Hakkında Bir Değerlendirme', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 165-182
- Yüksel SH, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler', in *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 863-881 (Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler)
- , 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davacı Sıfatı Yargının Yaklaşımı ve Tartışmalar', in Tekin Memiş, Bahar Şimşek, Özge Selin Şener (eds), *Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 147-164 (Davacı Sıfatı Yargının Yaklaşımı ve Tartışmalar)

Elektronik Kaynaklar

Lexpera - Hukuk Bilgi Sistemi <<https://lexpera.com.tr/>>

Aleni (Açık) Rehin Cirosunun Beyaz Ciro Şeklinde Tanzimi^(*)

Arş. Gör. Dr. GÖZDE PİŞKİN^(**)

Öz

Kambiyo senetleri üzerinde rehin hakkının tesisi örtülü veya aleni rehin cirosu yoluyla gerçekleşebilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın rehin cirosuna ilişkin 689. maddesi uyarınca, cironun "bedeli teminattır", "bedeli rehindir" ibaresini veya rehni ifade eden herhangi bir kaydı içermesi hâlinde aleni rehin cirosundan söz edilir. Aleni rehin cirosunun beyaz ciro ile tanzimi meselesi üzerinde öğretide görüş birliği sağlanamamıştır.

Çalışmada, aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılmasının mümkün olduğu savunulmaktadır. Tam ciro şeklinde tanzim edilecek rehin cirosunun, rehin hakkı sahibinin tespiti bakımından kolaylık sağlayacağına şüphe bulunmamakla birlikte bu husus rehin cirosunun tam ciro şeklinde tanzimi için bir gerekçe oluşturmaz. Nitekim TTK'da beyaz rehin cirosunun tanzimine ilişkin yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 956/2 uyarınca rehin ibaresi bulunmaksızın yapılacak ciro ile kıymetli evrak üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi mümkündür. Ayrıca emre yazılı kambiyo senetlerinde şekli hak sahipliği ilkesi gereği düzgün ciro zinciri ile senedi elinde bulunduran kişi hak sahibi sayılır. Beyaz rehin cirosu sonrasında senedin hamiline yazılı senet gibi tedavül edip elden ele devrolunması da tam ciroyu zorunlu kılmaz. Zira bu yalnızca şekli hak sahipliğini etkiler ancak taraflar arasındaki rehin sözleşmesinin kapsamını değiştirmez. Son olarak, TTK m. 689/1 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 506 çerçevesinde vekâlet ilişkisi bakımından da beyaz rehin

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.04.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 24.05.2026.

Atıf Şekli: Gözde Pişkin, 'Aleni (Açık) Rehin Cirosunun Beyaz Ciro Şeklinde Tanzimi' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 999,1029.

DOI: 10.52273/sduhfd..1929790.

^(**) Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Adana-Türkiye.

E-posta: gpiskin@cu.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-1118-3087.

cirosunun hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği çünkü senedi sonradan devralanlar arasında caiz olan alt vekâlet ilişkisi kurulacağı ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Kambiyo Senedi, Rehin Hakkı, Aleni Rehin Ciro, Beyaz Ciro.

Issuance of an Explicit (Express) Pledge Endorsement in the Form of a Blank Endorsement

Abstract

In negotiable instruments a pledge may be established through a concealed or an explicit (express) pledge endorsement. Pursuant to Article 689 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC), an explicit pledge endorsement exists where the endorsement contains expressions such as “value in pledge”, “value as security” or any other wording indicating a pledge. In doctrine however there is no consensus on whether an explicit pledge endorsement may be issued in blank form.

In this study, it is argued that an explicit pledge endorsement may be issued in blank form. Although a full pledge endorsement facilitates identification of the pledge creditor, this does not justify requiring a full-form endorsement. Neither the TCC nor Article 956/2 of the Turkish Civil Code No. 4721 prohibits a blank pledge endorsement or requires an express pledge notation for its creation. Moreover, under the principle of formal entitlement applicable to negotiable instruments payable to order, the person holding the instrument through a proper chain of endorsements is deemed the rightful holder. After a blank pledge endorsement, circulation of the instrument like a bearer instrument does not require a full endorsement, as it only affects formal entitlement and not the scope of the pledge agreement. Finally, under Article 689/1 of the TCC and Article 506 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 a blank pledge endorsement is not unlawful, as the instrument’s circulation may create a permissible sub-agency relationship among holders.

Keywords

Negotiable Instrument, Pledge Right, Explicit Pledge Endorsement, Blank Endorsement.

Extended Summary

In negotiable instruments the establishment of a pledge over the instrument may be carried out either through a concealed (implicit) pledge endorsement or an explicit (express) pledge endorsement. Pursuant to Article 689 of the Turkish Commercial Code No. 6102, an explicit pledge endorsement is deemed to exist where the endorsement contains expressions such as “value in pledge”, “value in security” or any other wording indicating a pledge. By contrast, the creation of a pledge right through the transfer of the incorporated right by means of a security assignment endorsement or a concealed endorsement constitutes a concealed pledge endorsement. It is accepted in doctrine that a concealed pledge endorsement may be issued in either full or blank form and there is no doctrinal dispute on this point. However, there is no consensus in doctrine as to whether an explicit pledge endorsement may be issued in blank form. The main reason for this debate is that the relevant provision does not explicitly regulate whether an explicit pledge endorsement must be made in full or may also be made in blank form.

Several authors argue that an explicit pledge endorsement must be issued exclusively in full form. The foundations of this view include the impossibility of including a clause indicating the pledge relationship in a blank endorsement, the difficulty in identifying the initial pledge creditor and thus the legitimate holder after the transfer of the instrument by pledge endorsement and consequently the significant challenges faced by the debtor in asserting personal defences against the pledge creditor. Furthermore, it is also argued that the endorsement following the pledge endorsement is deemed to have the effect of a collection endorsement. For this reason, the instrument, once acquired through agency, may circulate like a bearer instrument. Such circulation leads to consequences that are incompatible with the legal nature of the agency relationship.

On the other hand, several authors rightly argue that an explicit pledge endorsement may also be issued in blank form. The grounds of this view include the absence of any provision in Articles 683/2 and 689 of the Turkish Commercial Code No. 6102, as well as in Article 956/2 of the Turkish Civil Code No. 4721, requiring that an endorsement establishing a pledge over the right embodied in the instrument must necessarily be made in full form. In addition, it is submitted that where an explicit pledge endorsement is issued in blank form, the subsequent transfer of the instrument by the holder whether by delivery, endorsement, or by completing the blank endorsement into a full endorsement does not alter the scope of the pledge nor the content of the liability arising from the pledge relationship, which further supports this view. Finally, it is also argued that a blank pledge endorsement does not give rise to any legal objection when assessed within the framework of the provisions governing agency relationships.

In this study, it is argued that an explicit pledge endorsement may validly be issued in blank form. Although a full endorsement facilitates the identification of the pledge creditor and the determination of the defences that may be raised, this consideration cannot be regarded as a validity requirement for the application of a pledge

endorsement. In negotiable instruments payable to order, the principle of formal entitlement applies and the person holding the instrument in accordance with a proper chain of endorsements is deemed to be the rightful holder. Furthermore, under Article 689/2 of the Turkish Commercial Code No. 6102, in cases where the holder acquires the instrument in bad faith or acts to the detriment of the debtor, the debtor's right to assert personal defences against a third-party holder remains reserved.

The fact that, after a blank endorsement, the instrument may circulate almost like a bearer instrument cannot be regarded as a reason requiring an explicit pledge endorsement to be issued in full form. This is because such circulation merely affects formal entitlement whereas it does not have any impact on the scope or content of the pledge agreement.

On the other hand, neither the Turkish Commercial Code contains any provision prohibiting the issuance of a pledge endorsement in blank form, nor does Article 956/2 of the Turkish Civil Code require the inclusion of a pledge notation for the creation of a pledge right. This further supports the view that a blank pledge endorsement is legally permissible.

Finally, when the matter is assessed from the perspective of the law of agency, no illegality arises. Pursuant to Article 689/1 of the Turkish Commercial Code No. 6102, any subsequent endorsement made by the holder who has acquired the instrument through a pledge endorsement is deemed to have the effect of a collection endorsement, thereby establishing an agency relationship between the parties. Within the framework of Article 506 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, since an agent is entitled, under certain conditions, to delegate the performance of the mandate to a third party, the establishment of a sub-agency relationship in the circulation of an instrument acquired through a blank pledge endorsement is also legally acceptable.

Giriş

Kanun koyucu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 956 ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 689 hükümleriyle kıymetli evrak üzerinde rehin tesisine açıkça cevaz vermiştir. Bu kapsamda bir kimsenin gerek kendi borcunun teminatı olarak gerekse üçüncü bir kişinin borcu için teminat teşkil etmek üzere hak sahibi olduğu kıymetli evrakı rehnedebilmesi mümkündür. Senette¹ mündemiç hak üzerinde rehin kurulmasına yönelik bir anlaşma ile senedin ciro edilmeksizin alacaklıya teslimi suretiyle TMK m. 955 hükmü çerçevesinde rehin tesis edilmesi de mümkündür. Bu durumda rehin veren ile rehin alan arasında yazılı bir rehin sözleşmesi yapılmalı ve kıymetli evrakın rehin alana teslimi gerçekleştirilmelidir². Görüldüğü üzere senet alacağı üzerinde rehin hakkının kurulması çeşitli yöntemlerle mümkündür. Nitekim rehin amacına yönelik bir anlaşma ile senedin aleni (açık) rehin cirosu veya örtülü bir şekilde temlik cirosu ile devredilmesi ve zilyetliğinin alacaklıya geçirilmesi yoluyla rehin hakkı tesis edilebilir. Bu bağlamda çalışmanın konusunu aleni rehin cirosu yoluyla senet üzerinde rehin hakkının kurulması oluşturmaktadır.

Ciro, emre yazılı senetlerin ve dolayısıyla kanunen emre yazılı sayılan kambiyo senetlerinin olağan devir şekli olup senedin içerdiği hakkı devretmeye yönelik yazılı bir irade beyanıdır³. Giro işlemiyle senedin mülkiyeti ile birlikte senette mündemiç hak da devralana geçer⁴.

¹ Aksi belirtilmedikçe bu çalışmada kullanılan “senet” ibaresi bono ve poliçeyi ifade etmektedir. Nitekim çalışma konumuz itibarıyla çekte (açık) rehin cirosunun tanzimi öğretide tartışmalı olup Yargıtay uygulamasında kabul edilmemektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku* (2011) 184; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (5. Bası, Oniki Levha 2019) 234; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (27. Baskı, Yetkin 2024) 267; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Nedret Füsün Nomer-Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 314; Gülnur Ceren Uçar Bulut, ‘Çekte Rehin Cirosu Bağlamında Gündeme Gelen Sorunlar’ iç Saadet Yüksel ve Abuzer Kendigelen (edr), Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan 949; Buket Çatakoğlu, ‘İleri Tarihli Çekler Bakımından Rehin Ciro-sunun Tetkiki’ (2018) 7 (8) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 769, 801; Emine Develi, ‘Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciro-su’ (2016) 4 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79, 96; Ahmet Zahid Güler, *Kambiyo Senetlerinin Rehnedilmesi* (Oniki Levha 2024) 150.

² M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (26. Bası, Filiz Kitabevi 2024) N 3805. Bu takdirde senet üzerinde rehne yönelik bir ibareye ihtiyaç bulunmamaktadır ve rehin hakkı sahibi de artık kıymetli evrak hukukuna özgü korumadan yararlanamayacaktır [İsmail Kırca, ‘Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciro-ları’ iç *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 85, 91-92].

³ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 171; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2024) 105-106; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2023) N 137.

⁴ Nuri Erdem, ‘Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Ciro-su’ (2021) 6 (1) REGESTA 121, 125; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 177.

Öğretide ciro senedin devredildiği kişinin belirli olup olmaması bakımından tam ve beyaz ciro şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁵. Yine kanun koyucu TTK'da cironun amacına göre muhtelif türleri olabileceğini kabul etmiştir. Bu kapsamda ciro; devir (temlik), tahsil ve rehin cirosu olmak üzere üç türdür⁶.

Bu ciro türlerinin her biri, adlarından da anlaşılacağı üzere, farklı amaçlara hizmet etmektedir. Devir (temlik) cirosu, senetten doğan tüm hakların devrini; tahsil cirosu, senette mündemiç hakkın ilgili ciranta adına tahsili hususunda yetkilendirmeyi; rehin cirosu ise senedin içerdiği alacak üzerinde rehin hakkı kurulmasını amaçlar⁷.

Çalışmada, öncelikle rehin cirosu kavramı ve bu cironun yapılış biçimleri ele alınacak, akabinde cironun şekil bakımından türlerine kısaca değinilerek rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde düzenlenip düzenlenemeyeceği meselesi inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda, öğretide ileri sürülen görüşler sistematik bir biçimde ortaya konulacaktır. Zira tespit edilebildiği kadarıyla, rehin cirosunun beyaz ciro ile düzenlenmesi hususu yargısal denetime sıklıkla konu olmamaktadır. Bu nedenle çalışmada yargı uygulamasından ziyade öğretilerdeki görüşlere ağırlık verilecek, aleni rehin cirosunun beyaz ciro ile düzenlenmesine ilişkin sınırlı sayıdaki yargı kararına ise dipnot düzeyinde yer verilecektir. Nihayetinde konuya ilişkin görüşümüz ortaya konulacaktır.

I. Rehin Cirosu

A. Genel Olarak

Rehin hakkı, hak sahibinin alacağını teminat altına alan, alacak ifa edilmediği takdirde hak sahibine hakkın konusu olan şey veya hakkı paraya çevirerek bu yoldan alacağını elde etme yetkisi tanıyan aynî haktır⁸. Senette mündemiç alacak hakkının rehni amacıyla gerçekleştirilen ciro ise “rehin cirosu” olarak adlandırılır⁹. Öğretide rehin cirosu “*senette ödenmesi taahhüt edilen bir alaca-*

⁵ Bozer ve Göle (n 3) 107; Çamoğlu (n 3) N 143.

⁶ Çamoğlu (n 3) N 146; Bozer ve Göle (n 3) 114; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (22. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018) N 260.

⁷ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 260.

⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) N 3176; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Legem Yayınevi 2025) 822.

⁹ Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku* (9. Bası, Oniki Levha 2025) N 476; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 185; Çamoğlu (n 3) N 148.

ğın başka bir alacağa karşı güvence (teminat) gösterilmesi amacıyla yapılan ciro” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰. Bu çerçevede rehin cirosunun amacı hamilin, senedi rehin cirosu ile devreden cirantayla arasındaki iç ilişkiden doğan alacağının ciranta tarafından ödenmemesi riskini, kambiyo senedinde yer alan bedel ile teminat altına almasıdır¹¹. Rehin cirosunun hüküm ve sonuçlarını doğurması için senedin zilyetliğinin mutlaka rehin alan hamile geçirilmesi gerekir¹². Rehinle güvence altına alınan alacağın ne miktarda olduğunun rehin cirosunda gösterilmesi ise gerekli değildir¹³.

TTK’nın 689. maddesinde poliçenin rehin cirosu ile devri düzenlenmiş ve 778/1-a maddesinde yapılan atıfla anılan hükmün bonolar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Buna karşılık çekin rehin cirosu ile devrine ilişkin olarak kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır¹⁴. Bu itibarla, işbu çalışmada poliçe ve bono çerçevesinde aleni (açık) rehin cirosu ile rehin tatbiki inceleme konusu yapılmaktadır.

Rehin cirosunda ciro edilen, senetten doğan hakları kullanırken doğrudan kendi adına hareket eder¹⁵. Nitekim ciro edilen, fer’î nitelikte de olsa, senet üzerinde müstakil aynî bir hak kazanmıştır¹⁶. Dolayısıyla eğer rehin alan TTK m.

¹⁰ Edip Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler* (Yonca Matbaası 1982) 89.

¹¹ Yaşar Karayalçın, ‘Rehin Cirosunda Rehnedir Cirantanın Hukuki Durumu’, iç *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1984) 243; Bozer ve Göle (n 3) 119.

¹² Bozer ve Göle (n 3) 120; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitapevi, 1997) 626.

¹³ Öztan (n 12) 626-627; Bozer ve Göle (n 3) 119; Kendigelen ve Kırca (n 9) N 476.

¹⁴ Her ne kadar 5941 sayılı Çek Kanunu’nda yer alan düzenlemelerle çekte vade esasının fiilen kabul edilmiş olması karşısında, çekte aleni rehin cirosunun yapılamayacağına ilişkin gerekçelerin kanaatimizce önemini büyük ölçüde yitirdiği ve mevcut hukuki düzen ile uygulama çerçevesinde çekte aleni rehin cirosunun mümkün olduğu değerlendirilebilirse de bu tartışma mevcut çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle inceleme, aleni rehin cirosunun uygulanabilirliği bakımından herhangi bir tereddüt bulunmayan bono ve poliçe ile sınırlı tutulmuştur.

¹⁵ “‘Bedeli teminattır’ veya ‘bedeli rehindir’ ibarelerini içeren bir bononun hamili kendi cirantası hariç, diğer senet borçlularına karşı senetten doğan bütün hakları kullanabilir.” Yargıtay 19 HD, 7879/8257, 30.11.2000.

¹⁶ Rehin hakkı, diğer sınırlı aynî haklarda olduğu gibi mülkiyet hakkının içeriğine ait yetkinin bağımsızlaştırılması suretiyle ortaya çıkar. Bu kapsamda, rehinli alacaklıya eşyanın ekonomik değeri tahsis edilmekte; diğer bir ifadeyle malik, paraya çevirme yetkisini rehinli alacaklı lehine sınırlandırmaktadır. Bu sayede alacaklı, borcun ifa edilmemesi hâlinde rehin konusu eşyayı paraya çevirerek alacağını öncelikle elde etme imkânına sahip olur [Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) N 3177]. Ciro eden, senedin ve senette mündemiç hakkın maliki olmaya devam

686/2 kapsamında kötüniyetli değilse veya senedi iktisap ederken ağır kusuru bulunmuyorsa, rehin alanın rehin hakkını kazanması mümkündür¹⁷. Diğer yandan, senedin ödenmesinden sorumlu kişilerin rehin cirousunun cirantasıyla arasındaki hukuki ilişkiye dayanan kişisel def'ilerini¹⁸ rehin alana karşı ileri sürmeleri de kural olarak mümkün değildir (TTK m. 689/2). Ancak hamilin senedi iktisap ederken bile borçlu zararına hareket etmiş olması hâlinde bu def'ilerin ileri sürülmesi mümkündür¹⁹. Bununla birlikte rehlin fer'i²⁰ niteliği gereği borçlunun rehinle teminat altına alınan alacağa ilişkin def'ileri ileri sürmesi mümkündür. Zira rehin hakkı varlığı itibarıyla asıl alacağa bağlıdır²¹. Bu nedenle rehin cirosu ile teminat altına alınan alacağın şarta bağlı olması halinde şartın gerçekleşmemesi, batıl olması veya sona ermesi hâlinde buna bağlı rehin hakkı da düşer ve rehin cirosu dayanaksız hâle gelir²². Bu durumda borçlu, rehinle temin edilen (güvence altına alınan) alacağa ilişkin def'ileri²³ ve rehin cirousunun cirantasına karşı sahip olduğu kişisel def'ileri rehin alan hamile karşı da ileri sürebilir²⁴.

etmekle birlikte rehin cirosu sonucunda bu hakların bir kısmı rehin alacaklısına intikal ettiğinden, kendi hakları bu ölçüde sınırlanmıştır. Başka bir ifadeyle, senetten rehin alacaklısı lehine doğan yetkiler nispetinde ciro edenin haklarında bir daralma meydana gelmektedir [Öztan (n 12) 627]; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 284; Sami Karahan, Zekeriyya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç ve Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. Baskı, Mimoza 2015) 247; Öztan (n 1) 120.

¹⁷ Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl ve Matthias Casper, *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen* (23. Auflage, Verlag C. H. Beck 2008) WG Art 19 Rn 8; Öztan (n 12) 629; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) N 3811.

¹⁸ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 284; Çamoğlu (n 3) N 151; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 186; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 247.

¹⁹ Yargıtay 11 HD, E 2022/18042023/5522 K, 03.10.2023; Yargıtay 11 HD, E 2021/2410 K 2022/6924, 12.10.2022; Yargıtay 12 HD, 1898/9896, 05.05.2009; Yargıtay 12 HD, 2044/23685, 12.12.2006.

²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) N 113, 3606; Sirmen (n 8) 825; Çamoğlu (n 3) N 149.

²¹ Sirmen (n 8) 825; Çamoğlu (n 3) N 149; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2020/19-329 K 2022/1490, 10.11.2022.

²² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) N 3606; Sirmen (n 8) 825-826.

²³ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 187; Öztan (n 12) 629; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 247.

²⁴ Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersleri* (3. Baskı, Üniversite Kitapevi 1954) 117; Hayri Domaniç, 'Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirousu', iç H. Topçuoğlu, Y. Karayalçın, İ. Akipek (edr), *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan* (Ajans-Türk Matbaası 1964) 519 vd; Asuman Yılmaz, "Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirousu ve Rehin Cirousunun Teminat İşlemi" (2011) 10 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287, 296-297; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 247. Aksi yönde bkz. Çamoğlu (n 3) N 151.

Öğretide rehin cirosunun TMK m. 956 ve TTK m. 689 hükümlerinin dikkate alınması suretiyle aleni (açık), gizli (örtülü)²⁵ ve teminat amaçlı (inançlı) temlik cirosu²⁶ şeklinde olmak üzere üç biçimde yapılabileceği kabul edilmektedir²⁷.

B. Aleni (Açık) Rehin Cirosu

Aleni (açık) rehin cirosunda, cironun rehin amacıyla bir yetkilendirme içerdiği bizzat ciro metninden anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle ciroda bu yönde açık bir kayıt yer almaktadır. Nitekim TTK m. 689 uyarınca, ciroda “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir”, “rehin içindir” gibi bir kayda veya rehin amacını açıkça ortaya koyan başka bir ibareye yer verilmesi ve cirantanın imzalaması hâlinde söz konusu ciro aleni (açık) rehin cirosu olarak nitelendirilmektedir. Rehin hakkının sağlanabilmesi için ayrıca senet zilyetliğinin de rehin alana geçirilmesi gerekir (TTK m. 647/1, TMK m. 956/2). Bu suretle rehin alacaklısı hamil, rehin cirosunun cirantasının senetten kaynaklanan haklarından bağımsız, müstakil bir hak iktisap etmiş olur.

C. Gizli (Örtülü) Rehin Cirosu

Aleni rehin cirosunun niteliği gereği rehin alana tanınan yetkilerin kapsamı temlik cirosuna kıyasla daha dar olup özellikle senedin devri bakımından belirli sınırlamalar içermektedir. Bu durum senedi rehin cirosu ile devralan hamilin hukuki konumunun yeterli esnekliği haiz olmamasına yol açmaktadır²⁸. Öte yandan rehin süresinin sona ermesine rağmen rehin cirosuna ilişkin kaydın senet üzerinde varlığını sürdürmesi, senedin dolaşım kabiliyeti ile piyasadaki güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyerek üçüncü kişiler nezdinde tereddüt doğurabilmektedir²⁹. Bu itibarla uygulamada rehin cirosunun çoğu kez gizli şekilde tesis edildiği gözlenmektedir.

Gizli rehin cirosunda dış ilişkide bir temlik cirosu söz konusudur³⁰. Ancak cira-ranta ile ciro edilen arasındaki iç ilişkide ciro edilenin yalnızca rehin hakkına

²⁵ İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Cilt II (3. Baskı, Feryal Matbaacılık 1990), 1702; Öztan (n 1) 119-120; Huriye Kubilay, ‘Kambiyo Senetlerinin Rehni’ (1988) 3 (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı) 497, 501; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 189.

²⁶ Kendigelen (n 1) 234-235; Sefa Er, ‘Çekin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi’, (2025) 33 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23, 25.

²⁷ Kırca (n 2) 93.

²⁸ Örtülü rehin cirosu ciro edilenin konumunu güçlendirir [Poroy ve Tekinalp (n 6) N 283]

²⁹ Erdem (n 4) 143.

³⁰ Kırca (n 2) 95; Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro* (Yetkin 2017) 142.

sahip olacağı kararlaştırılmıştır³¹. Sonuç itibarıyla ciro edilen lehine bir rehin hakkı tesis edilmektedir. Senedin yetkili hamil tarafından rehin hakkı tanınmak amacıyla ancak bir temlik cirosu yapılarak hatta beyaz cirolu bir senedin elden teslimi suretiyle devredilmesi de mümkündür. Bu durumda gizli (örtülü) rehin cirosundan söz edilir³². Gizli rehin cirosunun hem tam hem de beyaz ciro ile tanzim edilebilmesi mümkündür³³.

Gizli rehin cirosu, teminat amacıyla gerçekleştirilen bir devir işlemi olmayıp aksine senedi devralan kişiye yalnızca rehin hakkı kazandıran bir rehin tesisi işlemidir. Bu itibarla işlemin ağırlık merkezini ciro değil taraflar arasındaki rehin tesisine yönelik irade uyuşması oluşturur³⁴. Bununla birlikte gizli rehin cirosunda taraflar arasında muvazaa söz konusudur³⁵. Zira dış görünüş itibarıyla yapılan temlik cirosu, taraf iradelerini yansıtmayıp gerçekte rehin kurma amacına hizmet ettiğinden taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayan muvazaalı bir işlem niteliği taşır. Buna karşılık tarafların gerçek iradesini yansıtan gizli işlem rehin cirosudur. Nitekim gizli rehin cirosunda tarafların iradesi, görünüşteki temlik cirosunun arkasında bir rehin cirosu tesis etmek ve ciro edilene alacak üzerinde rehin hakkı kazandırmaktan ibarettir³⁶. Öğretide ifade edildiği üzere, senedi rehin cirosu ile devreden cironanın veya senet borçlularının gizli işlemin geçersizliğini ileri sürememelerinin nedeni ise dış görünüş itibarıyla temlik cirosu niteliği taşıyan cironun, rehin cirosuna ilişkin şekil şartını karşıladığının kabul edilmesidir³⁷.

Gizli rehin cirosunda senedi devralan kişinin hukuki durumu, maddi hukuk bakımından aleni rehin cirosundaki durum ile paralellik arz eder. Bununla bir-

³¹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 189; Baumbach, Hefermehl ve Casper (n 17) WG Art 19 Rn 16; Güler (n 1) 172.

³² Kendigelen ve Kırca (n 9) N 477; Yargıtay 19 HD, E 2018/1008 K 2020/163, 30.01.2020; Yargıtay 19 HD, E 2017/1300 K 2018/6465, 10.12.2018; Yargıtay 19 HD, E 2016/20339 K 2017/6394, 28.09.2017.

³³ Öztan (n 12) 632; Naci Kinacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, Nobel Yayıncılık 1999) 152-153; Hacıömeroğlu (n 30) 136; Hanife Doğrusöz Koşut, 'Kambiyo Senetlerinde Beyaz Ciro' (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 629, 641.

³⁴ Öztan (n 12) 632.

³⁵ Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi-IV* (Eskin Matbaası 1990) 193; Kendigelen (n 1) 235.

³⁶ Kendigelen ve Kırca (n 9) N 477.

³⁷ A. Lale Sirmen, *Alacak Rehni* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990) 65; Hakan Yıldırım, *Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu* (Seçkin 2023) 207.

likte aradaki temel fark ciro edilenin dış görünüş itibarıyla senedin maliki konumunda bulunmasıdır³⁸. Bu sebeple söz konusu kişi senedi yeni bir temlik cirosu ile devredebilir. Bu şekilde kendisinden senedi iyi niyetle iktisap eden kişi ise senedin maliki sıfatını kazanır³⁹.

D. Teminat Amaçlı (İnançlı) Temlik Cirosu

TMK m. 956/2 uyarınca emre yazılı kıymetli evrakın rehnedilebilmesi için senedin ciro edilmiş olması gerekir. Anılan hüküm uyarınca senedin rehnedilebilmesi için hem ciro edilmesi hem de zilyetliğinin devredilmesi zorunludur. Hükümdeki cirodan anlaşılması gereken ise temlik cirosudur⁴⁰. Sonuç itibarıyla burada teminat amaçlı inanca temlik cirosu vardır. Dolayısıyla dış ilişkide temlik cirosuna özgü sonuçlar doğmakta ancak iç ilişkide taraflar arasında rehin amacına yönelik bir anlaşma bulunmaktadır⁴¹.

İnançlı temlik cirosunda, sınırlandırılmamış bir ciroya ek olarak borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde bir taraf anlaşması bulunmaktadır. “İnanç anlaşması” olarak da adlandırılan bu sözleşme, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, inanca işlemin sona ermesi hâlinde hakkın inanan kişiye geri verilmesine ilişkin şartları düzenleyen bir borçlandırıcı işlemidir. Bu çerçevede inanca anlaşması, alacağın devrinin hukuki sebebini oluşturan bağımsız bir sözleşme niteliği taşımaktadır⁴². Söz konusu anlaşma, inanılanın iktisap ettiği alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini, taraflar arasındaki ilişki bakımından nispi olarak sınırlandırır⁴³. Dolayısıyla teminat amacıyla yapılan temlik cirosunda, senedin mülkiyeti ile senette mündemiç hak kuralı olarak bütünüyle ciro edilene intikal eder⁴⁴. Bu yönüyle gizli rehin cirosundan farklı olarak teminat amaçlı inanca temlik cirosu ile devirde tarafların iradesi senedin mülkiyetinin ve içerdiği hakkın gerçekten devredilmesine yöneliktir⁴⁵. Bu nedenle bu tür işlemlerde muvazaadan söz edilemez ve görünüşteki temlik cirosu baştan itibaren geçerli kabul edilir⁴⁶.

³⁸ Kırca (n 2) 95.

³⁹ Öztan (n 1) 120.

⁴⁰ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 186.

⁴¹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 186.

⁴² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Legem Yayınevi 2024) N 1132.

⁴³ Eren (n 42) N 1132.

⁴⁴ Öztan (n 12) 634; Kırca (n 2) 95.

⁴⁵ Kendigelen (n 1) 235; Kendigelen ve Kırca (n 9) N 477.

⁴⁶ Kendigelen (n 1) 235; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2023/11-589 K 2024/212, 24.04.2024; Yargıtay 11 HD, E 2018/2514 K 2019/8030, 10.12.2019.

Bununla birlikte ciro edilen, kendisine bu suretle devredilen hakları ancak taraflar arasındaki borçlar hukuku karakterli anlaşmaya uygun olarak ve teminat amacıyla kullanabilir⁴⁷. Dolayısıyla hamilin tüm haklarıyla devraldığı senetten yalnızca söz konusu amacın gerektirdiği ölçüde yararlanması mümkündür. Bu çerçevede senedi teminat olarak devralan hamil, teminat altına alınan alacağın muaccel hâle gelmesi ve senetten doğan hakları ileri sürme imkânının ortaya çıkmasıyla birlikte tatmin edilir. Burada hamilin senet bedelini tahsil yetkisi rehin değil mülkiyet hakkına dayanır⁴⁸.

E. Gizli (Örtülü) Rehin Cirosunun Teminat Amaçlı (İnançlı) Temlik Cirosundan Ayırt Edilmesi

Gizli rehin cirosu, teminat amaçlı temlikten farklı bir hukuki nitelik taşır⁴⁹. Gizli rehin cirosuyla senedin ciro edilene devrinde tarafların iradesi, her ne kadar temlik cirosu görünümü altında ortaya çıksa da gerçekte rehin hakkı tesis etmeye yöneliktir ve taraflar alacak üzerindeki hakkın yani mülkiyetin ciro edilene geçirilmesini amaçlamazlar. Buna karşılık teminat amaçlı temlikte, tarafların iradesi alacak hakkının devredilene geçirilmesi yönünde olup devralanın bu hakka yalnızca teminat amacıyla sahip olması öngörülmektedir.

Somut olayda gizli rehin cirosunun mu yoksa teminat amacıyla yapılan temlik cirosunun mu söz konusu olduğu ancak taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle tespit edilebilir⁵⁰. Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesi ile yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek amacıyla kullandıkları ifadelerden ziyade gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK m. 19/1). Bu nedenle sadece tarafların kambiyo ilişkisi kapsamında kullandıkları “rehin”, “teminat” veya “temlik” gibi ibarelere dayanılarak; “rehin” ve “teminat” ifadelerinden örtülü bir rehin cirosunun, “temlik” ifadesinden ise inanca temlikin varlığı sonucuna ulaşılması isabetli değildir⁵¹. Nitekim her iki işlem de teminat işlevi görmekte olup bu yönleriyle benzerlik arz eder. Bu itibarla, hangi hukuki işlemin kastedildiği hususunda tereddüt bulunan hâllerde, yalnızca rehin ilişkisinde borçlunun daha avantajlı konumda bulunmasına da-

⁴⁷ Kırca (n 2) 95.

⁴⁸ Kırca (n 2) 95.

⁴⁹ Kendigelen ve Kırca (n 9) N 477.

⁵⁰ Öztan (n 12) 633.

⁵¹ Kırca (n 2) 96.

yanılarak sonuca varılması da isabetli değildir⁵². Aksine uygulamada hangi işlemin yaygın olarak tercih edildiği de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmamıştır⁵³. Keza yakın tarihli Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁵⁴.

II. Cironun Şekil Bakımından Türleri

Ciro şekil açısından tam ve beyaz ciro olmak üzere iki türlü olabilir⁵⁵. Ciro, lehine ciro yapılan kişinin adını ve cirantanın imzasını ihtiva ettiği takdirde “tam ciro” olarak adlandırılmaktadır⁵⁶. Tam ciroda senedi devreden ve devralan belirlidir. Buna karşılık, lehine ciro yapılan kişinin adını içeren ibarenin cirantanın imzası kapsamına girmeyecek şekilde yer alması durumunda artık tam cirodan söz edilemez⁵⁷. Tam ciro senedin arka yüzüne veya alonj üzerine yapılabileceği gibi senedin ön yüzüne de yapılabilir⁵⁸. Tam ciro ile senedi devralan kişinin senedi devredebilmesi için mutlaka yeni bir tam veya beyaz ciro yapılması gerekir.

Lehine ciro yapılan kişinin adına yer verilmeyen ciro ise “beyaz ciro” olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. Beyaz ciro yapılırken temelde üç yöntem izlenebilir⁶⁰. İlk

⁵² Öztan (n 12) 633.

⁵³ Öztan (n 12) 633; Baumbach, Hefermehl ve Casper (n 17) WG Art 19 Rn 20.

⁵⁴ “Dolayısıyla görünüşte temlik cirosu şeklinde olan bir cironun gizli (örtülü) rehin cirosu mu yoksa teminat amacıyla inançlı temlik cirosu mu olduğunu tespit etmek için tarafların iradele-ri tespit edilmeli, özellikle devralan hamile senedin mülkiyetinin devredilip devredilmediği, dolayısıyla hamilin dış ilişkide senede ilişkin her türlü tasarruf işlemini yapmaya hakkı olup olmadığı belirlenmelidir. Bu kapsamda tarafların kambiyo sözleşmesinde veya ellerinde bulunan belgelerde veyahut da mahkemeye sundukları iddia ve savunmalarda ciroya ilişkin kullandıkları ifadeler ile birlikte, tarafların daha önceki ilişkilerinde seçtiği teminat türü, ticari defter kayıtları, uygulamada (özellikle bankacılık uygulamasında) kullanılan mutad deyimler dikkate alınarak, güven ilkesi gereğince tarafların beyanları yorumlanarak ortak irade tespit edilmelidir.” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2023/11-589 K 2024/212, 24.04.2024; Yargıtay 11 HD, E 2023/2142 K 2024/5411, 01.07.2024.

⁵⁵ Kanunda (TTK m. 683/2) “beyaz ciro” terimine açıkça yer verilmiş olmasına rağmen “tam ciro” ifadesine yer verilmemiştir. “Tam ciro” kavramı, “beyaz ciro” dışındaki ciro türünü ifade etmek üzere öğretilde ve yargı kararlarında geliştirilen bir adlandırmadır [Kendigelen ve Kırcı (n 9) N 446; Bozer ve Göle (n 3) 107].

⁵⁶ Lehine ciro yapılan kişinin adını içeren ibarenin cirantanın imzası kapsamında yer almaması halinde artık tam cirodan bahsedilemez (Yargıtay 11 HD, 2510/4109, 14.10.2020).

⁵⁷ Yargıtay 11 HD, 2510/4109, 14.10.2020.

⁵⁸ Kendigelen ve Kırcı (n 9) N 446; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 242.

⁵⁹ Kendigelen ve Kırcı (n 9) N 447; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 182; Doğrusöz Koşut (n 33) 630; Çamoğlu (n 3) N 145.

⁶⁰ Çamoğlu (n 3) N 145; Doğrusöz Koşut (n 31) 630.

yöntem cironun yalnızca cirantanın imzasından ibaret olmasıdır. Nitekim uygulamada kambiyo senetlerinin ciro edilmesi büyük ölçüde bu şekilde gerçekleşmektedir. Böyle bir cironun geçerli olabilmesi için senedin arka yüzünde veya alonj üzerinde yer alması gerekir⁶¹. Zira cironun sadece imzadan ibaret bir beyaz ciroyla senedin ön yüzüne yapılmak istenmesi halinde söz konusu imza aval olarak kabul edilecektir (TTK m. 701/3, m. 778/3). İkinci yöntem lehine ciro yapılan kişinin gösterilmediği ancak “ödeyiniz”, “devrediyorum”, “cirodur” gibi ciro iradesini yansıtan ibarelerin yer aldığı cirolardır. Üçüncü yöntem ise “hamiline ödeyiniz” şeklinde cironun hamiline yazılmasıdır. Nitekim TTK m. 682/3 uyarınca hamiline yazılı ciro da beyaz ciro olarak kabul edilir. İkinci ve üçüncü yöntemlerle yapılan ciroların senedin ön yüzünde yer alması da mümkündür⁶².

Aleni rehin cirosunda TTK m. 689/1 uyarınca rehin vermeyi ifade eden kayıtların ciroya eklenmesi zorunlu olduğundan çalışmamız kapsamında ele alınacak tartışmalar beyaz ciroya ilişkin ikinci ve üçüncü yöntemler çerçevesinde değerlendirilecektir. Zira aleni rehin cirosunun cirantanın yalın imzasından ibaret olması mümkün olmadığından, birinci yöntem bakımından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Beyaz ciro senedin devir şeklini değiştirmemekle birlikte hamiline yazılı bir senetmiş gibi tedavülüne imkân verir⁶³. Dolayısıyla senedin beyaz ciro ile devri halinde her hamil hak sahibi sayılır. Bu nedenle hamil senedi iktisap ederken kötünietli değilse senette mündemiç hakkı iktisap eder.

Senedi beyaz ciro ile devralan hamil yeniden devretmek isterse çeşitli olanaklara sahiptir (TTK m. 684/2). Buna göre hamil: (i) Beyaz ciroyu kendi adına doldurabilir ve ardından tekrar devrederken bir tam veya beyaz ciro yapabilir, (ii) beyaz ciroyu doğrudan bonoyu devretmek istediği kişinin adına doldurabilir ve böylelikle ciro silsilesinde yer almayabilir, (iii) beyaz ciroya dokunmayıp ardından bir tam veya beyaz ciro yaparak senedi devredebilir, (iv) beyaz ciroyu

⁶¹ Kendigelen ve Kırcı (n 9) N 447; Çamoğlu (n 3) N 145.

⁶² Kendigelen ve Kırcı (n 9) N 447; Doğrusöz Koşut (n 33) 631; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 256; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 242; Çamoğlu (n 3) N 145; Erdem (n 4) 127. Aksi yöndeki görüşe göre, beyaz cironun hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, hangi şekilde yapılsa yapılsın, mutlaka senedin arka yüzüne veya alonj üzerine gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde senedin ön yüzüne atılan imzanın aval olarak kabul edilmesi söz konusu olur. Bkz. Bozer ve Göle (n 3) 108, 114; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 182.

⁶³ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Baskı, Sevinç Matbaası 1970) 139; Kendigelen ve Kırcı (n 9) N 449; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 183; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 242; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 265.

doldurmayıp ve herhangi bir ciro da yapmayıp yalnızca senedin zilyetliğini geçirmek suretiyle senedi devredebilir.

Bir senedi beyaz ciro ile devralan kimse, hak sahipliğini bu beyaz ciroya dayanarak ispat eder⁶⁴. Diğer bir ifadeyle bir beyaz ciroyu başka bir ciro takip ediyorsa, son ciroyu imzalayan kişinin senedi beyaz ciro ile iktisap ettiği kabul edilir (TTK m. 686).

Sağladığı pratiklik, alacaklının talebi ve özellikle ileride senedi devralacak kişinin değişebilmesi gibi nedenlerle beyaz ciro uygulamada bilinçli olarak tercih edilmektedir. Senedi beyaz ciro ile devralan kişinin, kendi adı ve imzası senet üzerinde hiçbir şekilde yer almaksızın senedi yeniden devredebilme imkânına sahip olması kendisi bakımından önemli bir avantaj teşkil eder⁶⁵. Örneğin, senedi beyaz ciro ile devralıp akabinde üçüncü bir kişiye devreden kimse, senedin vadesinde ödenmemesi hâlinde başvuru borçluları arasında yer almaktan kurtulmaktadır. Bu itibarla, beyaz cironun devredene sağladığı başlıca yararın ciro zincirinde görünmemek suretiyle sorumluluk zincirinin dışında kalabilme imkânı olduğu söylenebilir⁶⁶.

III. Aleni (Açık) Rehin Cirosunun Şekil Şartları

A. Genel Olarak

Aleni rehin cirosundan bahsedebilmek için rehnetmeyi ifade eden “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” gibi bir kaydın ciroda yer alması zorunludur. Nitekim ciroda rehin yahut tahsil amacına ilişkin bir kayıt bulunmuyorsa söz konusu ciro prensip olarak temlik cirosu niteliğindedir⁶⁷. Rehni ifade eden kaydın cironun içerisinde yer alması gerekir⁶⁸. Ayrıca ciranın imzasının bu kayıtları kapsar şekilde olması gerekir⁶⁹.

⁶⁴ Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 243.

⁶⁵ Erdem (n 4) 128.

⁶⁶ Çamoğlu (n 3) N 146.

⁶⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2023/11-342 K 2024/82, 07.02.2024; Yargıtay 11 HD, E 2022/6070 K 2024/2544, 28.03.2024; Yargıtay 11 HD, 5528/7868, 07.11.2024; Yargıtay 11 HD, 2743/3734, 18.03.2025; Yargıtay 11 HD, 1062/2176, 18.02.2015; Yargıtay 11 HD, E 2014/17920 K 2015/897, 22.01.2015; Bozer ve Göle (n 3) 115; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 242.

⁶⁸ Kinacioğlu (n 33) 152.

⁶⁹ Karayalçın (n 63) 152; Arslanlı (n 24) 116; Kinacioğlu (n 33) 152.

Aleni rehin cirosunun beyaz ciro biçiminde tanzim edilemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş aleni rehin cirosunun beyaz ciro biçiminde yapılabileceğini kabul etmekte; diğer görüş ise bunun mümkün olmadığını savunmaktadır. Her iki yaklaşımın da farklı gerekçelere dayandığı ve konuya ilişkin çeşitli değerlendirmeler ileri sürdüğü görülmektedir. Bu itibarla öncelikle söz konusu görüşlere ayrıntılı biçimde yer verilecek ve ardından konuya ilişkin değerlendirmemiz ortaya konulacaktır.

B. Öğretideki Görüşler

1. Beyaz Rehin Cirosu Tanzimini Reddeden Görüş

Öğretideki bir görüş rehin cirosunda “bedeli teminattır”, “rehin içindir” gibi rehnetme iradesini ortaya koyan kayıtların ciroya yazılmasının zorunlu olduğu gerekçesinden hareketle aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanzim edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁷⁰. Nitekim bu görüşe göre beyaz cironun anılan kayıtları ihtiva etmesi mümkün değildir⁷¹.

Aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılamayacağına ilişkin olarak ileri sürülen ikinci gerekçe ise, senedin rehin cirosu ile devrinden sonra ilk rehin alacaklısının tespiti⁷² ile yetkili hamilin belirlenmesinin güçleşeceği ve buna bağlı olarak senet borçlusunun rehin alacaklısına karşı sahip olduğu def’ileri ileri sürmesinin önemli ölçüde zorlaşacağıdır⁷³. Nitekim TTK m. 684/2 uyarınca, senedi beyaz ciroyla elinde bulunduran hamil, ciroyu doldurmaksızın veya tekrar ciro etmeksizin senedi elden teslim yoluyla bir başkasına devredebileceği gibi beyaz ciroya bir başka kişinin adı/unvanını eklemek suretiyle tam ciro ile de devredebilir. Bu itibarla beyaz ciroda lehtarın belirsiz olması, senedin hamiline yazılı senetlere benzer şekilde tedavülüne imkân tanımaktadır. Buna karşılık TTK m. 689/1 uyarınca senedi aleni rehin cirosuyla devralmış olan hamilin yetkisi tahsil cirosu yapmakla sınırlıdır⁷⁴. Diğer bir ifadeyle rehin cirosuyla senedi devralan kişi ancak senedi tahsil etmesi için birini yetkilendirebilecek olup bir

⁷⁰ Öztan (n 12) 626; Hacıömeroğlu (n 30) 134; Baumbach, Hefermehl ve Casper (n 17) WG Art 19 Rn 7; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 246.

⁷¹ Öztan (n 12) 626; Hacıömeroğlu (n 30) 134.

⁷² Bozer ve Göle (n 3) 119.

⁷³ Baumbach, Hefermehl ve Casper (n 17) WG Art 19 Rn 7; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 200; Abdullah Revaha Gencer, *Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı* (Oniki Levha 2020) 199.

⁷⁴ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 283; Kırca (n 2) 94; Bozer ve Göle (n 3) 120.

başkasına rehin veya temlik cirosu yapamayacaktır⁷⁵. Bu nedenle TTK m. 684/2’de öngörülen yetkilerin aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılması ihtimalinde uygulanması mümkün değildir⁷⁶. Zira rehin cirosuyla senedi devralmış olan hamilin hakkı sınırlı bir aynî hak niteliğindeki rehin hakkı olup senedin mülkiyeti kendisine geçmez⁷⁷. Bu sebeple senede rehin cirosuyla zilyet olan hamilin, senedi bir temlik cirosu veya yeni bir rehin cirosu ile devretmesi mümkün değildir⁷⁸. Aksi yöndeki bir kabul vekâleten devralınan senedin, hamile yazılı bir senet gibi tedavülüne imkân tanıyarak vekâlet ilişkisinin hukuki niteliği ile bağdaşmayan⁷⁹ ve rehin cirosunun amacına⁸⁰ aykırılık teşkil edecek sonuçlar doğuracaktır. Nitekim tahsil cirosunda ciranta ile senedi tahsil cirosu ile iktisap eden hamil arasındaki hukuki ilişki kural olarak vekâlet ilişkisi niteliğindedir⁸¹.

İlgili görüşün ileri sürdüğü bir diğer gerekçe, kanunda rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tatbikini açıkça yasaklayan bir düzenlemenin bulunmuyor olmasının da bu sonuca ulaşılmasına engel teşkil etmediği yönündedir. Diğer bir deyişle, rehin cirosunun amacı esas alınarak yapılacak yorum neticesinde beyaz rehin cirosunun mümkün olmadığı sonucuna varılması gerektiği ifade edilmektedir⁸². Rehın hakkının fer’î nitelikte olması, bu hakkın geçerliliğinin taraflar arasında güvence altına alınan geçerli bir alacağın varlığına bağlı bulunması ve güvence altına alınan alacaktan bağımsız olarak devrinin mümkün olmaması karşısında, kanun koyucunun senette mündemiç hak üzerinde kurulan rehin bakımından bir tedavül amacı gütmeyeceği anlaşılmaktadır⁸³. Nitekim kanun koyucunun bu yaklaşımı rehin cirosu ile senedi elinde bulunduran hamilin senedi ancak tahsil cirosu ile devredebilmesinde de açıkça görülmektedir⁸⁴. Bu itibarla kanunun sistemi senedi rehin cirosu ile devreden cirantanın def’ilerini ve rehnin fer’iliği ilkesinden kaynaklı taleplerini senedi sonradan

⁷⁵ Erdem (n 4) 139; Çamoğlu (n 3) N 148.

⁷⁶ Pulaşlı (n 73) 199-200; Çamoğlu (n 3) N 148.

⁷⁷ Murat Alışkan, *Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu* (Yaylın Yayıncılık 1998) 174; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 247; Arslanlı (n 24) 116; Kınacıoğlu (n 33) 152.

⁷⁸ Öztan (n 12) 630.

⁷⁹ Öztan (n 12) 576; Alışkan (n 77) 174-175; Kubilay (n 25) 505.

⁸⁰ Doğrusöz Koşut (n 33) 640; Gencer (n 73) 199.

⁸¹ Karayalçın (n 63) 151; Yargıtay 11 HD, 4173/4599, 20.11.1973

⁸² Gencer (n 73) 199.

⁸³ Gencer (n 73) 199.

⁸⁴ Gencer (n 73) 199.

devralan kişilere karşı dermeyan edebilmesine olanak verecek biçimde kurgulanmıştır. Oysa rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanzim edilmesi hâlinde, bu def'ilerin ileri sürülmesi güçleşecek ve uygulamada çeşitli tereddütlere yol açabilecektir.

2. Beyaz Rehin Cirosu Tanzimini Kabul Eden Görüş

Aleni rehin cirosunun beyaz ciro biçiminde tanzim edilebileceğini savunan görüşe göre, bu hususta TTK'da öngörülen herhangi bir engel/yasak bulunmadığı gibi rehin hukukuna ilişkin genel ilkeler bakımından da maddi hukuk düzeninde bir sakınca söz konusu değildir⁸⁵. Nitekim TTK m. 689 hükmü uyarınca rehin cirosunun mutlaka tam ciro şeklinde yapılması şartı bulunmamaktadır⁸⁶. Ayrıca cironun şekline ilişkin düzenleme olan TTK m. 683/2'de senedin devredildiği kişinin ciroda gösterilmesinin gerekli olmadığı, cironun yalnızca imzadan ibaret bulunmasının da geçerli olduğu açıkça ifade edilmiştir⁸⁷. Bu itibarla TTK hükümlerinden rehin cirosunun mutlaka tam ciro şeklinde tatbiki gerektiği yönünde bir zorunluluğun varlığı sonucuna ulaşılamamaktadır⁸⁸. Diğer yandan genel hükümler çerçevesinde kıymetli evrakın rehnine ilişkin TMK m. 956'da emre yazılı kıymetli evrakın rehni için senedin ciro edilmesinin yeterli olduğu hükme bağlanmış olup bu cironun tam ciro şeklinde yapılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla ilgili hükmün lafzından da rehin cirosunun tam ciro şeklinde yapılmasının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır⁸⁹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2022 ve 2024 yıllarında çekte rehin cirosunu ele almış olduğu kararlarında aleni rehin cirosunun beyaz veya tam ciro şekilde tatbik edilebileceğini ifade etmiştir⁹⁰.

⁸⁵ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 283a; Kendigelen ve Kırca (n 9) N 477; Hakan Yıldırım, 'Beyaz Rehin Cirosu' (2018) 16 (192) Legal Hukuk Dergisi 5687, 5733; Yıldırım (n 37) 231.

⁸⁶ Bilal Özel, 'Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2012) 90; Güler (n 1) 160.

⁸⁷ Güler (n 1) 160.

⁸⁸ Domaniç (n 24) 523; Domaniç (n 35) 173; Yılmaz (n 24) 290; Yıldırım (n 37) 231; Erdem (n 4) 143.

⁸⁹ Domaniç (n 24) 523; Domaniç (n 35) 173. Rehin cirosunun tam ciro şeklinde yapılması taraflar arasında ileride doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi ve üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesi bakımından pratik açıdan fayda sağlamakla birlikte rehin hakkının doğumu için kurucu bir şart teşkil etmemektedir [Yıldırım (n 85) 5732].

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2019/19-59 K 2022/46, 25.01.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2023/11-342 K 2024/82, 07.02.2024.

TTK m. 684 uyarınca beyaz ciro şeklinde tanzim edilmiş bir aleni rehin ciro-su ile senedi elinde bulunduran hamil, ciroya bir üçüncü kişinin adını yazarak ciroyu tam ciroya dönüştürebilir. İlgili görüşe göre bu işlem rehin alan hamilin şeklen değişmesi sonucunu doğurur ancak rehnin kapsamı ve rehin ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğun içeriği üzerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez⁹¹. Keza söz konusu imkân rehin hakkının tedavülünü kolaylaştırıcı bir işlev görmektedir⁹². TTK m. 710/3 uyarınca emre yazılı senedin ödeme için ibrazında senet hamilinin düzgün ciro zinciri uyarınca yetkili hamil olarak görünmesi yeterli olup ayrıca maddi hukuk bakımından hak sahibi olması aranmaz⁹³. Bu çerçevede şeklen (meşru) hak sahibi olarak görünen hamilin maddi hukuk bakımından hak sahibi olmadığını ileri süren kişi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Diğer yandan bilindiği üzere beyaz ciro, ciro şerhinde aksine bir kayıt bulunmadığı takdirde karine olarak temlik cirosu hükmündedir⁹⁴. Nitekim öğretide aleni rehin cirosunun beyaz olarak tatbik edilemeyeceğini ileri süren görüş TMK m. 956/2 uyarınca rehin cirosunun beyaz ciro biçiminde tatbikini kabul etmektedir⁹⁵. TMK m. 956/2 kapsamında yapılan ciroda rehni ifade eden bir ibarenin ciroda bulunması zorunlu değildir. Bu biçimde tatbik edilen rehin cirosu, dış görünüş itibarıyla temlik cirosu niteliğindedir ancak taraflar arasında maddi hukuk bakımından bir rehin ilişkisi kurulmuştur. Bu çerçevede tarafların iç ilişkide rehin (veya tahsil) cirosunun söz konusu olduğunu ileri sürmeleri hâlinde bu iddianın sahibi tarafından yazılı delille ispat edilmesi gerekir⁹⁶. Diğer yandan rehin kaydına yer verilen bir beyaz ciroda, bu cironun temlik cirosu olarak nite-

⁹¹ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 283a.

⁹² Poroy ve Tekinalp (n 6) N 283a.

⁹³ Kendigelen ve Kırca (n 9) N 528; Bozer ve Göle (n 3) 36.

⁹⁴ Yargıtay 11 HD, 5528/7868, 07.11.2024; Yargıtay 11 HD, E 2022/5504 K 2024/1757, 05.03.2024; Yargıtay 11 HD, 2743/3734, 18.03.2015; Yargıtay 11 HD, 1062/2176, 18.02.2015; Yargıtay 11 HD, E 2014/17920 K 2015/897, 22.01.2015.

⁹⁵ Öztan (n 12) 631-632; Kınacıoğlu (n 33) 15; Doğrusöz Koşut (n 33) 641.

⁹⁶ “İspat yükü kendisine düşen davacı, dava dilekçesinde ve yargılama aşamasında davaya konu çekin, lehtar dava dışı tarafından kullanılan krediye teminat olarak davalı bankaya verildiğini ileri sürmüş, iddiasını ispat etmek için de davalı banka kayıtlarına dayanmıştır. Bu durumda mahkemece davalı banka kayıtları incelenerek, davaya konu çekin davalı bankaya teminat olarak verilmiş olduğunun banka kayıtlarından anlaşılması durumunda, çekin gizli rehin ciro-su ile davalı bankanın elinde bulunduğu ve davalı bankanın davaya konu çekin yetkili hamili olamayacağı gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, davalı banka kayıtları üzerinde inceleme yapılmaksızın davanın reddi hatalıdır.” Yargıtay 11 HD, E 2016/5207, K 2017/7266, 14.12.2017.

lendirilmesi yahut geçersiz sayılması taraf iradeleriyle bağdaşmayacaktır⁹⁷. Zira bu durumda ciro her ne kadar şeklen beyaz ciro görünümünde olsa da içerdiği kayıt itibarıyla rehin amacını açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla görünüşte temlik cirosu niteliği taşıyan bir beyaz cironun taraflar arasındaki sözleşmeye dayanılarak rehin cirosu hükmünde kabul edilmesi mümkünken⁹⁸ rehin kaydını içeren beyaz cironun geçersiz olduğunun ileri sürülmesi isabetli değildir.

Aleni rehin cirosunun beyaz ciro biçiminde tanzim edilebilmesi vekâlet ilişkisi bakımından da temellendirilmektedir. TTK m. 689/1 hükmünde rehin hakkını haiz hamilin yapacağı cironun ancak tahsil cirosu hükmünde olacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple rehin cirosunun tam ciroyla yapılması gerektiğini ileri süren görüş vekâleten devralınan bir senedin hamiline olarak elden ele dolaşmasını vekâlet ilişkisine aykırı görmektedir⁹⁹. Tahsil cirosunda taraflar arasında dış ilişki bakımından TTK m. 688 hükmü esas alınırken iç ilişkide prensip olarak vekâlet ilişkisi söz konusu olmaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle vekil hamil ile ciranta arasındaki iç ilişkiyle vekil hamilin üçüncü kişilerle olan ilişkisi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın vekâlet sözleşmesini düzenleyen hükümleri olan 502 ila 514. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁰¹. TBK m. 502/1 uyarınca: “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Vekâlet ilişkisi taraflar arasında kurulan özel bir güven ilişkisine dayanır¹⁰². Bu nedenle vekilin kendisine verilen işi kural olarak şahsen ifa etmesi ve işlemleri bizzat gerçekleştirmesi gerekir (TBK m. 506/1). Bununla birlikte kanun koyucu belirli şartlar altında vekilin, vekâlet konusu işi üçüncü bir kişiye gördürebilmesine de istisnai olarak izin vermiştir. Bu hâllerde ikame vekâlet veya alt vekâlet söz konusu olur¹⁰³.

⁹⁷ Özel (n 86) 90; Yıldırım (n 37) 231-232.

⁹⁸ İç ilişkide rehin cirosunun varlığı kesin delillerle ispatlanabilir. Bu durumda görünüşte temlik cirosu niteliği taşıyan ancak gerçekte rehin amacıyla yapılan cironun hüküm ve sonuçları yalnızca rehin sözleşmesinin tarafları arasında ileri sürülebilecek olup iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır.

⁹⁹ Kubilay (n 25) 505; Öztan (n 12) 576; Alışkan (n 77) 174-175.

¹⁰⁰ Karayalçın (n 63) 151; Yılmaz (n 24) 303; Hacıömeroğlu (n 30) 118; Gencer (n 73) 183-184; Yıldırım (n 37) 232; Yargıtay 11 HD, 2603/3139, 09.04.1990.

¹⁰¹ Yıldırım (n 37) 233, 238.

¹⁰² Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (13. Baskı, Legem Yayınevi 2025) N 2491; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (18. Baskı, Yetkin 2025) 568.

¹⁰³ Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2492; Aral ve Ayrancı (n 102) 570.

Doğrudan doğruya temsil yetkisine sahip olan vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmek üzere, vekâlet verenin ad ve hesabına bir başka kişiyle kurduğu ilişki kapsamında görevlendirilen kişi “ikame vekil” olarak adlandırılır¹⁰⁴. Buna karşılık vekilin, kendi adına ve hesabına, sözleşmeden doğan borçlarını ifa ettirmek amacıyla bağımsız bir üçüncü kişiyle kurduğu hukuki ilişki ise “alt vekâlet” olarak nitelendirilir¹⁰⁵. Asıl vekil, alt vekâlet sözleşmesini vekâlet veren adına değil, kendi adına ancak vekâlet veren hesabına yapar¹⁰⁶. Bu bağlamda rehin alan hamil tarafından gerçekleştirilen ve tahsil cirosu hükmünde olan bir ciroyla senedi devralan kişi “asıl vekil” konumuna gelir. Bu kişinin senedi yeni bir ciro ile üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde ise, asıl vekil ile üçüncü kişi arasında bir alt vekâlet ilişkisi kurulmuş olur¹⁰⁷. Diğer bir ifadeyle rehin hakkı sahibi hamilce yapılan ve tahsil cirosu hükmünde olan ciroyla senedi devralan hamil asıl vekil sıfatını haizdir. Bu kişi senedi yeni bir ciro ile yahut ciro etmeksizin yalnızca zilyetliğin devri suretiyle üçüncü bir kişiye devrederse, senedi devralan üçüncü kişi alt vekil konumuna gelir¹⁰⁸. Bu itibarla senedin her devrinde asıl vekâlet ilişkisinden bütünüyle bağımsız, yeni bir alt vekâlet ilişkisi doğar¹⁰⁹. Rehin şerhli beyaz ciro ile devralınan senedin üçüncü kişilere devredilmesi ve senedin fiilen hamiline yazılı senetler gibi tedavül etmesi, taraflar arasında alt vekâlet ilişkisinin kurulması sonucunu doğurur. Bu ilişki, asıl vekâlet ilişkisinden bağımsız, yeni bir alt vekâlet sözleşmesi niteliğindedir¹¹⁰. Bu durumda alt vekâlet ilişkisinin caiz olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir¹¹¹.

¹⁰⁴ Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2492; Aral ve Ayrancı (n 102) 570.

¹⁰⁵ Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2493; Aral ve Ayrancı (n 102) 570.

¹⁰⁶ Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2493.

¹⁰⁷ Yıldırım (n 85) 5723.

¹⁰⁸ Alt vekâlet sözleşmesi ile vekillik sıfatı devredilmez, yalnızca vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan iş görme ediminin ifası üçüncü kişiye bırakılır. Bu nedenle asıl vekilin müvekkile karşı yükümlülüklerinde bir değişiklik meydana gelmez. Bununla birlikte vekilin işi başkasına gördürmeye yetkili olduğu hâllerde vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğunun kapsamı sınırlanır [Şebnem Akipek, *Alt Vekâlet* (Yetkin 2003) 162-163].

¹⁰⁹ TBK m. 507 uyarınca vekâlet veren, alt vekâlet sözleşmesinin tarafı olmayıp alt vekil bakımından üçüncü kişi konumundadır. Diğer bir ifadeyle vekâlet veren ile alt vekil arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte TBK m. 507/3 hükmü uyarınca vekâlet veren vekile karşı sahip olduğu tüm hakları doğrudan alt vekile karşı da ileri sürebilir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, vekâlet verene alt vekile karşı tek taraflı ve kanundan doğan bir talep hakkı tanımıştır [Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2503].

¹¹⁰ Alt vekil, TBK m. 116’da anlamında olağan bir yardımcı kişi olarak nitelendirilemez. Zira alt vekil, vekilin üstlendiği edimin ifasında ona yardımcı olan bir kişi konumunda olmayıp kendi sorumluluğu altında bağımsız şekilde hareket eder [Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2494].

¹¹¹ Vekilin işi başkasına gördürme yetkisinin bulunup bulunmamasına göre alt vekâlet sözleşmesi caiz olan ve caiz olmayan şeklinde ikiye ayrılmaktadır. TBK m. 506/1’de belirtilen üç istisnai

TBK m. 506 uyarınca üç halde vekâletten doğan borcun alt vekile bırakılabilmesi mümkündür. Anılan hükme göre vekilin işi başkasına gördürebilmesi, vekâlet verenin başlangıçta veya sonradan verdiği açık ya da örtülü rızaya¹¹² yahut işin niteliğinin ya da teamülün bunu mümkün kılmasına bağlıdır. Aleni rehin cirousunun beyaz ciro şeklinde yapılması hâlinde, senedi devreden cirantanın bu yönde zımnî bir yetki verdiğinin kabulü gerekir¹¹³. Zira beyaz rehin ciro su ile devredilen senedin, hamiline yazılı senetlere benzer şekilde elden ele dolaşabilmesi, işin doğası gereği bu ihtimalin en baştan öngörülmesini zorunlu kılar. Bu nedenle cirantanın söz konusu duruma örtülü olarak rıza gösterdiği sonucuna varılmalıdır¹¹⁴. Sonuç olarak, bu hâlde caiz bir alt vekâlet ilişkisi kurulmakta¹¹⁵, alt vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunu ifa etmesiyle de vekâlet ilişkisinin gereği yerine getirilmiş olmaktadır¹¹⁶. Bu itibarla, aleni rehin cirousunun beyaz ciro şeklinde yapılmasının vekâlet hükümleri bakımından hukuki bir sakınca doğurmadığı ortaya konulmaktadır¹¹⁷.

Beyaz rehin cirousunun ardından TTK m. 684/2-c uyarınca senedin sadece zilyetliğin devri suretiyle devredilebilmesi imkânının da beyaz rehin cirousunun tanzimine engel teşkil etmediği öğretide ifade edilmektedir¹¹⁸. Bu durumda,

durumdan birisinin varlığında vekilin işi başkasına gördürmesi halinde caiz olan alt vekâlet sözleşmesi söz konusu olur [Akipek (n 108) 118; Atiye Bostancıoğlu Uygur, 'Alt Vekâlet Sözleşmesinde Müvekkil-Alt Vekil İlişkisi' iç Derya Ateş Kahraman ve Alper Bulur (edr), *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta Yayınları 2008) 635, 639].

¹¹² Vekâlet veren, bu yetkiyi sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmeye eklenecek bir hükümle verebileceği gibi sonradan tek taraflı bir irade beyanıyla da tanıyabilir. Yetkinin sonradan verilmesi hâlinde kurucu yenilik doğuran bir hak söz konusu olur. Bu kapsamda yetkiyi içeren irade beyanı vekilin hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğurur. Söz konusu irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü şekilde de ortaya konulabilir [Eren ve Yücer Aktürk (n 102) N 2495].

¹¹³ Özel (n 86) 90; Yıldırım (n 85) 5725; Yıldırım (n 37) 239.

¹¹⁴ Erdem (n 4) 128; Özel (n 86) 90.

¹¹⁵ Alt vekâlet sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bu nedenle tarafların, senet üzerinde herhangi bir işlem yapmaksızın veya haricen yazılı bir sözleşme akdetmeksizin sözlü olarak açık ya da zımnî şekilde anlaşmalarıyla birlikte alt vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur [Akipek (n 108) 117].

¹¹⁶ Vekilin işi başkasına gördürme hususunda yetkili kılınmış olması halinde caiz olan bir alt vekâlet sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Bu durumda TBK m. 507/2 hükmü uyarınca vekil sadece bu yetkisini kullanırken ve alt vekile talimat verirken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür [Aral ve Ayrancı (n 102) 571].

¹¹⁷ Yıldırım (n 37) 239; Yıldırım (n 85) 5725.

¹¹⁸ Yıldırım (n 37) 242; Yıldırım (n 85) 5728.

rehin cirosunun cirantası ile hamil arasında bir rehin sözleşmesi mevcut olup tahsil cirosundan farklı olarak hamil cirantanın vekili konumunda değildir. TTK m. 689/1'in açık hükmünde belirtildiği üzere rehin cirosuyla senede hamil olan kişinin yaptığı ciro tahsil cirosu hükmünde kabul edilir¹¹⁹. Başka bir ifadeyle rehin cirosunu takip eden ilk ciro tahsil cirosu sayılmakta ve ancak bu ciro ile taraflar arasında bir vekâlet ilişkisi kurulmaktadır. Vekâlet ilişkisinin kurulmasından sonra senedi devralan kişiler arasında ise alt vekâlet ilişkisi doğacaktır. Buna karşılık, senedi rehin cirosu ile elinde bulunduran hamil kendi adına hareket etmektedir. Son cironun beyaz rehin cirosu olması hâlinde, TTK m. 684/2 hükmünün tanıdığı imkân sayesinde senet, adeta hamiline yazılı bir senet gibi yalnızca zilyetliğin devriyle tedavül edebilecektir. Ancak senedi beyaz rehin cirosuyla devralan hamilin senedi yalnızca zilyetliğin geçirilmesi ile devretmesinde de bir sakınca yoktur. Önemli olan hamilin şeklen meşru hak sahibi olarak görünmesidir. Düzgün ciro zincirine dayalı olarak senedi elinde bulunduran kişi, şeklen hak sahipliği karinesinden yararlanır. Zira TTK m. 686 uyarınca, şeklen hak sahibi olarak görünen kişinin maddi hukuk anlamında da hak sahibi olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Yine bu karinenin bir sonucu olarak son cironun beyaz ciro olması hâlinde, senedi elinde bulunduran kişi beyaz ciro ile senedi iktisap etmiş sayılır¹²⁰.

Şeklen hak sahipliği karinesi adi kanuni karine¹²¹ niteliğinde olup hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşılan hamilin maddi hukuk bakımından hak sahibi olmadığı yönünde bir iddianın ileri sürülmesi hâlinde, bu iddiayı ispat yükü borçluya aittir. Senedi beyaz ciroyla elinde bulunduran hamilin ciro nede-nini ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹²².

Poliçe ve bononun beyaz ciro şeklindeki aleni rehin cirosu ile rehnedilemeyeceğini kabul eden görüş, senedin hamiline yazılı senet gibi tedavül etme riski bulunduğu gerekçesiyle ciranta ve senet borçlularının menfaatleri üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır. Oysa kambiyo senetlerinin devrinde geçerli

¹¹⁹ Pelin Tokcan ve H. Onur Akay, 'Tahsil Cirosunu Takip Eden Cironun Hukuki Anlam ve Akıbeti' iç M. Tufan Öğüz ve M. Serkan Ergüne (edr), *Arş. Gör. Fatih Duran'ın Anısına Armağan* (Filiz Kitabevi 2025) 807, 811.

¹²⁰ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 200.

¹²¹ Fatma Tülay Karakas, 'Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar' (2013) 62 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 729,736.

¹²² Yargıtay 11 HD, 128/2308, 10.04.2025; Yargıtay 11 HD, E 2023/1041 K 2024/2945, 17.04.2024.

olan şeklen hak sahipliği karanesi, tedavül kabiliyetinin bir sonucu olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasına hizmet etmektedir¹²³. Bu nedenle ciroya ilişkin düzenlemelerin bir bütün hâlinde ve sistematik şekilde yorumlanması gerekir. İspat hukukuna ilişkin bir meselenin rehin hakkının kurucu unsuru hâline getirilmesi ise isabetli değildir¹²⁴.

Öğretide ayrıca beyaz rehin cirousunun üçüncü bir kişi adına doldurularak tam ciroya dönüştürülmesinin, rehin sözleşmesinin içeriğini ve rehinden doğan sorumluluğun kapsamını değiştirmeyeceği; aksine rehnin tedavülünü kolaylaştıracığı da ifade edilmektedir¹²⁵.

C. Görüşümüz

Konuya ilişkin olarak en başta belirtmek gerekir ki kanaatimizce aleni rehin cirousunun beyaz ciro şeklinde tanzimi mümkündür. Bu sonuca ulaşmamızın ilk gerekçesi, kanun koyucunun pozitif düzenlemelerde rehin cirousunun mutlaka tam ciro şeklinde yapılması gerektiğine dair açık bir hükme yer vermemiş olmasıdır. Nitekim TTK m. 689/1 hükmü, aleni rehin cirousunda rehin hakkını haiz hamilin adının veya ticaret unvanının ciroya yazılmasını zorunlu kılmamaktadır. Buna ek olarak TTK m. 683/2 hükmü de senedin devredildiği kişinin adının veya ticaret unvanının ciroda gösterilmesini zorunlu tutmamaktadır. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde rehin cirousunun mutlaka tam ciro şeklinde yapılmasının gerekli olmadığı ve beyaz ciro şeklinde tanziminin de mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca aleni rehin cirousunun şekli bakımından kurucu unsuru, TTK m. 689/1’de de ifade edildiği üzere rehnetmeyi belirten bir ifadenin ciroda bulunmasıdır. Rehin alanın isminin veya ticaret unvanının da ciroda yer almasını zorunlu görmek TTK’nın rehnin kurulması için öngörmediği bir unsuru kurucu unsur hâline getirme anlamına gelir ki bu ancak açık bir kanuni düzenleme ile yapılabilir¹²⁶.

Üçüncü gerekçe olarak belirtmek gerekir ki aleni rehin cirousunun beyaz ciro ile yapılamayacağını ileri süren görüşün dayandığı, rehin cirousunda senedin

¹²³ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 38a; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 81.

¹²⁴ Güler (n 1) 162.

¹²⁵ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 283a.

¹²⁶ Güler (n 1) 163.

rehin amacıyla verildiğinin ciro beyanında açıkça belirtilmesi gerektiği ve bu nedenle beyaz cironun açık rehin cirosu bakımından yeterli olmayacağı yönündeki düşünce kanaatimizce şekli bir yaklaşım¹²⁷ olup aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanzim edilemeyeceği sonucunu destekler nitelikte değildir¹²⁸. Zira beyaz ciro, yukarıda da ifade edildiği üzere, beyaz cironun yapılma usullerinden ikinci ve üçüncü yöntem kapsamında, rehin iradesini ortaya koyan bir ibare ve cirantanın imzasından oluşabilecek niteliktedir¹²⁹.

Dördüncü olarak belirtmek gerekir ki senedi rehin cirosuyla devreden cira, kural olarak senedin maliki olmaya devam ederken hamil, senette mündemiç hak üzerinde rehin hakkı kazanır. Bu nedenle rehin hakkı sahibi hamilin yetkisi sınırlı aynî hak niteliğindeki rehin hakkının tanıdığı yetkilerle sınırlıdır. Bu çerçevede hamilin senedi temlik veya rehin cirosu yoluyla üçüncü bir kişiye devretme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK m. 684/2 hükmü uyarınca beyaz cironun hamile tanımış olduğu imkânlar sayesinde hamilin, yetkisini aşmak suretiyle senedi başka bir kişiye devredebileceği durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, her ne kadar maddi hukuk bakımından rehin hakkı sahibi değişmemiş olsa da şeklen hak sahibi değişmiş görünmektedir. Ancak rehin alacaklısının şeklen değişmesi rehnin içeriğini veya rehin ilişkisinden doğan sorumluluğun kapsamını etkilememektedir. Şekli hak sahipliği karinesinin düzenlendiği TTK m. 686/1 uyarınca müteselsil ve birbirine bağlı cirolarla senedi elinde bulunduran kişi hak sahibi sayılır¹³⁰. Aynı şekilde, son cironun beyaz ciro olması hâlinde de hamilin senedi beyaz ciro ile iktisap ettiği kabul edilir. Kambyo senetlerinin devrinde geçerli olan şekli hak sahipliği karinesi, kıymetli evrakın tedavül yeteneğinin bir neticesi olarak üçüncü kişilerin korunmasını sağlamaktadır¹³¹. Bu nedenle ciroya ilişkin düzenlemelerin bütüncül bir biçimde yorumlanması gerekir¹³². Bu kapsamda borçlu, şekli olarak hak sahibi gibi görünen ancak maddi anlamda hak sahibi olmayan ve dolayısıyla senet bedelini tahsile yetkisi olmayan hamile karşı söz konusu hali ispat etmesi durumunda ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Dolayısıyla buradaki esas mesele ispat hukukuna ilişkindir.

¹²⁷ Aynı yönde bkz. Gencer (n 73) 199.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. Güler (n 1) 156-157.

¹²⁹ Bu konuda bkz. yukarıda II.

¹³⁰ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer-Ertan (n 1) 30; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 16) 93.

¹³¹ Kendigelen ve Kırca (n 9) N 112.

¹³² Güler (n 1) 163.

Diğer yandan TMK m. 956/2 uyarınca senet üzerinde yer alacak ciroda rehni ifade eden bir ibarenin ve rehin hakkı sahibinin kim olduğunun ciroya yazılması gerekli değildir. Emre yazılı senedin ciro edilmesi ve zilyetliğinin rehin hakkı sahibine geçirilmesi yeterlidir. Dolayısıyla söz konusu ciro dış görünüş itibarıyla temlik cirosu niteliğindedir. Bununla birlikte taraflar arasında bir rehin ilişkisi söz konusudur ve bu yönüyle de TTK m. 689 uyarınca kurulan rehinle maddi hukuk anlamında eşdeğer bir işleve sahiptir. Kanaatimizce taraf iradesinin gizlendiği bir işlemin geçerli kabul edildiği bir durumda iradenin açıkça ortaya konulduğu rehin işleminin geçersiz sayılması isabetli olmayacaktır. Ayrıca aleni rehin cirosunda beyaz ciroya karşı olan görüş tarafından ileri sürülen risklerin (senedin hamiline yazılı senet gibi tedavül etmesi ve şahsi def'ilerin ileri sürülmesindeki güçlükler gibi) TMK m. 956/2 bağlamında da geçerli olduğu ortadadır¹³³. Bu bakımdan da karşıt görüşün haklı olmadığı görülmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki TTK m. 689/1 kapsamında aleni rehin cirosu ile senedi devralan hamilin ancak tahsil cirosu yapabileceği ve bu nedenle aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanziminin vekâlet ilişkisini zedeleyeceği yönündeki eleştiriler isabetli değildir. Gerçekten de senette mündemiç hakkın teminat gösterilmesi maksadıyla yapılan rehin cirosunda tedavül amacı bulunmamaktadır. Bu nedenle rehin hakkı sahibi hamilin, senedi devretmek istemesi hâlinde tahsil cirosu yapabileceği kanunen kabul edilmiştir (TTK m. 689/1). Nitekim tahsil cirosunda da senedin tedavülü amaçlanmamakta hamile yalnızca tahsil yetkisi tanınmaktadır. Bunun temelinde rehin cirosunda olduğu gibi tahsil cirosunda da senedin mülkiyetinin devredende kalması yatmaktadır. Rehin hakkı sahibi hamil tarafından senedin bir başkasına ciro edilmesi hâlinde bu ciro tahsil cirosu hükmünde kabul edilir. Bu ciro ile senedi devralan hamil “asıl vekil” sıfatını kazanır. Bu kişinin senedi yeni bir ciro ile üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde ise asıl vekil ile üçüncü kişi arasında bir alt vekâlet ilişkisi kurulur. Bu ilişki TBK m. 506 anlamında caiz olan alt vekâlet ilişkisi kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılması hâlinde cirantanın bu yetkiyi zimnen tanıdığının kabulü gerekir. Zira beyaz rehin cirosu ile devredilen senedin, hamiline yazılı senetlerde olduğu gibi elden ele dolaşabilme kabiliyeti bulunmakta olup bu hususun işin niteliği gereği rehnedir ciranta tarafından öngörüldüğü kabul edilmelidir. Nitekim senedi bu şekilde devralan hamilin senedi üçüncü bir kişiye elden devretmesi durumunda, rehin sözleşmesinin içeriği ile rehinden doğan sorumluluğun kapsamında her-

¹³³ Aynı yönde bkz. Güler (n 1) 164.

hangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. Bu itibarla, rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde düzenlenmesinin vekâlet ve rehin ilişkilerinin mahiyetiyle bağdaşmadığı yönündeki eleştirilerin isabetli olmadığı sonucuna ulaşmaktayız.

Sonuç

Kanun koyucu TTK m. 689 hükmünde aleni rehin cirosunu düzenlemiştir. Rehin cirosunun amacı senedin mülkiyetinin devri olmayıp senedin içerdiği hak üzerinde bir rehin hakkı tesis etmektir. Bununla birlikte senet üzerinde rehin hakkı kurulması gizli rehin cirosu veya teminat amaçlı temlik cirosu yoluyla da mümkün olabilmektedir. Nitekim uygulamada senedin gizli rehin cirosu veya teminat amacıyla temlik cirosu ile devredilmesi suretiyle rehin hakkı kurulmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Gizli rehin cirosu veya teminat amaçlı temlik cirosunun tam ya da beyaz ciro şeklinde yapılabileceği hususunda öğretide herhangi bir tereddüt bulunmadığından bu konuda bir tartışma da mevcut değildir. Buna karşılık, aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanzim edilip edilemeyeceği meselesi öğretide tartışmalı niteliğini korumaktadır.

Kanaatimizce aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanzim edilmesinde hukuki bir sakınca bulunmamaktadır. Şüphesiz söz konusu cironun tam ciro şeklinde yapılması, rehin hakkı sahibinin senet üzerinden açıkça tespit edilebilmesini ve varsa kendisine karşı ileri sürülebilecek şahsi def'ilerin belirlenmesini kolaylaştırır. Ancak bu pratik fayda aleni rehin cirosunun geçerliliği bakımından tam ciroyu zorunlu kılan bir unsur olarak değerlendirilemez. Nitekim emre yazılı kambyo senetlerinde müteselsil ve birbirine bağlı bir ciro zincirine dayanarak senedi elinde bulunduran kişi, şeklen hak sahibi kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle şekli hak sahipliği ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte, hamilin senedi iktisap ederken bile bile borçlu zararına hareket etmesi hâlinde, borçlunun şahsi def'ilerini üçüncü kişi hamile karşı ileri sürme hakkı saklıdır (TTK m. 689/2). Bu yönüyle mesele esasen ispat hukukuna ilişkin olup rehin hakkının kurulması bakımından kurucu bir unsur olarak değerlendirilmemelidir.

Pozitif hukukumuzda rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilakis genel hükümler çerçevesinde TMK m. 956/2 uyarınca, rehni belirten bir ibarenin ciroya eklenmesine gerek olmaksızın senedin içerdiği hak üzerinde rehin hakkının tesis edilebileceği kabul edilmiştir. Bu husus da aleni rehin cirosunun beyaz ciro şeklinde tanziminin mümkün olduğu yönündeki kanaatimizi desteklemektedir.

Ayrıca senedi aleni rehin cirosu ile devralan hamilin, senedi ciro etmeksizin yalnızca zilyetliğin devri suretiyle bir üçüncü kişiye devretmesi hâlinde rehin alacaklısı şeklen değişmekte ise de rehin sözleşmesinin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir.

Diğer yandan konu vekâlet ilişkisini düzenleyen hükümler çerçevesinde ele alındığında da herhangi bir sakınca ortaya çıkmadığı görülmektedir. Senedi rehin cirosu ile devralan hamilin, senedi bir ciro ile devretmesi hâlinde, söz konusu ciro TTK m. 689/1 uyarınca tahsil cirosu hükmünde kabul edilir. Bu suretle senedi devreden ciranta ile devralan hamil arasında bir vekâlet ilişkisi kurulmuş olur. Bu noktada vekâleten devralınan senedin, beyaz cironun sağladığı imkân çerçevesinde hamiline yazılı bir senet gibi elden ele devrinin vekâlet sözleşmesine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirildiğinde, TBK m. 506/1 hükmü uyarınca, beyaz rehin cirosu ile senedi devralan hamilin gerçekleştirdiği ilk ciro işlemi sonrasında senedin bir başka kişiye devri hâlinde taraflar arasında caiz olan alt vekâlet ilişkisi kurulacağı anlaşılmaktadır.

Kaynakça

- Akipek Ş, *Alt Vekâlet* (Yetkin 2003).
- Alışkan M, *Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro* (Yaylın Yayıncılık 1998).
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (18. Baskı, Yetkin 2025).
- Arslanlı H, *Ticari Senetler Dersleri* (3. Baskı, Üniversite Kitapevi 1954).
- Baumbach A, Hefermehl W ve Casper M, *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen* (23. Auflage, Verlag C. H. Beck 2008).
- Bostancıoğlu Uygur A, 'Alt Vekâlet Sözleşmesinde Müvekkil-Alt Vekil İlişkisi' iç Derya Ateş Kahraman ve Alper Bulur (edr), *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta Yayınları 2008) 635-648.
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2024).
- Çamoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Çatakoğlu B, 'İleri Tarihli Çekler Bakımından Rehin Ciro (2018) 7 (8) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 769-810.
- Develi E, 'Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciro (2016) 4 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79-102.
- Doğanay İ, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Cilt II (3. Baskı, Feryal Matbaacılık 1990).
- Doğrusöz Koşut H, 'Kambiyo Senetlerinde Beyaz Ciro' (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 629-649.
- Domaniç H, 'Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciro (2016) 4 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79-102.
- *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi-IV* (Eskin Matbaası 1990).
- Er S, 'Çekin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi' (2025) 33 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23-62.
- Erdem N, 'Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Ciro (2021) 6 (1) REGESTA 121-152.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Legem Yayınevi 2024).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (13. Baskı, Legem Yayınevi 2025).
- Gencer AR, *Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı* (Oniki Levha 2020).
- Güler AZ, *Kambiyo Senetlerinin Rehnedilmesi* (Oniki Levha 2024).
- Hacıömeroğlu AO, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro* (Yetkin, 2017).
- Karahan S, Arı Z, Bozgeyik H, Saraç T ve Ünal M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. Baskı, Mimoza 2015).

- Karakas FT, 'Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar' (2013) 62 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 729-760.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Baskı, Sevinç Matbaası 1970).
- —, 'Rehin Cirousunda Rehneden Cirantanın Hukuki Durumu' iç *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1984) 227-262.
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (5. Bası, Oniki Levha 2019).
- Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (9. Bası, Oniki Levha 2025).
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, Nobel Yayıncılık 1999).
- Kırca İ, 'Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroları' iç *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 85-102.
- Kubilay H, 'Kambiyo Senetlerinin Rehni' (1988) 3 (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı) 497-513.
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (26. Bası, Filiz Kitabevi 2024).
- Özel B, 'Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirousu' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2012).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (27. Baskı, Yetkin 2024).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitabevi 1997).
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (22. Bası, Vedat Kitapçılık 2018).
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku* (2011).
- Sirmen AL, *Alacak Rehni* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990).
- — *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Legem Yayınevi 2025).
- Şimşek E, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler* (Yonca Matbaası 1982).
- Tokcan P ve Akay HO, 'Tahsil Cirosunu Takip Eden Cironun Hukuki Anlam ve Akıbeti' iç M. Tufan Öğüz ve M. Serkan Ergüne (edr), *Araş. Gör. Fatih Duran'ın Anısına Armağan* (Filiz Kitabevi 2025) 807-829.
- Uçar Bulut GC, 'Çekte Rehin Cirousu Bağlamında Gündeme Gelen Sorunlar' iç Saadet Yüksel ve Abuzer Kendigelen (edr), *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan* (Oniki Levha 2019) 943-968.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer-Ertan NF, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Yıldırım H, 'Beyaz Rehin Cirousu' (2018) 16 (192) Legal Hukuk Dergisi 5687-5739.
- — *Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirousu* (Seçkin 2023).
- Yılmaz A, 'Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirousu ve Rehin Cirousunun Teminat İşlemi' (2011) 10 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-308.

Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidieti Meselesi ve Kanun Koyucunun Konuya İlişkin Yaklaşımı^(*)

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat ÇELİK^(***)

Öz

Yargılama gideri olan vekâlet ücretine, davasını bir avukat aracılığıyla takip edip bu davada haklı çıkan taraf lehine, avukatı ile aralarındaki sözleşmeyle kararlaştırdıkları vekâlet ücretinden bağımsız olarak, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hükmedilir. Bu konuda söz konusu vekâlet ücretinin aidietiyle ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 330 ve Avukatlık Kanunu (Av. K) m. 164/f. 5 hükümleri ile dava şartı arabuluculukla ilgili Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 18/A, f. 11 ve İş Mahkemeleri Kanunu (İşM. K) m. 3/f. 12 hükümleri incelenmelidir. HMK m. 330 ve Av. K m. 164 ile ilgili olarak bir uyumsuzluk bulunmadığı, Av. K m. 164'ün iç ilişkide geçerli olduğu belirtilse de HUAK m. 18/A, f. 11 ve İşM. K m. 3/f. 12 hükümleri ele

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 30.03.2026.

Atıf Şekli: İbrahim Özbay ve Ferhat Çelik, "Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidieti Meselesi ve Kanun Koyucunun Konuya İlişkin Yaklaşımı" (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1031,1062.

DOI: 10.52273/sduhfd..1904884.

Bu çalışma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından "Mülkiyet ve Hukuk" temalı olarak 7-8-9 Kasım 2025 tarihlerinde gerçekleştirilen 2. Uluslararası Hukuk Kongresinde sunulan "Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidieti Meselesi ve Konuyla İlgili Kanun Koyucunun Çelişkili Tutumu" başlıklı özet bildirinin genişletilerek makaleye dönüştürülmüş hâlidir.

^(**) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Tokat-Türkiye.

E-posta: ibrahim.ozbay@gop.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-3820-6501.

^(***) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Tokat-Türkiye.

E-posta: dr.ferhat.celik@gmail.com.

Orcid: 0000-0001-5840-6562.

alındığında, yargılama gideri olan vekâlet ücretinin kime ait olduğu konusunda bir tereddütün bulunduğu açıktır.

Anahtar Kelimeler

Kanun Koyucu, Yargılama Gideri, Avukatlık, Vekâlet Ücreti, Mülkiyet Hakkı.

The Issue of the Ownership of Attorney's Fees as Litigation Costs and the Legislator's Approach to the Matter

Abstract

The attorney's fee considered as litigation costs is awarded in favor of the party who prevails in the case, which they pursued through an attorney, independently of the attorney's fee agreed upon in the contract between them, in accordance with the Minimum Attorney Fee Tariff. Regarding the ownership of the attorney's fee in question, the provisions of the Code of Civil Procedure (CCP) Art. 330 and the Attorneyship Law (AL) Art. 164/5, as well as the provisions of the Law on Mediation in Civil Disputes (CDML) Art. 18/A, 11 and Labour Courts Law (LCL) Art. 3/12 regarding mediation as a case condition, should be examined. Although it is stated that there is no inconsistency between CCP Art. 330 and AL Art. 164, and that AL Art. 164 applies to the internal relationship between the attorney and the client, when the provisions of CDML Art. 18/A, 11 and LCL Art. 3/12 are considered, it is clear that there is uncertainty regarding the ownership of the attorney's fee, which constitutes a litigation cost.

Keywords

Legislator, Litigation Costs, Attorneyship, Attorney Fee, Property Right.

Extended Summary

The attorney's fee is briefly defined in the Attorneyship Law (AL) as "the amount or value corresponding to the attorney's legal assistance" (AL Art. 164/1). Regarding attorney's fees, our law makes a twofold distinction: 1) The fee agreed upon between the client and the attorney, 2) The fee received from the opposing party as litigation costs. Litigation costs are the expenses incurred for any work or service required for the proper conduct of judicial proceedings. One of these expenses is the attorney's fee to be determined in accordance with the law in cases conducted through an attorney.

The attorney's fee considered as litigation costs is awarded in favor of the party who prevails in the case, which they pursued through an attorney, independently of the attorney fee agreed upon in the contract between them, in accordance with the Minimum Attorney Fee Tariff. As with other litigation costs, the party against whom the judgment is rendered is generally held partially or completely liable for the attorney's fee, which constitutes a litigation cost. However, there are different regulations in the laws regarding the ownership of this fee. On this matter, the Code of Civil Procedure (CCP) Art. 330 states that *"In cases pursued by an attorney, the attorney's fee to be determined by the court in accordance with the law shall be awarded in favor of the party."* In contrast, according to Attorneyship Law Art. 164/5, *"At the end of the case, the attorney's fee to be charged to the opposing party based on the court's decision and the fee tariff shall belong to the attorney. This fee cannot be set-off, offset, or attached for the client's debt."* Accordingly, although this fee is awarded in favor of one party and against the other within the framework of CCP Art. 330, AL Art. 164/5 states that the attorney's fee belongs to the attorney, and therefore, it cannot be subject to set-off or attachment due to the client's debt.

Considering both provisions, it can be said that there is uncertainty regarding the ownership of the attorney's fee. However, in the legal justification of CCP Art. 330, in judicial decisions and in the legal doctrine, it is stated that the provision in AL Art. 164 applies to the internal relationship between the client and the attorney and does not prevent the decision from being made in favor of or against the parties. However, it is also argued in legal doctrine that there is a contradiction here, that the current situation (AL Art. 164/5) is not equitable, and that the fee in question should belong to the party. This issue is also frequently discussed in judicial decisions.

Other provisions that should be addressed in this paper is the Law on Mediation in Civil Disputes (CDML) Art. 18/A, 11 and Labour Courts Law (LCL) Art. 3/12 regarding mediation as a case condition. According to the provisions, *"If the mediation process is terminated because one of the parties fails to attend the initial meeting without a valid excuse, the non-attending party will be duly noted in the final record and will be held liable for half of the litigation costs that the other party is obligated to pay, even if the non-attending party partially or completely prevails in the case. Furthermore, half of the attorney's fee determined in accordance with the Minimum Attorney Fee Tariff will be awarded in favor of that party..."*. Before these provisions were amended by Law No. 7531 dated 07.11.2024, the relevant party was held liable for the entire litigation costs even if the party prevailed in the case, and no attorney's fee was awarded in the party's favor.

The provisions discussed above reveal the contradictory stance of the legislator on the matter. That is to say, although it is stated that there is no inconsistency with regard to CCP Art. 330 and AL Art. 164, and that AL Art. 164 applies to the internal relationship between the attorney and the client, when considering the provisions of CDML Art. 18/A, 11 and LCL Art. 3/12, certain questions arise: *“If the attorney’s fee, which is a litigation cost, belongs to the attorney, why is the attorney deprived of half of this fee as a result of the party’s failure to attend the initial mediation meeting without a valid excuse? Doesn’t this situation violate the attorney’s property rights?”* Therefore, when the provisions discussed here are examined, it is clear that there is a contradiction regarding the ownership of the attorney’s fee, which is the litigation cost. Regulations that are consistent with each other and equitable should be established in this regard. In this paper, the issue of ownership of the fee in question will be evaluated within the framework of legal justifications, opinions in the doctrine and judicial decisions, and opinions and suggestions on the subject will be discussed.

Giriş

Yargılama giderleri, yargılamanın gerekli şekilde yürütülmesi amacıyla yapılan bir iş veya hizmetin gerektirdiği giderlerdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹ uyarınca bu giderlerden biri de vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücretidir (m. 323). Burada belirtmek gerekir ki, anılan vekâlet ücreti, bu ücretin bir başka (asıl) türü sayılan ve müvekkil ile avukatı arasında Avukatlık Kanunu'nun (Av. K)² hükümleri çerçevesinde geçerli olan vekâlet (avukatlık) ücretinden farklıdır ve bundan bağımsız olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne (AAÜT)³ göre mahkemece belirlenir.

Yargılama giderlerinden, kural olarak aleyhine hüküm verilen taraf sorumludur (HMK m. 326/f. 1). Dolayısıyla diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi yargılama gideri olan vekâlet ücretinden de aleyhine hüküm verilen taraf kısmen veya tamamen sorumlu tutulur. Yargılama gideri sayılan vekâlet ücretinden kimin sorumlu tutulacağı hususunda çok fazla bir tartışma olmamakla birlikte, bu ücretin kimin lehine olduğu konusunda kanuni düzenlemelerde, doktrinde ve yargı kararlarında tereddütün bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda söz konusu ücretin yargılama sonucunda kısmen veya tamamen haklı bulunan tarafın kendisine mi yoksa onun vekiline (avukatına) mi ait olduğu hususunun özellikle hukukumuzdaki bazı düzenlemeler çerçevesinde ele alınmasında fayda vardır. İşte bu çalışmada öncelikle genel olarak vekâlet (avukatlık) ücreti ve özellikle yargılama gideri olan vekâlet ücreti kavramları kısaca incelenecek; daha sonra yargılama gideri olan vekâlet ücretinin aidiyetiyle ilgili birtakım kanuni düzenlemeler doktrindeki görüşler ve yargı kararlarından da yararlanılarak ele alınacaktır.

I. Vekâlet (Avukatlık) Ücreti

A. Genel Olarak

Avukatlık ücreti, Avukatlık Kanunu'nda kısaca "avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ veya değer" şeklinde tanımlanmıştır (m. 164/f. 1). Yapılan bir başka tanım ise "*Vekillik görevinin ifası nedeniyle alınan ücret; avukatın müvekkilinden alacağı ve davayı veya icra takibini lehe bitirmesi halinde de*

¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

² Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 07.04.1969/13168.

³ Bkz. RG 04.11.2025/33067.

diğer taraftan alınacak olan ücret” şeklindedir⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere iki tür vekâlet (avukatlık) ücreti bulunmaktadır: 1) Müvekkil (iş sahibi) ile vekili (avukatı) arasında kararlaştırılan ücret, 2) Yargılama gideri olarak diğer taraftan alınan ücret (HMK m. 323)⁵.

Müvekkil ile vekili (avukatı) arasında kararlaştırılan ücret, vekilin davada müvekkilini temsil edip onun adına davayı takip etmesinin bir karşılığıdır ve bu ücret Avukatlık Kanunu ve AAÜT hükümleri çerçevesinde sözleşme serbestisi ilkesine göre belirlenir⁶. Sözleşme yapılmamışsa veya yapılan sözleşme Avukatlık Kanunu hükümlerine aykırı ise AAÜT’ye göre ücret hesaplaması yapılır (bkz. Av. K m. 164/f. 2-4)⁷. Buradaki ücret kural olarak (karş. HMK m. 329) sadece müvekkil ile vekili arasında geçerli olup, yargılamanın diğer süjelerini bağlamamaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama gideri olan vekâlet ücretine hükmederken müvekkil ile vekili arasında kararlaştırılan vekâlet ücretinden bağımsız olarak AAÜT’ye göre belirleme yapmaktadır⁸.

⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin 2006), 732. Tanım için ayrıca bkz. Murat Aydın, *Avukatlık Ücreti* (7. Baskı, Seçkin 2020) 60-61; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (13. Bası, On İki Levha 2025) 568; Acun Papakçı, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücreti* (Adalet 2016) 121 vd.

⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Atalay, ‘Yargılama Giderleri ve Adlî Yardım’ in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Cemil Simil ve Efe Direnisa (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. V (16. Bası, On İki Levha 2025) 4215 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 4) 567-571; Murat Serhat Sarısözen, ‘Müvekkille Kararlaştırılan Vekâlet Ücreti ve Dava Gideri Olarak Karşı Tarafa Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Emrediciliği Sorunu’ (2013) 1 (1) FÜHFD 91, 91 vd.; Gözde Kazaz, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yargılama Gideri Olarak Vekâlet Ücreti’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2019) 42-48, 63 vd.; Aydın (n 4) 392-394; Papakçı (n 4) 55-59, 121 vd.

⁶ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (11. Baskı, Yetkin 2025) 796; Atalay, *Pekcanitez Usûl* (n 5) 4216; Kazaz (n 5) 44.

⁷ Mehmet Şimşek, ‘Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu’ (2015) (6) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 535, 537; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 6) 796-798; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, ‘Avukatın Hak ve Yetkileri’ in Ali Cem Budak (ed), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (2. Bası, Filiz 2022) 57-58; Papakçı (n 4) 147-152.

⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 6) 798-799; Atalay, *Pekcanitez Usûl* (n 5) 4219; Sarısözen (n 5) 98; Budak ve Karaaslan, ‘Avukatlık’ (n 7) 58-59; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (8. Bası, Filiz 2024) 367; İbrahim Özbay, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?* (2. Baskı, Seçkin 2013) 401-402; Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri* (4. Bası, Barış Yayınları 2013) 336; Kazaz (n 5) 42-47; Özgür Biyan, ‘Avukatların Karşı Taraf Vekâlet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu’ (2016) (116) TBB Dergisi 247, 249-250; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku* (14. Baskı, Yetkin 2025) 653; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2024) 713.

B. Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücreti

Davasını bir vekil (avukat) aracılığıyla takip eden taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıktığında lehine diğer yargılama giderlerinin yanında ayrıca vekâlet ücretine de hükmedilir (HMK m. 323, 326, 330). Dolayısıyla bu ücret de yargılama giderlerindendir. Bu bakımdan mahkemece, davada haklı çıkan tarafın talebi olmaksızın vekâlet ücretine kendiliğinden hükmedilmesi gerekir (bkz. HMK m. 332/f. 1)⁹. Belirtmek gerekir ki, bir tarafın lehine vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için davanın bütün aşamalarının vekil aracılığıyla takip edilmiş olması şart değildir. Zira AAÜT m. 5/f. 1'e göre, *"Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, bu Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır"*.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yargılama gideri olan vekâlet ücretine, taraf ile avukatı arasında sözleşmeyle kararlaştırılan vekâlet ücretinden bağımsız olarak AAÜT'ye göre hükmedilir¹⁰. Av. K m. 168/f. 3 uyarınca, bu ücretin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hükmün verildiği tarihte yürürlükte olan Tarife dikkate alınır.

II. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk, Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Konusunda Kanuni Düzenlemeler ve Konuyla İlgili Kanun Koyucunun Yaklaşımı

A. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk Bakımından Mukayeseli Hukuktaki Sistemler

1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, yargılama giderlerinden, kural olarak aleyhine hüküm verilen taraf sorumludur. Dolayısıyla diğer yargılama giderlerinde

⁹ Bu konuda ayrıca bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 6) 789 vd.; Papakçı (n 4) 109. Yargılama gideri olan vekâlet ücreti için Yargıtay 3. HD, 15115/363, 16.01.2014 tarihli kararında, *"... Hukuk sistemimizde iki tür vekalet ücreti söz konusudur. Birincisi, müvekkil ile vekil arasında yapılacak bir sözleşme ile (yazılı sözleşme yoksa Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesine göre) belirlenen vekalet ücreti (AK. m. 164/1,2,3,4); ikincisi ise HUMK'un 423/6, (CMUK:322/I-9, 413/son, (CMK:303/I-h, 324); İYUK:31/1) ve Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddelerine göre, vekille takip edilen davalarda mahkemece, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre re'sen takdir edilen vekalet ücretidir... yargılama giderleri arasında bulunan vekalet ücreti diğer giderler gibi mahkemece re'sen hüküm altına alınır. Vekalet ücretinin hüküm altına alınabilmesi için, tarafların talebi aranmaz..."* ifadelerine yer verilmiştir (Lexpera).

¹⁰ Bkz. yuk. I, A.

olduğu gibi yargılama gideri olan vekâlet ücretinden de aleyhine hüküm verilen taraf sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte, dava dolayısıyla ortaya çıkan yargılama giderlerinden (avukatlık ücreti dahil) tarafların nasıl ve hangi kapsamda sorumlu tutulacağı meselesinin esasen bir hukuk politikası tercihi olduğu söylenebilir¹¹. Zira makul sürede yargılanma ve makul yargılama giderleri, sınırlı olan yargısal kaynakların tahsisinde oldukça önemlidir¹². Bu çerçevede, çeşitli hukuk sistemlerinde yargılama giderlerine (avukatlık ücreti dahil) ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Şu hâlde, yargılama giderlerine (dava finansmanına) ilişkin politika belirlemek bakımından her ülkenin kanun koyucusunun takdir yetkisinin mevcut olduğu söylenebilir¹³.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin kimin tarafından ödeneceği bakımından, hukuk sistemleri genellikle iki ana gruba ayrılmaktadır: Kazanan tarafın yargılama giderlerinin kaybeden tarafa yükletildiği sistemler [“İngiliz kuralı” (*costs follow the event*)] ve her bir tarafın kendi yargılama giderlerine katlandığı sistemler (“Amerikan kuralı”)¹⁴. Buna karşılık, aşağıda (bkz. II, A, 4) ayrıca ele alınacağı üzere, üçüncü sistem olarak “avukatlık ücretinin ve yargılama giderlerinin karşı tarafa tahmininde davada haklı çıkma oranına bağlı olarak belirleme yapıldığı” Avrupa kuralından da söz edilebilir.

2. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda, “kaybeden öder, giderler vakiayı takip eder (*the loser pays rule, costs follow the event*)”¹⁵ kuralı söz konusudur. Bu kural, bir davada

¹¹ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Baskı, Nesil Matbaacılık 2000) 765; Cumhuriyet Rüzgaresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi* (Yetkin 2013) 140. Benzer şekilde bkz. Mustafa Göksu, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ile Türk Hukukundaki Gelişmeler ve Tartışmalar Işığında Avukatlık Ücretinin Belirlenmesi Hakkında Bir İnceleme’, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, C. 1 (Yetkin 2014) 928, 971.

¹² Bkz. Lord Woolf, *Acces to Justice Inquiry: Issues Paper* (Multi- Party Actions 1996) 2, 2 (a); ayrıca bkz. Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford- Portland Oregon 2004) 50; İbrahim Özbay, Murat Uyumaz ve Bedriye Tuğçe Balaban, *Anglo-Amerikan Hukukundaki Grup Davaları (Class Actions) Çerçevesinde Türk Hukukunda Topluluk Davaları (HMK m. 113)* (Yetkin 2024) 93.

¹³ İbrahim Özbay ve Sedat Kaya, ‘Adalet Erişim ve Yargılama Giderlerinin Finansmanı Bakımından Hukuki Himaye Sigortasına Bakış’, *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan*, C. III (Filiz 2022) 1805-1807.

¹⁴ Mathias Reimann, ‘Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis’, in Mathias Reimann (ed), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (Springer 2012) 9.

¹⁵ Mustafa Göksu, *Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 165.

kaybeden tarafın karşı tarafın avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini ödemek zorunda olduğuna ilişkin bir sistem olup, kısaca “kaybeden öder” şeklinde bilinmektedir¹⁶. Bununla birlikte İngiliz hukukunda davayı kazanma-kaybetme vakıası bir bütün olarak algılandığından davacı, örneğin, bir tazminat davası açtığında, dava sonunda talep ettiğinden daha düşük bir tazminata hak kazansa bile, davayı kazanmış addedilmekte ve yargılama giderleri de davalı tarafa yükletilmektedir¹⁷.

3. ABD Hukukunda

ABD hukukunda, Amerikan kuralı (*American rules*) diye bilinen kurala göre, yargılama sonucundan bağımsız olarak, kendisini mahkemede avukatla temsil ettiren taraf yalnızca kendi avukatlık ücretini ödemekle yükümlüdür¹⁸. Başka bir ifadeyle, davayı kaybeden taraf, kazanan tarafın yargılama giderlerini ve avukatlık ücretini üstlenmeye zorlanamaz¹⁹. Yani “kaybeden öder” ilkesi ABD hukuk sisteminde uygulanmaz²⁰. ABD hukuk sisteminin, “kaybeden öder” ilkesini normatif bir ilke olarak kabul etmemekle birlikte, genel itibarıyla her bir tarafın kendi yargılama giderlerine katlanması gerektiği ilkesini fiilen uygulayan bir sistem olduğu söylenebilir²¹. Bununla beraber, bu sistemde mahkeme harçları-

¹⁶ Victor E. Schwartz and Cary Silverman, ‘Who Pays When the ‘Loser Pays’? Considering Practical Issues, Misperceptions and Options’ (2012) Alec Policy Forum <file:///C:/Users/DELL/Downloads/WhoPaysWhentheLoserPays.pdf> Date of Access 5 March 2026, 8. Bu ilkenin birçok Avrupa ülkesinde uygulanan genel bir ilke olduğuna ilişkin olarak bkz. Harald Koch, ‘Non-Class Group Litigation Under EU and German Law’ (2001) 11 (2) Duke Journal of Comp & Int. L 355, 365; Martha Pacold, ‘Attorneys’ Fees in Class Actions Governed by Fee- Shifting Statutes’ (2001) 68 (3) The University of Chicago Law Review 1007, 1009. Türk hukuku bakımından bkz. ve karşı. “Yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı **HMK m. 326/f. 1**: “*Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir*”.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Göksu, ‘Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmi Sulh Önerileri’ (2014) (115) TBB Dergisi 277, 281.

¹⁸ Bkz. Cengiz Topel Çelikoğlu, ‘Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği’ (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan) DEÜHFD 1093, 1107-1108; Göksu, ‘Avukatlık Ücreti’ (n 11) 938 vd.

¹⁹ Bkz. John J. Cound, Jack H. Friedental, Arthur R. Miller and John E. Sexton, *Civil Procedure, Cases and Materials (American Casebook Series)* (6th Edition, West Publishing 1993) 722.

²⁰ Janet Cooper Alexander, ‘An Introduction to Class Action Procedure in the United States’ (2000) Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective <<https://www.sarrafgentile.com/wp-content/uploads/pdf/An-Introduction-to-Class-Actions.pdf>> Date of Access 5 March 2026, 11; Pacold (n 16) 1010; Cound, Friedental, Miller and Sexton (n 19) 722.

²¹ Reimann (n 14) 15.

nın çoğu kez kaybeden tarafa yükletildiğini de belirtmek gerekir²². Sonuç olarak, ABD’de “Amerikan Kuralı” diye bilinen kurala göre, avukatlık ücreti bakımından olağan uygulama, avukatlara müvekkilleriyle yapmış oldukları sözleşmeye göre ücret ödenmesidir. Buna göre her müvekkil davayı ister kazansın ister kaybet-sin, kendi avukatının ücretini kendisi ödeyecek, yapılan masraflara kendisi kat-lanacaktır²³.

4. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde

Kıta Avrupası’nda geçerli olan ve Avrupa kuralı (*European rule*) diye bilinen kurala göre ise, avukatlık ücretinin ve yargılama giderlerinin karşı tarafa tahmi-linde davada haklı çıkma oranına bağlı olarak belirleme yapılır. Diğer bir ifadeyle, tarafın ortaya çıkan yargılama giderlerinden sorumlu tutulması davada haklı olma derecesine göre tespit edilir²⁴. **Türk hukukunda** esasen bu sistemin uygu-landığı, bununla birlikte yukarıda belirtilen İngiliz kuralındaki “*kaybeden öder*” ilkesinden de etkilenildiği söylenebilir.

Benzer şekilde, özel olarak belirtmek gerekirse, **Alman hukukunda** özel hukuk uyuşmazlıklarında davayı kaybeden taraf, yargılamaya ilişkin giderleri -avukatlık ücreti dahil- (karşı tarafın yaptığı giderler ile delil ikamesine ilişkin giderler dâhil olmak üzere) üstlenmekle yükümlüdür (ZPO § 91; “kaybeden öder” kuralı ve tazmin ilkesi). Tarafların davada kısmen haklı, kısmen haksız olmaları hâlinde ise, esasen yargılama giderleri ya karşılıklı olarak mahsup edilmekte ya da oransal olarak paylaştırılmaktadır (ZPO § 92/1)²⁵.

²² Reimann (n 14) 15.

²³ Herberg B. Newberg and Alba Conte, *Newberg on Class Actions* (4th Edition, St. Paul Minn. West Group 2002) § 14-1; Pacold (n 16) 1010.

²⁴ Bkz. B. George Shepherd, ‘Avukatlık Ücretinin Karşı Tarafa Tahmiline İlişkin Avrupa Kuralının Dava Davranışı Üzerindeki Etkileri’, çev. Gökhan Aykut (2020) (127) *Fasikül Hukuk Dergisi* 16, 17-18; Çelikoğlu (n 18) 1106 vd. Özellikle Kıta Avrupası’nda, karşı tarafa yükletilebilen avukatlık ücretleri, uyuşmazlık konusu değere (ve bazı durumlarda davanın görüldüğü mahkemeye) bağlı olarak belirlenen resmî tarifeler aracılığıyla düzenlenmektedir. Bu tarifeler ya kesin tutarlar ya da asgarî-azami bir aralık öngörmektedir. Bu tür sistemlerde, avukatlık ücretlerinin miktarı önceden (*ex ante*) belirlenmiş olduğundan gerek kazanan gerekse kaybeden taraf bakımından öngörülebilir niteliktedir (Reimann (n 14) 26). Türk hukuku bakımından bkz. ve karşı. “Yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı **HMK m. 326/f. 2**: “*Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır.*”

²⁵ Burkhard Hess and Rudolf Huebner, ‘Cost and Fee Allocation in German Civil Procedure’ in Mathias Reimann (ed), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (Springer 2012) 151-152; Andreas Schulz, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Thomas Rauscher und

İsviçre hukukunda ise konuya ilişkin düzelleme İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu (*Schweizerische Zivilprozessordnung*) m. 95, 106 hükümlerinde yer almaktadır. Bu hükümlerde, vekâlet ücretinin de içinde bulunduğu yargılama giderleriyle ilgili olarak benzer yönde düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte İsviçre hukukunda, söz konusu vekâlet ücreti de geniş anlamda yargılama giderleri arasında sayılmış; ancak bu ücret, davayı kazanan tarafın bu sebeple maruz kaldığı masrafın/zararın (*açılan dava dolayısıyla avukat tutmak durumunda kalma*) davayı kaybeden tarafça tazmin edilmesi (*Parteientschädigung*) şeklinde ele alınmıştır²⁶.

B. Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücretinin Aidieti ile İlgili Hukukumuzdaki Kanuni Düzenlemeler

1. Avukatlık Kanunundaki Düzenleme (Av. K m. 164/f. 5)

Avukatlık ücreti başlığını taşıyan Av. K m. 164/f. 5 uyarınca, “*Dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez*”. Bu hükmün ilk hâli, “*Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarife dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir*” şeklindeydi. Ancak daha sonra yapılan kanun değişikliğiyle²⁷ “*aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça*” ibaresi hükümden çıkarılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, yapılan değişiklikten sonra hüküm, emredici bir nitelik kazanmış olup, yargılama gideri olan vekâlet ücretinin müvekkile ait olacağına dair sözleşme yapma imkânı ortadan kaldırılmıştır²⁸. Ancak hükmün emredici nitelikte

Wolfgang Krüger (Hrsg), 1. Band (7. Auflage, C. H. Beck 2025), § 91, kn. 1-2, 14-15, 20, § 92, kn. 3-18; Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit und Jasmin Flockenhaus, *Zivilprozessordnung Kommentar* (22. Auflage, Franz Vahlen 2025), § 91, kn. 1-33, § 92, kn. 1-5; Göksu, ‘Avukatlık Ücreti’ (n 11) 955; Fatih Tahiroğlu, ‘Kısmen Haklı Çıkma Durumunda Yargılama Giderlerinin Paylaştırılması: HMK m. 326/2 Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme’ (2025) 24 (2) İKÜHFD 443, 453-458. Başka diğer ülkeler, örneğin, Avusturya, Avustralya, Japonya, Kanada, Finlandiya, Yunanistan, Hindistan, İtalya ve Hollanda’daki durum için bkz. Reimann (n 14) 9 vd.

²⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. Lorenz Lauer, *Das Anwaltshonorar* (Dike Verlag 2023) 161-168; Tahiroğlu (n 25) 459-465. Yazar, bu tür yargılama giderlerini belirtmek için “*taraf tazminatı (Parteientschädigung)*” ifadesini kullanmıştır (Tahiroğlu (n 25) 459-461).

²⁷ Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 4667, Kabul Tarihi: 02.05.2001, RG 10.05.2001/24398.

²⁸ Biyan (n 8) 250; Papakçı (n 4) 74 dn. 229, 85-86; Kazaz (n 5) 75 dn. 236; Coşkun Türkmen, ‘Vekâlet Ücretinin Aidieti’ (2009) (2) Ankara Barosu Dergisi 127, 130. Bu hükmün aksinin karar kararlaştırılamayacağı yönünde bkz. Halûk Burcuoğlu, ‘Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar’ (2003) (49) TBB Dergisi 49, 69.

olmadığını savunan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, özel hukukta aslan sözleşme özgürlüğü olup burada da açıkça düzenlenen bir yasak bulunmadığından, söz konusu değişiklikte tarafların aksine bir sözleşme yapma; diğer bir ifadeyle, bu ücretin kısmen veya tamamen müvekkile ait olacağını kararlaştırma imkânı ortadan kaldırılmamıştır²⁹.

Av. K m. 164/f. 5 hükmü ile avukatın emeğinin güvence altına alınmasının ve avukat ile müvekkili arasında çıkacak ücret uyumsuzluklarının önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir³⁰. Belirtmek gerekir ki, Av. K m. 164/f. 5'te öngörülen avukatlık ücreti, yargılama gideri olan avukatlık ücretidir. Bu konuda avukatlık sözleşmesiyle kararlaştırılan ve avukatla müvekkili arasında geçerli olan avukatlık ücreti ile yargılama gideri olan avukatlık ücretinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Davanın önemine göre, mahkemece kendisini vekil marifetiyle temsil ettirip davada haklı çıkan taraf lehine, AAÜT çerçevesinde re'sen takdir edilen vekâlet ücreti (HMK m. 323/ğ, m. 330, 332), avukatlık sözleşmesindeki ücretten farklıdır³¹. Avukatlık (vekâlet) sözleşmesinin niteliği gereği, yapılan işin karşılığı olarak kararlaştırılan ücret Türk Borçlar Kanunu'ndan dolayı zaten vekile aittir. Bunun yanında Kanun'un lafzi yorumundan, AAÜT'ye göre hükmedilen ücretin de avukata ait olduğu yönünde bir sonuç çıkmaktadır. Ancak aşağıda ele alınacağı üzere, HMK gereğince hüküm, davanın tarafları için geçerli olup onların leh veya aleyhlerinde sonuç doğurur; vekil için hüküm kurulamaz³².

²⁹ Aydın (n 4) 786-787; Sarısözen (n 5) 99-109; Gökhan Aykut, 'Hukuk Davalarında Avukatlık Ücreti' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2018) 160. Hükmün aksinin kararlaştırılabileceği hususunda ayrıca bkz. Atalay, *Pekcanitez Usûl* (n 5) 4222; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 4) 571; Göksu, 'Avukatlık Ücreti' (n 11) 924. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kazaz (n 5) 74-79. İlgili hükmün emredici hukuk kuralı olmayıp tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğu yönünde bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2017/154, K 2019/18, 10.04.2019 (RG 16.05.2019/30776). Yargıtayın bir kararında da "... 164. maddenin son fıkrasında yer alan "aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesinin 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen metinde yer alması bu hükmün (164. maddenin son fıkrası (ilk cümlesinin) aksine sözleşme yapılamayacağı sonucunu doğurmaz. Böyle bir düzenleme ile hükmün yasak -buyruk- koyan emredici hukuk normu haline geldiği de kabul edilemez..." ifadelerine yer verilmiştir [3. HD, 7644/7978, 14.07.2005 (Lexpera)].

³⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2002/126, K 2004/27, 03.03.2004 (RG 19.02.2005/25732); Anayasa Mahkemesi, E 2004/8, K 2004/28, 03.03.2004 (RG 26.02.2005/25739). Bu konudaki eleştiriler için bkz. Şimşek (n 7) 549 vd.

³¹ Bkz. yuk. I.

³² Şamil İnan, 'Dava Sonunda Verilen Avukatlık Ücreti Kime Aittir?' (2005) (6) Eskişehir Barosu Dergisi 65, 66.

Nitekim Yargıtayın bir kararında³³ özetle, “Yargılama ve hüküm ancak davanın tarafları hakkında verilebilir. Yargılama giderleri de hükmün sonuçlarına göre yaneların sorumlulukları ile ilgili bulunduğundan, hüküm ile birlikte karara bağlanması gerekir (29.05.1957 tarih ve 4/16 sayılı İBK). Bu bağlamda yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir ve vekalet ücreti de yargılama giderlerindendir (HMUK m. 417/1, 423/b- 6). Diğer yandan 4667 sayılı Yasanın 77. maddesi ile değiştirilen 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 164/son maddesindeki düzenlemede, dava sonunda karar ile tarifeyle dayalı olarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı belirtildiği gibi, bu hükmü koşt bir düzenleme de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti biçiminde yer almıştır. Yukarıda açıklandığı üzere gerek Avukatlık Yasası gerekse de yasaya dayalı olarak hazırlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan düzenlemeler, HMUK’nın davanın taraflarına ve hükmün kimlere yönelik olarak kurulacağına ilişkin hükümlerini kaldırıcı veya değiştirici nitelikte değildir. Aksine, hükmün ve ayrıntısı niteliğindeki yargılama giderlerinin ve bu bağlamda vekalet ücretinin davanın tarafları hakkında kurulması gerekir. **Avukatlık Yasasındaki “vekalet ücreti avukata aittir” biçimindeki düzenleme, hükmü kuran mahkemeye değil vekil ile vekil edene yönelik bir kuraldır.** Bu yorum ve varılan sonuç, aynı maddedeki bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez biçimindeki düzenleme ile de doğrulanmaktadır. Açıklanan nedenlerle, taraf sıfatı bulunmayan vekil yararına vekalet ücretine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir” ifadelerine yer verilmiştir.

Aynı şekilde, bir başka Yargıtay kararında³⁴, “Dava sonunda karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin Avukatlık Yasasının 164/son maddesi hükmünün yorumlanmasında hataya düşölerek taraflar yerine doğrudan avukata ödenmesi şeklinde hüküm tesisi...” doğru görülmemiş ve kararın bozulması yönünde karar verilmiştir. Şu hâlde bu içtihat ile de **ücretin avukata değil, taraf lehine hükmedileceği** belirtilmiştir.

Davanın kısmen kabulü hâlinde ise, giderlerin ve dolayısıyla söz konusu vekâlet ücretinin bir kısmı davalı tarafa yükletilir³⁵. Bir başka deyişle, davada iki taraftan her

³³ Yargıtay 4. HD, 6312/7223, 15.04.2004 (KİBB).

³⁴ Yargıtay 18. HD, 5158/6056, 09.09.2003 (KİBB).

³⁵ Ayrıca bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 6) 792; Pekcanitez, Atalay ve Özeken (n 4) 573; Budak ve Karaaslan, *Usul* (n 8) 365; Tahiroğlu (n 25) 445 vd.; Cumhuriyet Rüzgaresen, ‘Terditli Davada Yargılama Harç ve Giderleri’ (2020) 28 (3) SÜHFD 1005, 1017. Ayrıca bkz. Yargıtay 7. HD, 6668/1491, 12.03.2024 tarihli kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “...6100

biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır (HMK m. 326/f. 2). Nitekim bir bölge idare mahkemesi kararında³⁶ şu ifadeler yer verilmiştir: “... davalı idare vekilinin kısmen haklı çıktıkları davada lehlerine vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönündeki istemine gelince; 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 168. maddesinin son paragrafında, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınarak avukatlık ücretine hükmedileceği belirtilmiş olup; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 330. maddesinde; vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekalet ücretinin taraf lehine hükmedileceği, yine aynı Kanun’un 323. maddesinde ise; vekalet ücretinin de yargılama giderleri içinde olduğu düzenlemelerine yer verildiği, hükmün verildiği tarihte yürürlükte bulunan tarifenin 3/1. maddesinde ise yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin Tarifede yazılı miktardan az ve üç katından çok olamayacağı, bu ücretin belirlenmesinde, avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresinin göz önünde tutulacağı, 5/1. maddesinde de hangi aşamada olursa olsun dava ve icra takibini kabul eden avukatın, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanacağı hükme bağlanmıştır. Olayda, davalı idarenin avukat vasıtasıyla temsil edildiği görülmekte olup; davanın kısmen kabulü kısmen reddi yönünde karar verilmesine ve dolayısıyla idarenin kısmen haklı çıkmış olmasına karşın davalı idare vekili lehine vekalet ücretine hükmedilmediği görülmektedir. Bu durumda, yukarıda belirtilen hükümler gereği davalı idare vekilinin avukatlık ücretinden yararlanması gerektiğinden, vekalet ücretine hükmedilmeden verilen kararın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. Bu kararda davanın kısmen kabulü kısmen reddi yönünde karar verilmesine ve dolayısıyla bir taraf kısmen haklı çıkmış olmasına rağmen davalı tarafın vekili lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi hukuka aykırı görülmüş, davalı (idare) vekilinin vekâlet ücretinden yararlanması gerektiğine vurgu yapılarak, vekâlet ücretine hükmedilmesinden söz edilmiştir.

Benzer şekilde, Yargıtayın bir kararına³⁷ göre, “... Davalı-karşı davacı (kaldın) davada kendisini vekille temsil ettirmiştir. Vekille takip edilen davalarda,

Sayı 1 Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 323. maddesinin (ğ) bendindeki düzenlemeye göre vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri kapsamındadır. Yine aynı Kanun’un 330. maddesine göre de kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır...” (KİBB).

³⁶ Erzurum BİM, 1. Vergi Dava Dairesi, 603/612, 21.06.2017 (KİBB).

³⁷ Yargıtay 2. HD, 24998/11002, 18.04.2013 (e-uyar).

dava sonunda tarifye dayanılarak Kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez (1136 s. Avukatlık K. md.164/5). Vekalet ücretinin taraf lehine hükmedilecek olması, bu ücretin avukata ait olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu bakımdan davalı tarafından açılan karşı boşanma davası kabul edildiğine göre, davada kendisini vekille tespit ettiren davalı-karşı davacı (kadın) yararına vekalet ücreti tayini zorunludur. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır”.

Yukarıdaki kazai içtihatlardan da anlaşılacağı üzere, vekille takip edilen davalarda, dava sonunda AAÜT’ye dayanılarak kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücretinin avukata ait olması ile yargılama gideri olarak vekâlet ücretine ilişkin hükmün taraf lehine kurulması birbiriyle çelişmemektedir. Zira vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilecek olması, bu ücretin avukata ait olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Düzenleme (HMK m. 330)

“Yargılama giderlerinin kapsamı” başlıklı **HMK m. 323 hükmünde**, “Yargılama giderleri şunlardır:” denilmiş ve bunlardan birinin “*Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti*” olduğu (HMK m. 323/ğ bendi) belirtilmiştir.

HMK’nin “Yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı **326. maddesi ise şu şekildedir:**

“(1) Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir.

(2) Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır^{38,39}

3) Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir”.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2023/101, K 2023/207, 30.11.2023 tarihli kararı gereğince HMK m. 326/f. 2 hükmü, “kamulaştırmaz el atma sebebine dayalı tazminat davaları” yönünden uygulanmaz.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2024/29, K 2024/226, 25.12.2024 tarihli kararı gereğince HMK m. 326/f. 2 hükmü, “manevi tazminat davaları” yönünden uygulanmaz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yargılama giderleriyle ilgili hususların düzenlendiği kısımda yer alan m. 330’a göre ise, *“Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir”*. Görüldüğü gibi, söz konusu vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedileceği ifade edilmiştir.

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere, dava sonucunda aleyhine hüküm verilen taraf, diğer yargılama giderlerinden sorumlu olduğu gibi kararda belirtilen vekâlet ücretinden de sorumludur (HMK m. 323, 326). Nitekim HMK m. 326/f. 1’e göre, kanunda yazılı hâller haricinde, yargılama harç ve giderleri, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir⁴⁰. Bu durum, *“kaybeden öder”* kuralının bir sonucudur⁴¹. Davayı kaybeden tarafın yargılama harç ve giderlerine mahkûm edilebilmesi için tarafların talebi gerekmez; mahkeme re’sen bu giderlerin kime yükletileceğini nihai kararında belirtmek zorundadır (HMK m. 332).

Yargıtayın bir kararında⁴², *“6100 sayılı HMK’nun 323/ğ maddesinde avukatlık ücreti, yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Aynı yasanın 330. maddesinde ise, yargılama gideri olarak takdir olunacak avukatlık ücretinin yargılamanın tarafı lehine hükmedileceği belirtilmiştir. Ayrıca, 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 164/son maddesinde; “dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir.” düzenlemesine yer verilmiş olup, bu hüküm vekil ile müvekkil arasında çıkacak, iç ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacıyla öngörülmüştür (HGK. 07.04.2004 tarih ve 2004/12-213 Esas, 2004/215 Karar). Somut olayda ilamda davacı lehine hükmedilen vekalet ücreti alacağı, vekil tarafından kendi adına tahsil istemiyle icra takibine konulmuştur. Borçlu diğer itiraz nedenleri yanında vekilin kendi adına takip yapamayacağımda bildirerek takibin iptalini istemiştir. Hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bu durumda mahkemece ilamda hükmedilen vekalet ücreti alacağının yargı gideri kapsamında ilam tarafı lehine hükmedildiği, iç ilişkide vekile ait olsa da, ödenmemesi halinde tahsili amacıyla, ancak asil adına*

⁴⁰ Bkz. Yargıtay 11. HD, 1264/5125, 21.06.2022 tarihli kararında, *“...Dava, maddi tazminat istemine ilişkindir. Yargılama harç ve giderleri, kural olarak davada haksız çıkan tarafa, bir başka deyişle aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir (HMK m. 326/İ). Davayı kazanan taraf, davayı bir vekil aracılığı ile takip etmişse, haksız çıkan taraf, yargılama gideri olarak vekalet ücreti ödemeye de mahkûm edilir (HMK m. 323/1-ğ)...”* denilmiştir (KİBB).

⁴¹ Rüzgaresen, ‘Harç ve Giderler’ (n 35) 1016. Ayrıca karş. Schwartz and Silverman (n 16) 8. Bu durumun İngiliz kuralındaki *“kaybeden öder”* ilkesinden farkı için bkz. yuk. II, A, 2.

⁴² Yargıtay 8. HD, 6884/14910, 21.10.2013 (KİBB).

takibe konabileceği, vekilin kendi adına takibe koyamayacağı nazara alınarak takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, bu şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir” denilmek suretiyle, isabetli olarak, **ilam vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden olduğu ve vekil adına takibe konulamayacağı, ancak asil adına takibe konulabileceği belirtilmiştir.** Bu nedenle yargılama gideri olarak hükmolunan vekâlet ücretinin ancak “yargılamanın tarafları” arasında geçerli olacağını unutmamak gerekir.

Benzer bir Yargıtay kararında⁴³ da “*Kanunda yazılı haller dışında yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir (HMK.md. 326/1). Vekille takip edilen davalarda, mahkemece kanuna göre takdir olunacak vekalet ücreti taraf lehine hükmedilir (HMK.md. 330/1). Açıklanan yasal hükümler gereğince, davalı tarafça yapılan yargılama giderlerinin ve kanun gereğince takdir edilen, davacıdan alınmasına karar verilen vekalet ücretinin davalıya verilmesine karar verilmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken, Hazine’ye verilmesine şeklinde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırıdır...” ifadelerine yer verilmiş; böylece davalı tarafça yapılan yargılama giderlerinin ve kanun gereğince takdir edilerek davacıdan alınmasına karar verilen vekâlet ücretinin davalı tarafa verilmesi yönünde karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.*

Aynı şekilde, Yargıtayın başka bir kararında⁴⁴ da “*6100 Sayılı HMK’nın 330. maddesi uyarınca vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir. Somut olayda mahkemece davacılar lehine belirlenen vekalet ücretinin davacı asıllara verilmesi yerine davacılar vekiline verilmesine hükmedilmesi doğru değil bozma nedeni ise de; bu yanlışlığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden 6100 sayılı HMK’nun geçici 3/2. maddesi delaletiyle 1086 sayılı HUMK’nun 438/7 maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir”* denilerek kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücretinin, taraf lehine hükmedileceğine açıkça yer verilmiştir.

⁴³ Yargıtay 2. HD, 20827/3368, 20.02.2014 (e-uyar).

⁴⁴ Yargıtay 17. HD, 3573/6676, 23.05.2019 (e-uyar). Aynı yönde bkz. Yargıtay 23. HD, 5160/1396, 16.04.2019 tarihli kararına göre, “...vekalet ücreti olan 1.500,00 TL’nin davacıdan alınarak davalılar vekiline verilmesine karar verilmesi doğru olmamıştır...” (e-uyar).

3. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A, f. 11 Hükmü

Konuyla ilgili olarak burada ele alınması gereken bir başka düzenleme ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK)⁴⁵ dava şartı arabuluculukla ilgili m. 18/A, f. 11 hükmüdür.

Bu hükme göre, *“Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıkarsa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. (Değişik ikinci cümle: 7/11/2024-7531/25 md.) Ayrıca bu taraf lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi-ne göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir...”*⁴⁶ Bu hükümde 07.11.2024 tarih ve 7531 sayılı Kanun⁴⁷ ile değişiklik yapılmadan önce, ilgili

⁴⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331.

⁴⁶ Bu yaptırımın şartları, dava şartı arabuluculuk ilk toplantısına katılmama, geçerli bir mazeret gösterilememesi ve ilk toplantıya katılmama sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi şeklinde ele alınmaktadır. Bu konuda bkz. Mesut Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısına Geçerli Mazeret Göstermeksizin Katılmamanın Yaptırımı’ (2024) (174) TBB Dergisi 223, 227 vd. Bu hükmün hak arama hürriyetine aykırı olduğu yönünde eleştiriler için bkz. N. Tuğçe Bahadır, *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk* (Seçkin 2022) 190-192; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı, On İki Levha 2019) 149-159, 183-184; Köksoy (n 46) 235 vd.; Ayşe Karakimseli Sezgin, ‘Dava Şartı Arabuluculukta İlk Oturma Katılmayan Tarafın Yargılama Giderlerine Mahkûm Edilmesi Sorunu’ (2025) (63) TAAD 723, 729 vd.; Sedat Kaya, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk’ (2018) 22 (1-2) EBYÜHFD 209, 241-242.

⁴⁷ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7531, Kabul Tarihi: 07.11.2024, RG 14.11.2024/32722. Bu değişiklik, Anayasa Mahkemesinin E 2023/160, K 2024/77, 14.03.2024 tarihli iptal kararı (RG 18.04.2024/32521) sonrasında yapılmıştır. Bu kararda, ilgili tarafın davada haklı çıkarsa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulması ve ayrıca onun lehine vekâlet ücretine hiç hükmedilmemesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, mülkiyet hakkı (*taraf bakımından*) ve mahkemeye erişim hakkına ilişkin Anayasa hükümlerine (m. 13, 35, 36) aykırı görülmüştür. Nitekim ilk derece mahkemesi (Çorum Tüketici Mahkemesi), arabuluculuk toplantısına mazeretsiz katılmayan tarafın dava sonunda haklı çıkarsa bile yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasının ve vekâlet ücretinden mahrum bırakılmasının mahkemeye erişim hakkını orantısız bir şekilde kısıtladığı iddiasını ciddi bulmuş ve konuyu Anayasa Mahkemesine taşımıştır. Süreç için bkz. Gülnihal Ahter Yakacak, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinde İlk Toplantıya Katılmama Nedeniyle Uygulanan Yargılama Giderine İlişkin Yaptırımın Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2025) 10 (1) (Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Özel Sayısı) İbn Haldun Çalışmaları Dergisi 127, 136-138.

taraf davada haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutuluyordu ve ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine de hükmedilmiyordu⁴⁸.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde, taraflardan birinin geçerli bir mazeret olmaksızın ilk toplantıya gelmemesi; buna karşılık, karşı tarafın da yargılamada dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergilemesi hâlinde, HUAK m. 18/A, f. 11 ile HMK m. 327/f. 1 hükmünün çatıştığı ifade edilerek, HUAK'nin ilgili maddesinin özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Olması gereken hukuk bakımından, HUAK m. 18/A, f. 11'de karşı tarafın yargılama sırasında dürüstlük kuralına aykırı davrandığı hâlleri istisna tutan bir hükme yer verilmesi de doktrinde tavsiye edilmiştir⁴⁹. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

4. İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/f. 12 Hükümü

7531 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile HUAK'nin 18/A maddesinin 11. fıkrasında yapılan değişiklikle getirilen, *"karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur"* şeklindeki yeni düzenlemeden sonra, 7531 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İşM. K)⁵⁰ 3. maddesinin 12. fıkrasındaki benzer hüküm de aynı doğrultuda değiştirilmiştir⁵¹. Nitekim İş Mahkemeleri Kanunu'nun yeni düzenlemesine (İşM. K m. 3/f. 12) göre; *"Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. (Değişik ikinci cümle: 7/11/2024-7531/28 md.) Ayrıca bu taraf lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi-ne göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir..."*.

⁴⁸ Mevcut durumda yargılama giderlerinin ve vekâlet ücretinin yarısından sorumlu tutmakla kamu yararı ile mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakkı arasında bir denge kurulması ve ayrıca arabuluculuğun teşvik edilerek uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Gerekçe için bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/355a4c58-ed8e-4761-b96b-c490a93c37a7.pdf>> Erişim Tarihi 13 Şubat 2026.

⁴⁹ Eski hüküm döneminde ileri sürülen bu görüş için bkz. Cenk Akil, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler' (2020) 11 (41) TAAD 307, 319. Doktrinde Özbek de bu görüşe taraftar görünmektedir (Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin 2022) 1636- 1638).

⁵⁰ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221.

⁵¹ Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Yakacak (n 47) 135-136.

Getirilen bu düzenlemelerle, ilgili HUAK ve İşM. K hükümleri arasında yeknesaklığın sağlanması ve Anayasa Mahkemesi kararının yerine getirilmesi amaçlanmıştır⁵².

C. Konuya İlişkin Kanuni Düzenlemelerdeki Farklılıkların İrdelenmesi

1. Av. K m. 164/f. 5 ile HMK m. 330 Arasındaki Farklılık

Yukarıda ele alınan hükümlerden özellikle Av. K m. 164/f. 5 ile HMK m. 330 arasında bir farklılığın bulunduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte, HMK m. 330'un gerekçesinde⁵³, yargı kararlarında⁵⁴ ve doktrinde⁵⁵ Av. K m. 164'te düzenlenen hükmün, müvekkil ile vekili (avukatı) arasındaki iç ilişkide geçerli olduğu ve kararın tarafların lehine veya aleyhine oluşturulmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Buna göre, Av. K m. 164/f. 5'te yargılama gideri olan vekâlet ücretinin avukata ait olduğu ifade edilse de avukat, davada taraf olmadığından HMK m. 330'da da belirtildiği gibi vekâlet ücreti tarafın lehine hükmedilecektir⁵⁶.

⁵² Köksoy (n 46) 227. Gerekçe için ayrıca bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/355a4c58-ed8e-4761-b96b-c490a93c37a7.pdf>> Erişim Tarihi 13 Şubat 2026.

⁵³ Gerekçe için bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/b9fb58c2-9265-4e60-8126-a983ec34b9d8.pdf>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2025. Gerekçeyle ilgili eleştiride bulunan *Budak/Karaaslan*'a göre, şayet vekâlet ücreti vekile aitse kanuni düzenleme de vekil lehine hükmedilmesi, şeklinde olmalıdır (Budak ve Karaaslan, *Usul* (n 8) 367-368). Gerekçeye ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin 2014) 961-962.

⁵⁴ Örneğin, Yargıtay HGK, 2065/1291, 29.04.2015 tarihli kararında, "... Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde, dava sonunda, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı, bu hükmün vekil ile müvekkil arasında çıkacak ve iç ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlukları düzenlemek amacıyla öngörüldüğü..." ifadelerine yer verilmiştir (Lexpera). Aynı yönde başka bir karara göre, "... gerek Avukatlık Yasası ve gerekse de yasaya dayalı olarak hazırlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yer alan düzenlemeler; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, davanın taraflarına ve hükmün kimlere yönelik olarak kurulacağına ilişkin hükümlerini kaldırıcı veya değiştirici nitelikte değildir. Aksine, hükmün ve ayrıntısı niteliğindeki yargılama giderlerinin -ve bu bağlamda vekalet ücretinin- davanın tarafları hakkında kurulması gerekir. Avukatlık Yasası'ndaki, "vekalet ücreti avukata aittir" biçimindeki düzenleme hükmü kuran mahkemeye değil, vekil ile vekil edene yönelik bir kuraldır... Açıklanan nedenlerle, taraf sıfatı bulunmayan vekil yararına vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru görülmemiştir..." [Yargıtay 4. HD, 15344/4917, 14.04.2004 (KİBB)].

⁵⁵ Örneğin bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 4) 571; Atalay, *Pekcanitez Usûl* (n 5) 4222.

⁵⁶ Konuyla ilgili söz konusu görüş ve kararlar ile bunların değerlendirilmesi hakkında bkz. Kazaz (n 5) 73-84. Bu konuda ayrıca bkz. Aydın (n 4) 781-788; Papakçı (n 4) 72 vd.

Vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden sayılması ve yargılama giderlerinin de hükmün bir parçası olması nedeniyle taraflar lehine takdir edilmesi göz önüne alındığında, kanundaki bu düzenlemenin (Av. K m. 164/f. 5) avukat ile müvekkili arasındaki iç ilişkiye yönelik olduğu söylenebilir. Nihai kararda, vekâlet ücreti için de taraf lehine hüküm kurulacak (bkz. HMK m. 330, 332) ve fakat maddi hukuktaki iç ilişki gereği bu ücret avukata ait olacaktır⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, hükmolunan vekâlet ücreti esasında avukata aittir; ancak bu ücretin karşı taraftan alacaklısı, lehine karar verilen taraftır⁵⁸.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, HMK m. 330'da yer alan *"Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir"* düzenlemesi, mahkemenin kararını nasıl yazacağı ile ilgilidir. Dolayısıyla Av. K m. 164/f. 5'teki *"Dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir"* hükmünün, müvekkil ile vekili (avukatı) arasındaki iç ilişkiyi düzenlediğini, mahkemenin kararının tarafların lehine veya aleyhine oluşturulmasına engel olmadığını; Av. K m. 164/f. 5'te yargılama gideri olan vekâlet ücretinin avukata ait olduğu belirtilse de avukat davada taraf olmadığından, HMK m. 330'da da düzenlendiği gibi vekâlet ücretinin tarafın lehine hükmedileceğini ifade etmek isabetli olacaktır⁵⁹.

⁵⁷ İnan (n 32) 66-68. Benzer şekilde bkz. Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 8) 653; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 8) 713.

⁵⁸ Sungurtekin Özkan (n 8) 333; Türker Yalçınduran, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret* (Yetkin 2007) 201; Mehmet Ağar ve Serkan Ağar, 'Yargılama Giderlerinden Vekalet Ücretine KDV Uygulanması Meselesi Üzerine Düşünceler' (2004) (52) TBB Dergisi 279, 287. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD, 12964/4997, 30.03.2017 tarihli kararında, *"... Dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı, bunun, ücretin doğrudan doğruya avukata ödeneceği anlamına gelemediği..."* ifadelerine yer verilmiştir (e-uyar).

⁵⁹ Örneğin bkz. Yargıtay 8. HD, 6884/14910, 21.10.2013 tarihli kararına göre, *"... 6100 sayılı HMK'nun 323/ğ maddesinde avukatlık ücreti, yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Aynı yasanın 330. maddesinde ise, yargılama gideri olarak takdir olunacak avukatlık ücretinin yargılamanın tarafı lehine hükmedileceği belirtilmiştir. Ayrıca, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde; "dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir." düzenlemesine yer verilmiş olup, bu hüküm vekil ile müvekkil arasında çıkacak, iç ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacıyla öngörülmüştür (HGK. 07.04.2004 tarih ve 2004/12-213 Esas, 2004/215 Karar). Somut olayda ilamda davacı lehine hükmedilen vekalet ücreti alacağı, vekil tarafından kendi adına tahsil istemiyle icra takibine konulmuştur. Borçlu diğer itiraz nedenleri yanında vekilin kendi adına takip yapamayacağımda bildirerek takibin iptalini istemiştir. Hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bu durumda mahkemece ilamda hükmedilen vekalet ücreti alacağının yargı gideri kapsamında ilam tarafı lehine hükmedildiği, iç ilişkide vekile ait olsa da, ödenmemesi halinde tahsili amacıyla, ancak asil adına takibe konabileceği, vekilin kendi adına takibe koyamayacağı nazara alınarak takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, bu şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir..."* (KİBB).

2. HUAK m. 18/A, f. 11 ve İşM. K m. 3/f. 12 Hükümleri Bakımından Kanun Koyucunun Farklı Yaklaşımı

Yargılama gideri olan vekâlet ücretinin aidiyeti meselesinde üzerinde durulması gereken diğer düzenlemeler HUAK m. 18/A, f. 11 ve İşM. K m. 3/f. 12 hükümleridir. Zira oldukça yeni tarihli olan bu hükümlerde kanun koyucunun konuyla ilgili çelişkili bir tutumu söz konusudur. Şöyle ki, HMK m. 330 ve Av. K m. 164 hükümleriyle ilgili olarak bir uyumsuzluk bulunmadığı, Av. K m. 164'ün iç ilişkide geçerli olduğu belirtilse de HUAK m. 18/A, f. 11 ve İşM. K m. 3/f. 12 hükümlerine bakıldığında akla şu sorular gelmektedir: *Yargılama gideri olan vekalet ücreti avukata ait ise tarafın geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk arabuluculuk toplantısına katılmamasının sonucu olarak avukat, bu ücretin yarısından neden mahrum kalmaktadır? Bu durum avukatın mülkiyet hakkına aykırı değil midir?*⁶⁰ Zira vekâlet ücreti alacağı da mülkiyet hakkının kapsamında sayılabilecek mal varlığı değerlerinden birisidir⁶¹.

Dolayısıyla burada ele alınan hükümler incelendiğinde, yargılama gideri olan vekâlet ücretinin kime ait olduğu konusunda bir tereddütün bulunduğu açıktır. Zira her ne kadar HMK m. 330'un hükmün tesisine yönelik, Av. K m. 164/f. 5'in ise avukat ile müvekkili arasındaki iç ilişkiye yönelik düzenlemeler olduğu ifade edilse de kanun koyucu, tarafın dava şartı arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmamasının bir sonucu olarak (*bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı bulunsa da*) yargılama gideri olan vekâlet ücretinin sadece yarısına hükmedileceğini öngörmüştür. İlgili hükümlere (HUAK m. 18/A, f. 11; İşM. K m. 3/f. 12) bakıldığında, kanun koyucunun bu ücretin tarafa ait olduğunu kabul ettiğini ve geçerli bir mazeret gösterilmeden arabuluculuk ilk toplantısına katılmamasının bir yaptırımı olarak, tarafı bu ücretin yarısından mahrum bıraktığını ifade etmek mümkündür.

Nitekim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁶² m. 73/A, f. 2'de, HUAK m. 18/A, f. 11 hükmünün tüketiciler aleyhine uygulanmayacağı belirtildiğinden⁶³, aslında burada yaptırıma uğrayan veya bu yaptırımdan muaf tutulan

⁶⁰ Bu durumun Av. K m. 164/f. 5 hükmüyle çeliştiği yönünde bkz. Köksoy (n 46) 254.

⁶¹ Benzer şekilde bkz. Köksoy (n 46) 234-235.

⁶² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁶³ Sadece tüketiciler lehine öngörülen bu hükmün eleştirisi için bkz. İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin 2021) 259-260; Karakimseli Sezgin (n 46) 739-740. Öte yandan, düzenlemenin tüketiciyi koruma ödevinin yerine getirilmesine hizmet ettiği yönünde bkz. Bahadır (n 46) 191-192.

kişinin müvekkil olduğu ve kanun koyucunun bu hükümlerde söz konusu vekâlet ücretinin müvekkile aitmiş gibi düzenleme yaptığı söylenebilir.

D. Değerlendirme ve Sonuç

1. Sonuç olarak ilgili düzenlemelere bakıldığında, HMK hükümlerinde bu ücret taraflardan birinin aleyhine diğerinin ise lehine olacak şekilde belirtilse de **Av. K m. 164/f. 5**'te vekâlet ücretinin avukata ait olduğu ve bu doğrultuda müvekkilin borcu sebebiyle takas ve mahsup edilemeyeceği ve haczedilemeyeceği öngörülmüştür⁶⁴. **HMK m. 330**'da "*kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir*" ifadesi gereğince, mahkemece hükmedilen vekâlet ücretinin, diğer yargılama giderleri gibi davada haklı çıkan tarafa ait olduğu söylenebilse de⁶⁵, **Av. K m. 164/f. 5**'te bu ücretin avukata ait olduğu açıkça belirtilmiştir⁶⁶. Konu hakkında doktrindeki bir görüş, **Av. K m. 164/f. 5** ve **HMK m. 330** hükümleri ile ilgili olarak **Av. K m. 164/f. 5** hükmünün, **HMK m. 330** ile değiştirildiğinin düşünebileceğini, zira **HMK**'nin sonraki tarihli olduğunu belirtmiş; buna karşılık, **Av. K m. 164/f. 5** hükmünün avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiyi düzenlediğini, mahkemece vekâlet ücretinin davada *haklı çıkan tarafın avukatına değil*, **HMK m. 330** gereğince *davada haklı çıkan tarafa ödenmesi* şeklinde karar verilmesi gerektiğini, ancak avukat ile müvekkil ilişkisi bakımından **Av. K m. 164/f. 5** hükmünün uygulanacağını ifade etmiştir⁶⁷.

Vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden sayılması ve yargılama giderlerinin de hükmün bir parçası olması nedeniyle taraflar lehine takdir edilmesi dikkate alındığında, **Av. K m. 164/f. 5**'in avukat ile müvekkil arasındaki iç ilişkiye yönelik olduğu kabul edilmelidir. Nihai kararda belirlenen vekâlet ücretine taraf lehine hükmedilecek (bkz. **HMK m. 330, 332**) ve dolayısıyla bu ücretin alacaklısı taraf olacaktır; ancak iç ilişki gereği bu ücret avukata ait olacaktır. Bu bakımdan, her iki hüküm arasında bir çelişkinin bulunmadığını ifade etmek mümkündür.

Buna göre bu durumun sonucu şu olacaktır: Avukat, müvekkili lehine hükmedilmiş vekâlet ücreti için davayı kaybetmiş ve yargılama giderlerini ödemeye

⁶⁴ Konuyla ilgili olarak haczedilmezlik bakımından bkz. Ferhat Çelik, *Haczedilmezlik Kavramı ve Özel Kanunlarda Düzenlenen Haczedilmezlik Hâlleri* (Adalet 2024) 307-309.

⁶⁵ Bkz. Sungurtekin Özkan (n 8) 333.

⁶⁶ AAÜT m. 3'te de "*Yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti...*" ifadelerine yer verilmiştir.

⁶⁷ Sungurtekin Özkan (n 8) 333-334. **Av. K m. 164/f. 5**'in, **HMK m. 330** ile zımnen ilga edildiği yönünde görüş için bkz. Göksu, 'Avukatlık Ücreti' (n 11) 926, 959; Şimşek (n 7) 544, 559.

mahkûm edilmiş olan diğer tarafa (ilam borçlusu) karşı, kendi adına ilamlı icra takibi yapamayacaktır. Bu hâlde vekâlet ücretini kendi müvekkilinden isteyecektir⁶⁸. Müvekkil, ilamı bizzat veya başka bir avukat aracılığıyla icraya koyacak olursa, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına, icra emri ile aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriye, gideri takip talebinde bulunandan alınmak suretiyle derhâl tebliğ eder. Bu bildiri tebliğ edilmedikçe icranın sonraki aşamalarına geçilemeyecektir (Av. K m. 166/f. 3)⁶⁹.

2. Konuya ilişkin olarak her ne kadar HMK m. 330 ile Av. K m. 164/f. 5 hükümleri arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı ifade edilebilse de konuyla ilgili diğer hükümler de (bkz. HUAK m. 18/A, f. 11; İşM. K m. 3/f. 12) ele alındığında, yargılama gideri olan ve kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilen vekâlet ücretinin aidiyeti konusunun tartışmalı olduğunu ve bu tartışmaların da süreceğini ifade etmek mümkündür. Zira burada ele alınan tereddütlere rağmen konuyla ilgili tartışmaları sona erdirecek bir düzenleme yapılmaktan kaçınılmakta, hatta aksi yönde bir irade ve tutum ortaya konularak çelişkili bir duruma sebep olunmaktadır. Bu konuda yapılan başvurularda da Anayasa Mahkemesi Av. K m. 164/f. 5 hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁷⁰. Doktrinde ise bu konuda baskın görüşe

⁶⁸ Eski tarihli bir karar için bkz. Yargıtay İİD, 201/490, 19.01.1971 (bkz. Sungurtekin Özkan (n 8) 335 dn. 228). Örnek kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 8. HD, 6884/14910, 21.10.2013; Yargıtay 12. HD, 7051/8439, 16.05.2019 (KİBB). Burada belirtmek gerekir ki, taraflar, avukatlık sözleşmesinde yargılama gideri olan vekâlet ücretinin ödenmesi bakımından ayrı bir hüküm öngörmemişlerse veya müvekkilin dürüstlük kuralına aykırı bir davranışı yoksa, bu ücretin aleyhine karar verilen taraftan tahsil edildiği anda muaccel hâle geldiği kabul edilmektedir (bkz. Feridun Müderrisoğlu, *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar* (Ayyıldız Matbaası 1974) 92-93; Aykut (n 29) 98-99). Nitekim bu konuda bir Yargıtay kararında, "... Karşı tarafa tahmil edilecek vekalet ücretinin miktarı, dava ve icra takibinin sonuçlanması ile belli olur. Vekil edenin avukatına ödeme borcu da, bunun karşı taraftan tahsil edildiği anda doğar. Henüz karşı taraftan vekalet ücreti alacağını tahsil etmemiş olan müvekkilden, avukat bu ücret alacağını isteyemez. Ancak kural böyle olmakla birlikte bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalınmaması, Avukatlık Kanununun 164/son maddesine işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapılmalı, özellikle MK'nun 2. maddesinde belirtilen hakkın kötüye kullanılmasına, dürüstlük kurallarının ihlaline izin verilmemeli, gerektiğinde müvekkilin bu alacağını karşı taraftan tahsil etmiş olduğu da kabul edilmelidir..." ifadelerine yer verilmiştir [13. HD, 4897/979, 22.01.2013 (Lexpera)]. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD, 8388/610, 26.01.2010; Yargıtay 13. HD, 29188/26077, 24.10.2013 (Lexpera).

⁶⁹ Ayrıca bkz. Sungurtekin Özkan (n 8) 335.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, E 2002/126, K 2004/27, 03.03.2004 (RG 19.02.2005/25732); Anayasa Mahkemesi, E 2004/8, K 2004/28, 03.03.2004 (RG 26.02.2005/25739); Anayasa Mahkemesi, E 2017/154, K 2019/18, 10.04.2019 (RG 16.05.2019/30776). Bu kararlarda özetle, ilgili hüküm avukat ile müvekkili arasındaki hukuki ilişkide geçerlilik gösterdiği; avukatla yapılacak

göre, yargılama gideri olan vekâlet ücretinin tarafa ait olması gerektiği yönündedir⁷¹. Örneğin, mevcut durumun bazı temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiğini ve hakkaniyete uygun olmadığını belirten bir görüş, bu ücretin tarafa ait olması yönünde Avukatlık Kanunu'nda düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmüştür⁷². Bir başka görüşe göre, tarafa ait olması gereken ve yargılama gideri sayılan bu ücretin avukata ait olacağına ilişkin hüküm (Av. K m. 164/f. 5) genel ilkelere ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yargılama gideri ve bunun kime ait olacağı ilkesine aykırıdır⁷³.

3. Kanaatimizce söz konusu ücretin tarafa ait olduğu veyahut en azından Av. K m. 164/f. 5'in ilk hâlinin hükümet tasarısında yer aldığı şekliyle⁷⁴ bu ücretin "aksine anlaşma olmadıkça tarafa ait olduğu" yönünde düzenleme yapılması gerekir⁷⁵. Zira mevcut durum, yargılama giderlerinin kısmen veya tamamen haklı çıkan tarafın lehine hükmedilmesi yönündeki temel kurala aykırıdır. Bilindiği üzere, özellikle bir eda davasının açılması taraflar arasında bozulan menfaat dengesinin yargı organı eliyle düzeltilmesine hizmet

sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin gözetilmesinin engellenmediği; kişilerin bizzat dava açma veya davalarını avukatla takip etme imkânını ortadan kaldırmadığı ve dolayısıyla hak arama hürriyetine aykırı olmadığı belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, üçüncü kararın (E 2017/154, K 2019/18, 10.04.2019) karşı oy yazısındaki değerlendirmeler oldukça önemli olup, birçoğu burada savunduğumuz görüşlerle aynı yöndedir.

⁷¹ Bkz. Şimşek (n 7) 544 vd.; Papakçı (n 4) 88-102; Budak ve Karaaslan, *Usul* (n 8) 368; Budak ve Karaaslan, 'Avukatlık' (n 7) 59; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 6) 799; Atalay, *Pekcanitez Usûl* (n 5) 4221-4222; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 4) 570-571; Hakan Albayrak, 'Avukatlık Kanunu'ndaki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu Açıdan Değerlendirilmesi' (2015) (6) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 155, 171 vd.; Göksu, 'Avukatlık Ücreti' (n 11) 925, 975; Kazaz (n 5) 83-84; Aykut (n 29) 97-98. Aksi yönde görüş için bkz. Türkmen (n 28) 131.

⁷² Kazaz (n 5) 83-84.

⁷³ Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 4) 570-571; Atalay, *Pekcanitez Usûl* (n 5) 4221-4222; Albayrak (n 71) 171 vd. Nitekim yapılan araştırmalarda bu yönde bir düzenlemenin çalışmada incelenen ülke hukuklarında da yer almadığı, yargılama gideri sayılan vekâlet ücretinin tarafa ödendiği; lehine karar verilen tarafın avukatına ait olması yönündeki kuralın Türk hukukuna özgü olduğu söylenebilir. Aynı şekilde bkz. Albayrak (n 71) 177; Göksu, 'Avukatlık Ücreti' (n 11) 925, 955.

⁷⁴ Bkz. Müderrisoğlu (n 68) 89-90; Papakçı (n 4) 79-82; Şimşek (n 7) 549; Albayrak (n 71) 178.

⁷⁵ Ancak daha önce hazırlanmış olan Avukatlık Kanunu Taslağı m. 49'da ilgili hükmün aynı şekilde yer aldığı görülmektedir, bkz. <<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/adaletbakanligiavukatlik.yasasi.pdf>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2025. Kanaatimizce bu hükmün yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde yeniden ele alınması gerekir. Benzer şekilde bkz. Albayrak (n 71) 184 vd.

etmektedir. İlgili kişi haklı olmasına rağmen, karşı taraf borcunu ifa etmediği için dava açmak, yargılama giderlerini ödemek ve kendisini avukatla temsil ettirmek durumunda kalmıştır veyahut karşı taraf, kendi aleyhine haksız bir şekilde dava açıldığından, yargılama giderlerine maruz kalmış ve menfaatlerini etkin bir şekilde korumak için kendini avukatla temsil ettirmiştir. Dolayısıyla açılan dava nedeniyle mal varlığında eksilmeye sebep olan diğer yargılama giderlerini ve söz konusu vekâlet ücretini, haksız olan tarafın haklı tarafa ödemesi, olması gereken neticedir⁷⁶. Nitekim ilgili tarafın avukatı ile aralarında kararlaştırdıkları vekâlet ücreti olmasa da objektif bir şekilde belirlenmiş bir ücretin haksız olan taraftan alınarak haklı olan tarafa ödenmesi, etkin hukuki koruma ve taraflar arasındaki menfaat dengesi bakımından oldukça önemlidir.

4. Yukarıdaki eleştirilere ve değerlendirmelere rağmen bu ücretin avukata ait olduğu tartışmasız kabul edilecekse de HUAK m. 18/A, f. 11 ve İşM. K m. 3/f. 12'de olduğu gibi, çoğu zaman henüz aralarında bir vekâlet ilişkisinin bulunmadığı dönemde tarafın bir ihmalinin olumsuz sonucunu avukata yüklemek⁷⁷ hem avukatın mülkiyet hakkına aykırı olur hem de hak arama hürriyetinin en önemli unsurlarından biri olan savunma hakkına zarar verir. Zira böyle bir sonuçla karşılaşacak olan bir kişinin vekilliğini yapmak istemeyen avukatlar olabilir⁷⁸ ya da bu ücretin yarısını da ayrıca müvekkilden alacak şekilde bir ücret sözleşmesi yapılabilir. Bu da ilgili kişinin menfaatlerinin daha da fazla zedelenmesine yol açar. Ayrıca, ihtiyaç duyulmasına rağmen, olası ağır mali sonuçları nedeniyle avukatla temsilden kaçınma ve hak arama hürriyeti ile adalete erişim hakkından etkin bir şekilde yararlanılmama durumu söz konusu olabilir⁷⁹. Dolayısıyla kanun koyucu abesle iş-

⁷⁶ Benzer yönde bkz. ve karşı. Şimşek (n 7) 545 vd.; Budak ve Karaaslan, 'Avukatlık' (n 7) 59; Talat Canbolat, 'İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk' in Ersin Erdoğan (ed), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Pozitif Matbaacılık 2019) 103-104; Albayrak (n 71) 177, 179; Aykut (n 29) 97-98. Aynı şekilde ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2017/154, K 2019/18, 10.04.2019 tarihli kararın karşı oy gerekçesi.

⁷⁷ Doktrinde aynı yönde bir görüşe göre, burada tarafa değil avukata bir yaptırım uygulanmaktadır ve bir kimsenin davranışından dolayı başka bir kimsenin cezalandırılması söz konusudur (Köksoy (n 46) 254, 257). Benzer şekilde bkz. Bahadır (n 46) 192-193. Bu hükmün kaldırılması yönünde bkz. Karakimseli Sezgin (n 46) 742; Köksoy (n 46) 257.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Karakimseli Sezgin (n 46) 739; Köksoy (n 46) 254; Kaya (n 46) 242.

⁷⁹ Benzer yönde bkz. ve karşı. Şimşek (n 7) 546-547; Kaya (n 46) 241-242; Köksoy (n 46) 254; Karakimseli Sezgin (n 46) 739. Benzer eleştiriler için ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2017/154, K 2019/18, 10.04.2019 tarihli kararın karşı oy gerekçesi.

tigal etmez⁸⁰; bu konuda açıkça ve birbiriyle çelişmeyen düzenlemelerin yapılması gerekir. Burada dava şartı arabuluculuk kapsamında ilk toplantıya katılmamanın sonuçlarına ilişkin olarak ele alınan HUAK m. 18/A, f. 11 ve İşM. K m. 3/f. 12 hükümleri, arabuluculuğun teşvik edilerek uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözüme kavuşturulmasını amaçlasa da uygulamada karşılaşılabilecek sorunların ve yukarıda ele alınan tereddüt ve hak kayıplarının önlenmesi için bu hükümlerin ilgili kanunlardaki diğer düzenlemelerle birlikte yeniden ele alınması önem arz etmektedir.

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Umar (n 53) 962.

Kaynakça

- Ağar M ve Ağar S, 'Yargılama Giderlerinden Vekalet Ücretine KDV Uygulanması Meselesi Üzerine Düşünceler' (2004) (52) TBB Dergisi 279-288
- Akil C, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler' (2020) 11 (41) TAAD 307-324
- Albayrak H, 'Avukatlık Kanunu'ndaki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu Açıdan Değerlendirilmesi' (2015) (6) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 155-194
- Alexander JC, 'An Introduction to Class Action Procedure in the United States' (2000) Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective <<https://www.sarrafgentile.com/wp-content/uploads/pdf/An-Introduction-to-Class-Actions.pdf>> Date of Access 5 March 2026, 1-26
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (11. Baskı, Yetkin 2025)
- Atalay O, 'Yargılama Giderleri ve Adli Yardım' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Cemil Simil ve Efe Dörenisa (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. V (16. Bası, On İki Levha 2025) 4205-4280
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2024)
- Aydın M, *Avukatlık Ücreti* (7. Baskı, Seçkin 2020)
- Aykut G, 'Hukuk Davalarında Avukatlık Ücreti' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2018)
- Bahadır NT, *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk* (Seçkin 2022)
- Bıyan Ö, 'Avukatların Karşı Taraf Vekâlet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu' (2016) (116) TBB Dergisi 247-258
- Budak, AC ve Karaaslan V, 'Avukatın Hak ve Yetkileri' in Ali Cem Budak (ed), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (2. Bası, Filiz 2022) 31-62
- -, *Medenî Usul Hukuku* (8. Bası, Filiz 2024)
- Burcuoğlu H, 'Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar' (2003) (49) TBB Dergisi 49-82
- Canbolat T, 'İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk' in Ersin Erdoğan (ed), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Pozitif Matbaacılık 2019) 95-110
- Cound JJ, Friedental JH, Miller AR and Sexton JE, *Civil Procedure, Cases and Materials (American Casebook Series)* (6th Edition, West Publishing 1993)
- Çelik F, *Haczedilmezlik Kavramı ve Özel Kanunlarda Düzenlenen Haczedilmezlik Hâlleri* (Adalet 2024)
- Çelikoğlu CT, 'Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği' (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan) DEÜHFD 1093-1139

- Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı, On İki Levha 2019)
- Ermek İ, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin 2021)
- Göksu M, 'Karşılaştırmalı Hukuk ile Türk Hukukundaki Gelişmeler ve Tartışmalar Işığında Avukatlık Ücretinin Belirlenmesi Hakkında Bir İnceleme', *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, C. 1 (Yetkin 2014) 919-985
- -, 'Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmi Sulh Önerileri' (2014) (115) TBB Dergisi 277-314
- -, *Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016)
- Görgün LŞ, Börü L ve Kodakoğlu M, *Medenî Usul Hukuku* (14. Baskı, Yetkin 2025)
- Hess B and Huebner R, 'Cost and Fee Allocation in German Civil Procedure' in Mathias Reimann (ed), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (Springer 2012) 151-166
- İnan Ş, 'Dava Sonunda Verilen Avukatlık Ücreti Kime Aittir?' (2005) (6) Eskişehir Barosu Dergisi 65-68
- Karakimseli Sezgin A, 'Dava Şartı Arabuluculukta İlk Oturuma Katılmayan Tarafın Yargılama Giderlerine Mahkûm Edilmesi Sorunu' (2025) (63) TAAD 723-746
- Kaya S, '7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk' (2018) 22 (1-2) EBYÜHFD 209-261
- Kazaz G, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yargılama Gideri Olarak Vekalet Ücreti' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2019)
- Koch H, 'Non-Class Group Litigation Under EU and German Law' (2001) 11 (2) Duke Journal of Comp & Int.'L 355-367
- Köksoy M, 'Arabuluculuk İlk Toplantısına Geçerli Mazeret Göstermeksizin Katılmamanın Yaptırımı' (2024) (174) TBB Dergisi 223-261
- Lauer L, *Das Anwaltshonorar* (Dike Verlag 2023)
- Mulheron R, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford- Portland Oregon 2004)
- Musielak HJ, Voit W und Flockenhaus J, *Zivilprozessordnung Kommentar* (22. Auflage, Franz Vahlen 2025)
- Müdderrisoğlu F, *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar* (Ayyıldız Matbaası 1974)
- Newberg HB and Conte A, *Newberg on Class Actions* (4th Edition, St. Paul Minn. West Group 2002)
- Özbay İ, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?* (2. Baskı, Seçkin 2013)

- Özbay İ ve Kaya S, 'Adalet Erişim ve Yargılama Giderlerinin Finansmanı Bakımından Hukuki Himaye Sigortasına Bakış', *Prof. Dr. Selçuk Öztek'e Armağan*, C. III (Filiz 2022) 1797-1830
- Özbay İ, Uyumaz M ve Balaban BT, *Anglo-Amerikan Hukukundaki Grup Davaları (Class Actions) Çerçevesinde Türk Hukukunda Topluluk Davaları (HMK m. 113)* (Yetkin 2024)
- Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin 2022)
- Pacold M, 'Attorneys' Fees in Class Actions Governed by Fee- Shifting Statutes' (2001) 68 (3) *The University of Chicago Law Review* 1007-1034
- Papakçı A, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücreti* (Adalet 2016)
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (13. Bası, On İki Levha 2025)
- Reimann M, 'Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Syntethesis', in Mathias Reimann (ed), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (Springer 2012) 3-56
- Rüzgaresen C, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi* (Yetkin 2013)
- -, 'Terditli Davada Yargılama Harç ve Giderleri' (2020) 28 (3) *SÜHFD* 1005-1026
- Sarısözen MS, 'Müvekkille Kararlaştırılan Vekâlet Ücreti ve Dava Gideri Olarak Karşı Tarafa Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Emrediciliği Sorunu' (2013) 1 (1) *FÜHFD* 91-111
- Schulz A, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger (Hrsg), 1. Band (7. Auflage, C. H. Beck 2025)
- Schwartz VE and Silverman C, 'Who Pays When the 'Loser Pays'? Considering Practical Issues, Misperceptions and Options' (2012) Alec Policy Forum <file:///C:/Users/DELL/Downloads/WhoPaysWhentheLoserPays.pdf> Date of Access 5 March 2026, 8-11
- Shepherd BG, 'Avukatlık Ücretinin Karşı Tarafa Tahmiline İlişkin Avrupa Kuralının Dava Davranışı Üzerindeki Etkileri', çev. Gökhan Aykut (2020) (127) *Fasikül Hukuk Dergisi* 16-20
- Sungurtekin Özkan M, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri* (4. Bası, Barış Yayınları 2013)
- Şimşek M, 'Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu' (2015) (6) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 535-561
- Tahiroğlu F, 'Kısmen Haklı Çıkma Durumunda Yargılama Giderlerinin Paylaştırılması: HMK m. 326/2 Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme' (2025) 24 (2) *İKÜHFD* 443-479
- Türkmen C, 'Vekâlet Ücretinin Aidiyeti' (2009) (2) *Ankara Barosu Dergisi* 127-131
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin 2014)

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Baskı, Nesil Matbaacılık 2000)

Woolf L, *Acces to Justice Inquiry: Issues Paper* (Multi- Party Actions 1996)

Yakacak GA, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinde İlk Toplantıya Katılmama Nedeniyle Uygulanan Yargılama Giderine İlişkin Yaptırımın Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2025) 10 (1) (Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Özel Sayısı) İbn Haldun Çalışmaları Dergisi 127-148

Yalçınduran T, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret* (Yetkin 2007)

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin 2006)

Türk Vatandaşlarının Schengen Vizesi Başvurularının Değerlendirilmesinde Avrupa Komisyonunun C(2025) 4696 Sayılı Uygulama Kararının Etkisi^(*)

Arş. Gör. Hasan Serat GÖKÇEK^(**)

Öz

Schengen bölgesine seyahat etmek isteyen Türk vatandaşlarının eskiden olduğu gibi bugün de bir vize alması gerekmektedir. Türk vatandaşlarının alması gereken bu vize, özünde, başvurunun seyahatinin ardından ülkesine geri döneceğini ortaya koymayı hedefleyen belgelerin konsolosluga sunulmasına dayandığı için birçok ayrı yerden belge toplanmasını gerektirmekte, bu da süreci oldukça zahmetli kılmaktadır. Öte yandan Schengen bölgesi ülkelerine rağbetin epey fazla olması ve bu nedenle konsoloslukların yoğun işi yükü altında bulunması da vizeye başvurmayı zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla verilecek vizelerin başvurucuya sağladığı giriş sayısının çoklu olması ve uzun geçerlilik sürelerine sahip olması, söz konusu zorluk dikkate alındığında kritik bir öneme sahiptir.

Bu bakımdan Schengen vizesi olarak adlandıracağımız bu vizelerin verilmesinde temel kuralları içeren Vize Kodu md. 24/2’de düzenlenen ve iyi niyetli olduğunu daha önceki hukuka uygun vize kullanımlarıyla ortaya koyan başvurularda daha uzun geçerlilik sürelerine sahip vizeler verilmesini öngören ve *cascade* sistemi olarak adlandırılan kurallar ile sürecin zorluğu, belirli ölçüde bertaraf edilebilmektedir. İşte bu noktada çalışmanın konusunu oluşturan ve Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşları için Vize Kodu md. 24/2’de yer alan kurallardan daha elverişli kurallar getiren ve Türk

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.02.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 27.03.2026.

Atıf Şekli: Hasan Serat Gökçek, ‘Türk Vatandaşlarının Schengen Vizesi Başvurularının Değerlendirilmesinde Avrupa Komisyonunun C(2025) 4696 Sayılı Uygulama Kararının Etkisi’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1063,1107.

DOI: 10.52273/sduhfd..1890600.

^(**) İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye.

E-posta: serat.gokcek@ieu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-0773-3771.

vatandaşları için kısa sürede, daha uzun geçerlilik sürelerine sahip vizeler verilmesini hedefleyen C(2025) 4696 sayılı Komisyon Uygulama Kararı, büyük bir önem arz etmektedir.

Eldeki çalışmada da öncelikle Vize Kodu'nda yer alan vize başvuru süreci genel hatlarıyla ele alınmış ve Vize Kodu md. 24/2 incelenmiştir. Bunun ardından Karar'a değinilmiş ve Karar'dan beklenen sonuçların elde edilebilmesi için doğrudan etkili olması gerektiği belirtilerek Karar'ın ABAD içtihadı ile şekillenen doğrudan etki kriterlerini karşılayıp karşılamadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Vize, Schengen, Cascade, Avrupa Birliği, Doğrudan Etki.

The Impact of the European Commission Implementing Decision C(2025) 4696 on the Assessment of Schengen Visa Applications by Turkish Citizens

Abstract

Turkish citizens wishing to travel to the Schengen area still require a visa, as in the past. Since this visa essentially relies on submitting documents to the consulate proving the applicant will return home after travel, it necessitates collecting documents from numerous sources, rendering the process highly arduous. Furthermore, high demand for Schengen travel and the resulting heavy consular workload further complicate applications. Consequently, given these difficulties, it is critical that issued visas offer multiple entries and long validity periods.

In this regard, the process can be mitigated by the cascade system rules regulated under Article 24/2 of the Visa Code. These rules stipulate granting visas with longer validity to applicants who demonstrate their bona fides behaviour through prior lawful visa use. In this context, Commission Implementing Decision C(2025) 4696 is significant. It introduces rules more favourable than Article 24/2 of the Visa Code for Turkish residents and aims to facilitate the granting of longer validity visas within a shorter timeframe.

This study outlines the general visa application process within the Visa Code and examines Article 24/2 of the Visa Code. Subsequently, it addresses the Decision and, positing that it must have direct effect to achieve the anticipated results, discusses whether the Decision satisfies the direct effect criteria shaped by the case law of the CJEU.

Keywords

Visa, Schengen, Cascade, European Union, Direct Effect.

Extended Summary

Turkish citizens have been required to obtain visas for short-term travel to the Schengen area for a considerable time. Although this visa obligation dates back to the 1980s regarding individual European countries, its extension to the European Union occurred in 1995 with the inclusion of Turkey in the list referred to as the blacklist, established by a Regulation. Along with the initial blacklist regulation issued in 1995, Turkey has also been included in subsequent blacklist regulations. Alongside the long-standing visa obligation, the significant increase in demand for Schengen countries in recent years has naturally created a surge in visa applications. When the burden of collecting documents from separate sources for the document-based application process is combined with the scarcity of appointments and the increasing workload of consulates due to demand, it must be stated that obtaining visas with longer validity periods has become the most effective method for Turkish citizens wishing to travel comfortably to the Schengen area. Furthermore, although the visa obligation can be eliminated for certain groups of Turkish citizens and specific European countries within the framework of Turkey-European Union Association Law, the obligation continues for the general population of Turkish citizens. No result has yet been achieved from the Readmission Agreement, signed on 16 December 2013, which also aimed to lift the visa obligation for Turkish citizens.

Before moving on to the main subject of this work, it should be noted that visa applications are made, as a rule, to the consulate of the Member State located in the country where the applicant resides. As regards which Member State's consulate the application should be submitted to, the application shall be made, as a rule, to the consulate of the country that constitutes the main destination of the trip. Upon submission of the visa application, the consulate first examines its competence and then proceeds to examine the admissibility of the application. In the admissibility examination, it is checked whether the application was lodged within the prescribed deadline, whether it contains specific documents, whether the applicant's biometric data has been collected, and whether the visa fee has been collected. Once the application is deemed admissible, the examination on the merits begins. The fundamental starting point in the examination of the visa application on the merits is whether the applicant poses a risk of irregular migration and whether the applicant intends to leave the territory of the Member States before the expiry of the visa applied for. If one of the refusal grounds listed in Article 32 of the Visa Code, which regulates the visa application process and issuance thereof as a whole, exists, the visa application shall be refused. However, if none of the refusal grounds listed in the said article are present, a visa shall be issued to the applicant.

Through the lawful use of previous visas, visas with longer validity periods will be issued for subsequent applications pursuant to Article 24/2 of the Visa Code. These rules, publicly known as the *cascade* system, ensure that subsequent visas are issued with longer validity periods conditional upon the lawful use of previous visas. On the other hand, Article 48/1 of the Visa Code states that Member State consulates and EU delegations shall cooperate to ensure a harmonized application of the visa policy taking into account local circumstances, and this cooperation is termed local Schengen

cooperation. In this context, Article 24/2d of the Visa Code states that, pursuant to the assessment to be made under Article 24/2b, the Commission may adapt the rules set out in Article 24/2 to be more favourable or more restrictive for nationals of the relevant third country. In this regard, Commission Implementing Decision C(2025) 4696 of 15 July 2025, the main subject of this work, adapts the rules in Article 24/2 of the Visa Code for Turkish citizens residing in Turkey in a more favourable manner by taking local circumstances into account. It ensures that visas with longer validity periods are granted within a shorter timeframe, meaning that such visas may be obtained after the lawful use of fewer prior visas. However, consulates that resist implementing this Decision and refuse to “let their guard down” direct applicants to obtain visas from consulates that do apply this Decision, which encourages *visa shopping*, one of the behaviours the Visa Code explicitly aims to eliminate.

Therefore, applicants affected by the non-implementation of the Decision by the consulates must be able to file a lawsuit for the cancellation of the act of visa issuance in the courts of the relevant Member State and claim that the Decision is not being properly applied. This is made possible by “direct effect”, a concept developed through the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and one of the cornerstones of EU law. That is, if it is concluded that the Decision has direct effect, it will be possible for the applicant to rely on said Decision against the relevant Member State.

In EU law, direct effect essentially means that a rule of EU law possessing direct effect can be relied upon against the relevant Member State and invoked before national courts and authorities. It is accepted in EU law that direct effect can be possible for both primary and secondary law. That is to say, legislative acts in the form of decisions may also have direct effect if the necessary conditions are met. These conditions require the act whose direct effect is being examined to be unconditional, sufficiently clear, and precise. In the final part of this study, whether the Commission’s Implementing Decision has direct effect is discussed in light of these conditions and taking into account the case law of the CJEU.

Giriş

Türk vatandaşlarının Schengen bölgesini teşkil eden ülkelere kısa süreli kalmak üzere seyahat etmek için birçok sebebi bulunur. Turistik açıdan Schengen bölgesini meydana getiren ülkelerin Türkiye'ye olan coğrafi yakınlığı, hem bu ülkeleri seyahat için cazip yerler haline getirmekte hem de bu ülkelere olan seyahat masraflarını önemli ölçüde azaltmaktadır. Öte yandan 1960'lı yıllarda Türk misafir işçilerin başta Almanya olmak üzere Avrupa'daki birçok ülkeye gerçekleştirdiği göçlerin ise, coğrafi yakınlığın ötesinde Türkiye ile Schengen bölgesinin parçası olan bu ülkeler arasında sosyal, kültürel ve ekonomik bağların kurulmasını sağladığı söylenebilir¹. Böylelikle, kanaatimizce, Türkler için Schengen bölgesi, turizm amacı dışında da ticaret ve özellikle ziyaret için de seyahat gerçekleştirilecek bir yer haline geldiği de ifade edilebilir.

Buna karşın Türk vatandaşlarının uzun bir süredir Schengen bölgesine yapacakları kısa süreli seyahatler için vize almaları gerekmektedir. Türkiye açısından bu vize alma mecburiyeti, esasen 1980'li yılların başında, günümüzde Schengen bölgesini teşkil eden bazı ülkelerin, Türkiye'den gelen sığınmacı sayılarındaki artış nedeniyle Türk vatandaşlarından vize talep etmeye başlamasına dayandırılabilir². O yıllarda başlayan bu süreç, vatandaşlarının harici sınırlardan geçerken vizeye ihtiyacı bulunan ülkeleri gösteren ve 1995 yılında ilk defa Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi ("AB Konseyi") tarafından yürürlüğe konan Vize Listesi Tüzüğü'nde³ Türkiye'ye de yer verilmesiyle devam etmiştir. Türkiye, "kara liste"⁴ olarak adlandırılan ve çeşitli nedenlerle 1999⁵, 2001⁶ ve son olarak

¹ Bu konuda bkz. Can Ünver, 'Almanya'ya Türk İşgücü Göçü: Geçmişten Geleceğe Sorunlar, İmkanlar ve Fırsatlar' [2003] (45) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 177, 193 vd.; Kees Groenendijk and Elspeth Guild, *Visa Policy of Member States and the EU Towards Turkish Nationals After Soysal* (2nd ed., Economic Development Foundation Publications 2011) 10.

² Groenendijk and Guild (n 1) 53, ayrıca bkz. 80; Işıl Özkan, 'Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 409, 412 vd. ve özellikle dn. 10.

³ Council Regulation (EC) No 2317/95 of 25 September 1995 determining the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders of the Member States [1995] OJ L 234/1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995R2317>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁴ Groenendijk and Guild (n 1) 53; Steve Peers, Elspeth Guild and Jonathan Tomkin, *EU Immigration and Asylum Law* (Steve Peers, Elspeth Guild and Jonathan Tomkin eds, 2nd. rev., Martinus Nijhoff Publishers 2012) 223; Annalisa Meloni, 'Visa Code Regulation (EC) No 810/2009' in Daniel Thym and Kay Hailbronner (eds), *EU Immigration and Asylum Law* (3rd ed., Beck/Hart/Nomos 2022) 93. İfade etmek gerekir ki 1995 ve 1999 yılında yürürlüğe konan tüzüklerde yer alan liste, yalnızca vatandaşları vizeye ihtiyaç duyan ülkeleri göstermekteydi. Bu

2018’de⁷ yeniden yürürlüğe konan bu tüzüklerdeki listelerin hepsinde yer almıştır. Dolayısıyla Schengen bölgesini teşkil eden ülkelerin coğrafik ve ekonomik nedenlerle turizm için oldukça cazip olmasına ve bu ülkeler ile Türkiye arasında, göç nedeniyle kurulan sosyal, kültürel ve yine ekonomik köprüler bulunmasına rağmen kırk yılı aşkın bir süredir Türk vatandaşları için Schengen sınırlarının, söz konusu ülkelerin kara, hava veya deniz sınır kapılarında değil, Türkiye’deki konsolosluklarda başladığını söylemek yanlış olmaz⁸.

Schengen ülkelerine her ne sebeple olursa olsun kısa süreli seyahatlerde bulunmak isteyen Türk vatandaşları açısından ortaya konan bu karamsar tablo, Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku kapsamında belirli Avrupa Birliği (“AB”) ülkelerinde iş kurmak veya hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşları bakımından belirli ölçüde yumuşatılabilmiş ise de⁹ genel itibarıyla Türk vatandaşlarının Schengen ülkelerine özgürce seyahat etmek konusunda önlerinde büyük bir

tüzükler, tüzük uyarınca vatandaşlarının vize almasına gerek bulunmayan ülkelerin vatandaşlarının tabi olacağı vize rejimini bireysel olarak üye ülkelere bırakıyordu. Buna karşın 2001 ve 2018 yıllarında yürürlüğe konan tüzüklerde kara listenin (*Annex I*) yanı sıra, vatandaşlarının vize almasına gerek bulunmayan ülkeleri gösteren bir liste (*Annex II*) de bulunmaktadır.

⁵ Council Regulation (EC) No 574/1999 of 12 March 1999 determining the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders of the Member States [1999] OJ L 72/2 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31999R0574>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁶ Council Regulation (EC) No 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement [2001] OJ L 81/1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001R0539>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁷ Regulation (EU) 2018/1806 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (codification) [2018] OJ L 303/39 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02018R1806-20251230>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁸ Genel olarak bu ifade için bkz. Elspeth Guild, ‘The Border Abroad - Visas and Border Controls’ in Kees Groenendijk, Elspeth Guild and Paul Minderhoud (eds), *In Search of Europe’s Borders* (1st ed., Kluwer Law International 2003) 91. Kişilerin vize alma yükümlülükleri nedeniyle fiziksel sınırlardan önce “sanal bir sınır” ile karşılaştığı yönünde bkz. Didier Bigo and Elspeth Guild, ‘Policing at a Distance: Schengen Visa Policies’ in Didier Bigo and Elspeth Guild (eds), *Controlling Frontiers: Free Movement Into and Within Europe* (1st ed., Routledge 2005) 234.

⁹ Bu konuda bkz. Case C-228/06 *Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland* [2009] ECR I-1031 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0228>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Işıl Özkan, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2025) 532 vd.; Denis Martin, ‘The Privileged Treatment of Turkish Nationals’ in Elspeth Guild and Paul Minderhoud (eds), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law* (1st ed., Martinus Nijhoff Publishers 2012) 80-82.

engel olduğu söylenebilir. Bu engelin aşılması kapsamında Türkiye ile AB arasında 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanan Geri Kabul Anlaşması¹⁰ çerçevesinde görüşmelerine başlanılan ve Türk vatandaşlarının kısa süreli seyahatleri için vize alma mecburiyetini ortadan kaldırmayı hedefleyen Vize Serbestisi Diyaloğu¹¹’nin ise henüz başarıya ulaştığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla Türk vatandaşlarının geneli için vize konularında bir kazanıma ya da ilerlemeye işaret edebilecek bir durumun Avrupa Komisyonunun C(2025) 4696 sayılı ve 15.07.2025 tarihli Uygulama Kararı olduğu ileri sürülebilir.

Söz konusu kararın neden bir kazanım olarak görülebileceği, işlevinin ne olduğu ve Türk vatandaşlarının kısa süreli seyahatleri için yapacakları Schengen vizesi başvurularında ne tür bir etkiye sahip olacağına aşağıda yer verilecektir. Ancak bundan önce Vize Kodu¹² çerçevesinde Schengen vizesi başvuru sürecinin genel hatlarıyla ele alınması, zikredilen Uygulama Kararı’nın bu sürece ne tür etkilerinin olduğunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

I. Vize Kodu Çerçevesinde Schengen Vizesi Başvurusu

A. Vize Kodu ve Kısa Süreli Seyahat ile Schengen Vizesi Kavramları

Schengen bölgesi, içerisinde fiziksel sınırların olmadığı, bölgeye giren kişilerin serbestçe hareket etme imkânının olduğu bir alanı ifade eder¹³. Bu bölge içerisinde sınırlar olmadığı için kişiler serbestçe bir Schengen ülkesinden¹⁴ diğ-

¹⁰ Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation [2014] OJ L 134/3; Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6547, Kabul Tarihi: 25.06.2014, RG 28.06.2014/29044.

¹¹ ‘First Meeting of the EU-Turkey Visa Liberalization Dialogue Agreed Minutes’ <https://www.ab.gov.tr/files/sib/19_agreed_minutes_ve_annotated_roadmap.pdf> Erişim Tarihi 20 Mart 2026.

¹² Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code) [2009] OJ L 243/1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02009R0810-20240628>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

¹³ Schengen bölgesinin oluşumunun temelinde yer alan 14 Haziran 1985 tarihli Schengen Anlaşması ve 19 Haziran 1990 tarihli Schengen Sözleşmesi (“Schengen Sözleşmesi”)’nin içeriği ile ilgili olarak bkz. David O’Keeffe, ‘The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?’ (1991) 11 (1) Yearbook of European Law 185, 185 vd. Söz konusu uluslararası anlaşmalar sırasıyla OJ L 239 sayılı 22.9.200 tarihli AB Resmi Gazetesi’nin 13. ila 62. sayfaları arasında yayımlanmıştır.

¹⁴ 2025 yılında Bulgaristan ve Romanya’nın da katılımıyla Schengen bölgesinde yer alan ülke sayısı 29’a çıkmıştır. Bu 29 ülkeden 25’i aynı zamanda AB üyesidir. Bu ülkeler alfabetik olarak

rine geçebilirler. Ülkelerin kara, deniz ve hava sınırları arasında sınır kapıları ve sınır kontrolleri yoktur¹⁵. Bu nedenle Schengen bölgesinde iç sınırların yokluğu dış sınırları (Schengen sınırlarını) zorunlu kılar ve bunları odağa alır. Zira tek bir Schengen ülkesinden giriş, esasen Schengen bölgesindeki diğer tüm ülkelere kontrolsüz bir şekilde seyahat imkânı anlamına gelir. Dolayısıyla Schengen bölgesini oluşturan devletlerin, ülkelere kimlerin girebileceği veya ne koşullar altında girebileceği konusunda ortak hareket etmesi yani, dış sınırlardan geçişin koşulları konusunda yeknesaklık sağlanması, doğal bir zorunluluktur¹⁶. Bu başlık altında Schengen bölgesini meydana getiren ülkelerin birlikte hareket etmesi gereken temel konulardan birisi, Schengen bölgesine girmek için hangi devlet vatandaşlarının vize almasının gerekli olduğu ve hangi koşullar altında bu kim-selere vize verileceğidir.

Vize Kodu'nun henüz yürürlükte olmadığı dönemde Schengen Sözleşmesi md. 10/2 uyarınca her devletin, Sözleşme hükümlerini dikkate alarak verdiği milli vizeler, diğer devletler tarafından da geçerli kabul ediliyor ve bu vizeler Schengen sınırlarından geçiş için kullanılabilirdi. Her ne kadar bu dönemde Sözleşme md. 10/1'e göre "üye devletlerin tamamında geçerli bir yeknesak vize"nin yürürlüğe konması öngörülmekteydi ise de Vize Kodu öncesinde bu tür

şu şekilde sıralanabilir: Almanya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Yunanistan, bkz. 'Schengen: A Guide to the European Border-Free Zone' <<https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20190612STO54307/schengen-a-guide-to-the-european-border-free-zone>> Erişim Tarihi 20 Mart 2026. Çalışmada Schengen bölgesini meydana getiren tüm devletler için yerine göre "Schengen ülkesi" veya "üye devlet" tabiri kullanıldığı ayrıca belirtilmelidir.

¹⁵ Schengen Sınırlar Kodu md. 1/1'de iç sınırlar, üye devletlerin nehir ve göl sınırları da dâhil olmak üzere kara sınırlarını (md. 1/1-a); dahili uçuşlar bakımından üye devletlerin havalimanları (md. 1/1-b) ve üye devletlerin -düzenli iç hatlar vapur seferleri için deniz, nehir ve göl limanları (md. 1/1-c) olarak tanımlanmıştır. Bu Kod (Tüzük) için bkz. Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) [2016] OJ L77/1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02016R0399-20251012>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

¹⁶ Bu husus Schengen Sınırlar Kodu'nun dibacesinin 6. paragrafının ilk cümlesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Sınır kontrolü, yalnızca sınır kontrolünün gerçekleştirildiği üye devletin yararına değil, iç sınırları kaldırarak bütün üye devletlerin yararınadır." Vize konusunda uygulanacak kuralların aynı olması kadar, kuralların yeknesak uygulanması da bir o kadar önemlidir. Zira aynı kuralların üye devletler tarafından farklı uygulanması, başvuru sahipleri, gitmek istedikleri ülkenin ne olduğundan bağımsız, kendilerine daha elverişli koşullarla vize veren bir ülkeye başvurmaya, yani *visa shopping*'e yöneltecektir. Bu konuda bkz. dn. 28.

bir vize yürürlüğe konamamıştı¹⁷. Bu koşullar altında, Avrupa Konseyi (“Zirve”) tarafından 2004 yılında kabul edilen Lahey Programı’nın 1.7.3. maddesinde, Zirve, “ortak vize politikasının daha da geliştirilmesine yönelik ihtiyacı” vurgulamış ve AB Komisyonu (“Komisyon”), vize politikasının güçlendirilmesi için gerekli değişiklikleri sunmaya davet edilmişti¹⁸. Bunun üzerine 28 Temmuz 2006 tarihinde Komisyon tarafından Vize Kodu’na ilişkin tüzük önerisi Avrupa Parlamentosuna ve AB Konseyine sunulmuştur¹⁹. Söz konusu öneri, her iki kurum tarafından da kabul edilerek 15 Eylül 2009’da AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmış ve 5 Nisan 2010’da yürürlüğe girmiştir²⁰. 2010 yılından bu yana Schengen ülkelerine kısa süreli seyahatler için yapılacak vize başvuruları, vize başvurularının değerlendirilmesi ve bunlar hakkında karar verilmesi, vize başvuru sürecinin arkasında yer alan idari süreçler, vizeye yönelik idari yapılanma ve yerel Schengen iş birliği, bir tüzük olarak çıkartılan Vize Kodu’na tabidir.

Bu nedenle kısa süreli seyahat kavramının tanımı için yine Vize Kodu’na bakmak gerekir. Vize Kodu’na göre, kısa süreli seyahat, Schengen bölgesi içerisinde her 180 günlük bir dönem içinde 90 güne kadar kalmayı ifade eder²¹. Bu bakımdan 90 güne kadar olmak koşuluyla kalış sebebi ne olursa olsun, Schengen bölgesine seyahat etmek isteyen bir Türk vatandaşının, alması gereken vize, koşulları ve hükümleri AB hukuku tarafından idare edilen, bütün Schengen ülkelerine giriş imkânı²² tanıyan ve kamuoyu tarafından Schengen vizesi olarak

¹⁷ Bu konuda bkz. Silvia Romien, ‘EU Border and Visa Policy: Current State of Affairs’ in Jaap de Zwaan and Flora Goudappel (eds), *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme* (TMC Asser Press 2006) 37.

¹⁸ The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union [2005] OJ C 53/1.

¹⁹ Commission, ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Community Code on Visas’ (Proposal) COM(2006) 403 final/2; Belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği’nin işleyişine Dair Andlaşma (ABİA) md. 77 vd. düzenlenen özgürlük, güvenlik ve adalet alanına ve özellikle ortak vize politikası ve Schengen sınırlarından geçişlere ilişkin konularda, Andlaşma’nın belirli türdeki bir yasama tasarrufunu gerekli kılmasına rağmen, bu konularda tüzük yasama tasarrufunun tercih edilmesinin, söz konusu konularda yeknesaklık sağlanmasının amaçlanması nedeniyle olduğu ve direktif biçimindeki yasama tasarruflarının üye devletlerle esneklik sağlayacağından tercih edilmediği ifade edilmektedir, bkz. Peers, Guild and Tomkin (n 4) 10.

²⁰ Bkz. dn. 10.

²¹ Vize Kodu md. 1: “*This Regulation establishes the procedures and conditions for issuing visas for intended stays on the territory of the Member States not exceeding 90 days in any 180-day period.*” Burada “...not exceeding 90 days...” dendiği için, 90. gün de, şayet ilgili kişiye verilen vizede bu süre kısaltılmamışsa, kalış süresine dahildir.

²² Burada bir kimseye vize verilmesinin, hedeflenen üye ülkeye girişi garantilemediğinden ya da bu yönde bir hak bahsetmediğinden, aksine vizenin vize sahibine sağladığının Schengen böl-

da adlandırılan vizedir. İfade etmek gerekir ki Schengen vizesi ibaresine, Vize Kodu'nda yalnızca EK l'de yer alan Uyumlaştırılmış Başvuru Formu'nda ve Vize Kodu'nun dibacesinde (para 23) yer verilmiştir. Bunun dışında Vize Kodu'nun metninde başka bir yerde "Schengen vizesi" ifadesi kullanılmamıştır. Bunun yerine Vize Kodu md. 2/2'de verilmesi için başvuru yapılan ve bütün Schengen ülkelerine giriş yapmaya olanak tanıyan vize için "tekörnek vize" ya da "yeknesak vize" olarak Türkçeye çevrilebilecek "*uniform visa*" ifadesi tercih edilmiştir²³.

Ancak Vize Kodu'nda yeknesak vizenin yanı sıra, bütün Schengen ülkelerine değil yalnızca belirli Schengen ülkelerine giriş imkânı tanıyan (*visa with limited territorial validity*, Vize Kodu md. 25) ya da hava yolu ile ilgili Schengen ülkesinden transit geçmeye yarayan (*Airport transit visa*, Vize Kodu md. 26) vizelere yer verildiği dikkate alındığında, yeknesak vize kavramının esasen Schengen vizesinin kendisi değil, bir alt türü olduğu söylenebilir²⁴. Ne var ki Schengen vizesi ifadesinin yeknesak vizeye karşılık gelmek üzere kullanılması- nın gerek günlük kullanımda yerleşmiş olması gerekse AB kurumlarının da bu ismi benimsemiş olması (Örneğin Komisyonun Göç ve İçişleri departmanı, kendi internet sitesinde de "Schengen vizesi" tabirini tercih etmektedir²⁵.) karşısında bu çalışmada da "tekörnek vize" ya da "yeknesak vize" için "Schengen vizesi" ya da yalnızca "vize" ifadesi kullanılmıştır.

gesine girmeye yönelik yalnızca bir imkân olduğu kabulünden hareket edilmiştir. Gerçekten de Schengen bölgesi içerisinde iç sınırların olmamasını temin eden ve Schengen sınırlarından geçen kişilere uygulanacak sınır kontrolü hakkında kurallar koyan Schengen Sınırları Kodu md. 6'da, üçüncü ülke vatandaşlarının Schengen sınırlarından geçebilmesi için gerekli şartların neler olduğu düzenlenmiştir. Vatandaşlarının vize alması gereken devletlerin vatandaşları bakımından, geçerli bir vizeye sahip olma şartının yanı sıra Schengen bölgesinde planladıkları kalışın koşullarının temellendirilmesi ve hem kalış hem de dönüş için yeterli maddi imkana sahip olmak gibi diğer şartlara da yer verilmiştir.

²³ "*Uniform visa*" kavramı için doktrinde "tek tip vize" ifadesi de tercih edilmiştir, bkz. Ayşe Serçin Kutucu, *Avrupa Birliği'nde Üçüncü Devlet Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014) 76.

²⁴ Bu yönde bkz. *Commission Staff Working Document Evaluation EU Visa Policy - Evaluation of the Visa Code* (SWD(2024) 108 final, 2024) 4 <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/a1a81419-22c2-4062-8cf3-1f00a69e698f_en> Erişim Tarihi 16 Şubat 2026. Yeknesak vize kavramına, söz konusu diğer vizelerin varlığı nedeniyle Vize Kodu'nda yer verildiği Vize Kodu'nun önerisinin gerekçesinde belirtilmiştir, bkz. COM(2006) 403 final/2, 15-16.

²⁵ 'Applying for a Schengen visa' (*European Commission Migration and Home Affairs*, 03.12.2025) <https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen/visa-policy/applying-schengen-visa_en> Erişim Tarihi 10 Şubat 2026.

O halde Schengen vizesi kavramı, bütün Schengen ülkelerinde, herhangi bir 180 günlük dönem içerisinde en fazla 90 güne kadar kalmaya imkân tanıyan bir izin olarak tanımlanabilir. Şüphesiz vizeyi verecek makam, Vize Kodu'na göre 90 gün yerine daha az bir süre belirleyebilir (Vize Kodu md. 24/1). Nihayet, 90 günlük kalış süresinin pasaporta göre değil, kişiye göre belirlendiği de akıldan çıkarılmamalıdır²⁶. Dolayısıyla çoklu pasaport ile seyahat eden kimse-lerin Schengen bölgesinde kaldığı süre hangi pasaport ile kaldığına göre değil, bizzat fiilen kaldığı süreye göre belirlenecektir. Buna göre hususi damgalı pasaportu ile Schengen bölgesinde 90 gün kalan bir Türk vatandaşı, aynı 180 günlük dönem içerisinde umuma mahsus pasaport ile bir 90 gün daha kalamayacaktır.

Öte yandan 90 günü aşan kalışlar için ise vizeler, Sözleşme md. 18'e göre, üye devletlerden birisi tarafından, kendi milli hukukuna veya AB hukukuna göre verilir. Bu vizelerde de kısa süreli kalışlar için düzenlenen vize çıkartmalarındaki yeknesak form kullanılır²⁷, ancak uzun süreli vizeler için vize çıkartmasında "C" harfi yerine "D" harfine yer verilir. Bununla beraber halihazırda uzun dönem kalış (90 günden fazla) imkânı sağlayan bir vizeye veya oturma iznine sahip olan Türk vatandaşlarının, Schengen vizesi alma mecburiyeti yoktur (Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-b).

B. Vize Başvurusunun İncelenmesinde Yetki ve Başvurunun Kabul Edilebilirliği

Schengen vizesi için yapılan başvuruların Vize Kodu'na tabi olduğu yukarıda belirtilmişti. Vize Kodu çerçevesinde Schengen vizesi verilmesi amacıyla yapılan başvuruya ilişkin süreç, Vize Kodu hükümleri dikkate alındığında, başvuru devletin yetkisinin incelenmesi, kabul edilebilirlik incelemesi ve esastan inceleme olarak üç ayrı kısma ayrılabilir²⁸.

²⁶ ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I) (C(2024) 4319 final ANNEX, 2024) 26 <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/1d79f44d-49ba-4847-951e-129f924b1051_en> Erişim Tarihi 16 Şubat 2026.

²⁷ Yeknesak vize formu için bkz. Council Regulation (EC) No 1683/95 of 29 May 1995 laying down a uniform format for visas [1995] OJ L164/1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01995R1683-20231227>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

²⁸ Daniel Thym, *European Migration Law* (Oxford University Press 2023) 290.

1. Başvurunun İncelenmesinde Yetki

a. Yetkili Üye Devlet

Schengen vizesi başvuruları ile ilgili ilk mesele, hangi üye devletin başvuru-yu incelemeye yetkili olduğu veya farklı bir açıdan, başvurunun hangi ülkeye başvuru yapması gerektiğidir. Schengen vizesinin, 29 ülkeye giriş imkânı tanıdığı ve bu yönüyle ulusötesi etkilere sahip olduğu düşünüldüğünde²⁹, vize başvurularının herhangi bir Schengen ülkesine yapılabileceğinin, yani her Schengen ülkesinin her vize başvurusunu incelemeye yetkili olması gibi bir esasın kabul edildiği düşünülebilir. Ancak Vize Kodu'nda yer alan sistem, vize başvurusunu inceleme yetkisini temelde, hedef ülke olma koşuluna bağlamıştır (Vize Kodu md. 5/1). Hedef ülke, tek bir üye devletin ülkesine seyahat edildiği durumlarda o ülkeyi; birden fazla üye devletin ülkesine aynı gezi kapsamında veya iki aylık bir süre içerisinde ayrı ayrı seyahat edildiği durumda en çok kalınan veya kalış amacına göre hedef ülke olarak belirlenen ülkeyi ifade eder (Vize Kodu md. 5/1-a, b). Şayet hedef ülke belirlenemiyorsa, dış sınırı ilk olarak geçilecek ülke, vize başvurusunu incelemeye yetkilidir (Vize Kodu md. 5/1-c). Vize başvuruları, kural olarak yetkili üye devletin konsoloslugu tarafından incelenir, ancak ilgili üye devlet başvuruların merkezi makamlar tarafından inceleneceğine karar verebileceği gibi başvurular dış sınırlarda, sınır kontrollerinden sorumlu makamlar tarafından da karara bağlanabilir (Vize Kodu md. 4/1).

b. Yetkili Konsolosluk

Yetkili üye devletin yanı sıra, bu devletin yetkili konsolosluğun da belirlenmesi gerekir. Kaide olarak yetkili konsolosluk, başvurunun hukuka uygun bir biçimde ikamet ettiği ülkedeki konsolosluktur (Vize Kodu md. 6/1). Konsolosluğun yetkisi, hukuka uygun bir biçimde ikamet etmeye bağlı olduğu için yine daha çabuk veya daha kolay yoldan vize elde edebilmek için kısa süreli olarak başka ülkeye gidilmesi ve bu ülkeden vize başvurusunda bulunulması sonuç vermeyecektir. Öte yandan başvurunun ikamet etmediği ancak yine hukuka uygun olarak topraklarında bulunduğu devlette yer alan yetkili üye devletin konsolosluğuna başvuruda bulunması, başvurunun neden farklı bir ülkedeki konsoloslukta yapıldığı konusunda gerekçe sunulması halinde, mümkündür (Vize Kodu md. 6/2).

²⁹ ibid 291.

Başvurucu, başvurusunu yetkili üye devlete ve bu üye devletin yetkili konsolosluklarına yapmışsa, başvurusu artık kabul edilebilirlik kriterleri yönünden değerlendirilebilir haldedir (Vize Kodu md. 18/1, Vize Kodu md. 19/1). Ancak başvuru, yetkili üye devlete ya da bu devletin yetkili konsolosluklarına yapılmamışsa, başvurulmuş konsolosluk tarafından başvurucuya başvuru formu ve beraberinde sunduğu dosyalar ile başvurucunun yatırmış olduğu vize harcı iade edilir ve başvuru için yetkili konsolosluğun hangisi olduğu belirtilir (Vize Kodu md. 18/2).

c. “Visa Shopping” Kavramı

Son zamanlarda giderek daha fazla işitilir olan *visa shopping* kavramı vize başvurusundaki yetki meseleleriyle temelde ilintilidir³⁰. *Visa shopping* kavramının tanımına Vize Kodu’nda yer verilmemiştir. Ancak Vize Kodu’nun dibacesinin 18. paragrafında *visa shopping*’in yerel Schengen iş birliği bağlamında ve özellikle vizeye ilişkin yasama tasarruflarındaki hükümlerin yeknesak uygulanarak önlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) da *Koushkaki* kararında, Vize Kodu’nda yer alan vize başvurusunun reddi sebeplerinin sınırlı sayıldığını, bu sebeplere başvurulmuş üye devlet tarafından yeni bir tanesinin eklenmesinin başvuru sahipleri diğer ülkelerden vize almaya yönelteceğini, bunun da Vize Kodu’nun dibacesinin 18. paragrafındaki hedef ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir³¹.

Bununla beraber *visa shopping* kavramı kanaatimizce şu şekilde tanımlanabilir: *Visa shopping*, başvuru için randevu bulunmasının kolaylığı, ilgili konsoloslukça istenen belgelerin fazlaca olmaması, başvuruların hızlı işlenmesi veya uzun geçerlilik sürelerine sahip vizeler verilmesi gibi nedenlerle, başvuruyu incelemeye yetkili makamı yanıltacak şekilde başvuru sahiplerinin esasen gitmek istediği ülkeden başka bir ülkeye vize başvurusunda bulunması olarak tanımla-

³⁰ *Visa shopping* ile ilgili olarak AB Konseyi bünyesindeki Vize Çalışma Grubu’nun 1 Ekim 2025 tarihinde gerçekleştirdikleri toplantılarda söz konusu olgu tartışılmış ve yapay zeka araçları ile hazırlanan detaylı seyahat planları nedeniyle *visa shopping*’e teşebbüs eden kişilerin bu niyetlerinin anlaşılmasının zorlaştığı ve vize randevularını alıp satmayı meslek edinen aracılardan bu tür araçlar ile konsoloslukların açmış olduğu randevular daha kolay bir şekilde takip edip bu randevuları satmaya devam ettikleri tespitlerinde bulunulmuştur, bkz. ‘Visa Shopping - Best Practices and Way Forward (13256/25)’ <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13256-2025-INIT/en/pdf>> Erişim Tarihi 22 Mart 2026.

³¹ Case C-84/12 Rahmanian Koushkaki v Bundesrepublik Deutschland [2013] ECLI:EU:C:2007:805 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0084>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

nabilir³². Bu durumda, başvuru sahibinin asıl gitmek istediği ülke başvurduğu devletin ülkesi olmamasına rağmen, başvuruyu, daha elverişli bir sonuç alacağını düşündüğü için yine de o devlete yapar.

Dürüst olmadığı aşikâr olan bu davranışın yaptırımı, kanaatimizce başvurunun yetkisiz bir üye devlete yapılması nedeniyle başvurunun iadesi olsa da (Vize Kodu md. 18/2), başvurunun esastan incelenmesinden önce *görünüşte* yetkili bir üye devlete ve konsoloslukta başvuruda bulunulduğu ve başvuru kişinin niyeti ancak başvurunun esastan incelenmesiyle ortaya konabileceği için, bu yaptırımın uygulanması zor gözükmemektedir. Öte yandan esastan inceleme açısından, aşağıda da görüleceği üzere, *visa shopping* başlı başına bir ret sebebi değildir. Buna karşın esastan inceleme safhasında, kanaatimizce, *visa shopping* yapıldığının tespit edilmesi halinde başvuru, başvuru kişinin hedeflediği kalışının amacının ve koşullarının temellendirilmemiş olması sebebine istinaden, reddedilebilecektir (Vize Kodu md. 32/1-a-ii).

Visa shopping halinin bir yaptırım ile karşılaşabileceği tek zaman aralığının vize başvurusu süreci olduğunu söylemek ise doğru olmayacaktır. Başvuru esnasında ilgili konsolosluk tarafından fark edilmediği ve başvurucuya buna rağmen vize verildiği bir durumda, bu davranışın gerçekleşmiş olduğunun sonradan fark edilmesi halinde vizenin iptal edilmesi gerekecektir (Vize Kodu md. 34/1). Gerçekten de Vize Kodu md. 34/1'de, verildiği esnada, verilmesi için gereken koşulların karşılanmaması ve özellikle vizenin hileli bir şekilde elde edildiğine dair güçlü emarelerin bulunması halinde, vize kaide olarak vizeyi veren üye devlet tarafından iptal edilir. Ancak vizeyi iptal etme yetkisi yalnızca vizeyi veren üye devlete değil, vizeyi veren üye devlete bildirmek kaydıyla herhangi bir üye devlete de tanınmıştır (Vize Kodu md. 34/1-3.c). Dolayısıyla, örneğin, Yunanistan tarafından, Yunanistan'da gerçekleşecek bir seyahat için verilen bir vize ile doğrudan doğruya Almanya'ya gidilmesi durumunda, ilgili kişinin Almanya'ya girişine izin verilmemesi (Schengen Sınırlar Kodu md. 14) ve vizenin Almanya tarafından iptal edilmesi gündeme gelebilecektir³³. Bundan başka vize başvurusunda sunulan otel rezervasyonunun, vizenin elde edilmesinin ardından, gerçekte gitmek istenilen ülkede bir otel rezervasyonu yapılması nedeniyle iptal edilmesi örneği verilebilir. Böyle bir durumda, kanaatimizce,

³² Ayrıca bkz. 'Visa Shopping - Best Practices and Way Forward (13256/25)' (n 30) 2.

³³ Ayrıca bkz. *ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I)* (n 26) 148.

vizenin verilmesine esas olan koşullar sonradan ortadan kalktığı için bu vize geri alınacaktır (Vize Kodu md. 34/2).

Visa shopping, mevcut vizeye olan muhtemel etkileri dışında, sonraki vize başvuruları bakımından da dikkate alınacak bir unsur olabilir. Hedef ülkenin gerçekte Hollanda olduğu ancak vizenin İspanya'dan alındığı ve Hollanda'ya İspanya'da alınan bir vize ile giriş yapıldığı bir örnekte, sonraki başvuruda başvurunun önceki vizesini nasıl kullandığı ayrıca kontrol edilecektir (Vize Kodu md. 24/2). Bu kapsamda kabul edilebilir bulunan her vize başvurusu için konsolosluk, Vize Bilgi Sisteminde (VIS) başvuru için bir dosya oluşturmak ve vize başvurusunun esastan incelenmesinde VIS'ten yararlanmak zorundadır (VIS Tüzüğü³⁴ md. 8, Vize Kodu md. 21/2). VIS'te her başvuru için oluşturulan dosyada tutulan kayıtlar arasında başvurunun hedef ülke bilgisi de bulunmaktadır (VIS Tüzüğü md. 9/4-g). Bundan başka Giriş/Çıkış Sistemi³⁵'nde kişilerin Schengen sınırlarından geçişleri de kayıt altında alınmakta ve hangi ülkeden giriş yapıldığına yönelik bilgi, VIS aracılığıyla vize başvurularını inceleyen konsolosluklar ile paylaşılmaktadır (Giriş/Çıkış Sistemi Tüzüğü³⁶ md. 1/1-a, 8/2-a ve VIS Tüzüğü md. 17a/2-b). Hal böyle olunca vize başvurusunu inceleyen konsolosluk, önceki vizenin doğru kullanılmadığını ve ortada bir *visa shopping* hali olduğunu görünce, vize başvurusunu başvurunun hedeflediği kalışının amacının ve koşullarının temellendirilmemiş olması sebebine dayanarak reddedebilecektir. Burada önceki kullanımına yönelik açıklamada bulunma ve vizesini doğru kullandığını ispat yükü, başvurucuya düşmektedir³⁷.

³⁴ Regulation (EC) 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation) [2008] OJ L218/60 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02008R0767-20251012>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

³⁵ Giriş/Çıkış Sistemi hakkında bilgi için bkz. 'What is the EES?' (*European Commission Directorate-General for Migration and Home Affairs*) <<https://travel-europe.europa.eu/ees/what-is-the-ees>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2026.

³⁶ Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011 [2017] OJ L 327/20 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02017R2226-20210803>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

³⁷ Bkz. n 37.

2. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Konsolosluk, kendisine gelen başvuruda yetkili olduğunu tespit ederse, başvuruyu kabul edilebilirlik kriterleri yönünden değerlendirir. Bu incelemede başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı, belirli evrakı içerip içermediği, başvurunun biyometrik verilerinin toplanıp toplanmadığı ve vize harcının tahsil edilip edilmediği kontrol edilir (Vize Kodu md. 19/1). Buna göre öncelikle başvuru en erken, planlanan seyahatin başlangıç tarihinden 6 ay önce; en geç söz konusu seyahatin başlangıç tarihine 15 gün kala yapılabilir (Vize Kodu md. 9/1). Yine gerekçe sunulmak kaydıyla önemli bir halin varlığı haline vize başvurusunun seyahatin başlangıç tarihine 15 günden az kalmışsa dahi yapılmasına izin verilebilir (Vize Kodu md. 19/1-2.c).

Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı incelendikten sonra, başvuru için gereken evrakı sunup sunmadığı kontrol edilir. Bu bağlamda başvurunun geçerli bir seyahat belgesi, usulünce doldurulmuş yeknesak başvuru formunu, Kod md. 13'te belirtilen standartlara uygun fotoğrafı, yeterli ve geçerli bir seyahat sağlık sigortası ve destekleyici belgeleri sunup sunmadığı değerlendirilir (Vize Kodu md. 10/3-a, b, c, f, g). Bunun yanı sıra başvurunun parmak izlerinin alınmasına müsaade etmesi ve vize harcını ödemesi gerekir (Vize Kodu md. 10/3-d, e).

Vize Kodu md. 14/1'de başvurunun seyahat amacını gösteren, konaklaması veya konaklamayı sağlayabilmesi için gerekli imkana sahip olduğuna ilişkin olan, gerek Schengen bölgesinde kalış sırasında gerekse dönüş için maddi imkana sahip olduğuna dair belgeler ile başvurunun başvurduğu vizesinin süresinin bitmesinden önce geri döneceğine dair niyetinin değerlendirilmesine olanak sağlayan belgeleri başvurusunda destekleyici belgeler olarak sunması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca Vize Kodu'na ilişik EK-2 listesinde seyahat amacına göre sunulması gereken destekleyici belgeler, örnekleyici olarak sayılmıştır.

Burada destekleyici belgelerin özel bir öneme sahip olduğunun altını çizmek gerekir. Destekleyici belgeler her ne kadar Vize Kodu md. 14/1'de genel olarak ismen zikredilmiş ve EK-2'de belirli ölçüde somutlaştırılmışsa da Vize Kodu'nun genel ve nispeten soyut düzenlemesi, her başvuru bakımından konsolosluk çalışanlarının aynı konuya ilişkin bulunan fakat farklı olan destekleyici belgeleri incelemesine ve bunların ne için sunulduğunu ya da bunların hakiki belgeler olup olmadığını ayrıca araştırmasına neden olabilecek, bu da zaman ve emek kaybına yol açabilecektir. Böyle bir olasılığı öngören AB kanun koyucusu, Vize Kodu md. 14/5a'da yerel koşulların dikkate alınmasının gerekli olduğu

hallerde, Komisyon'a uygulama tasarrufları vasıtasıyla her ülke için, kullanılacak yeknesak destekleyici belgeler listesini belirleme yetkisi vermiştir.

Buna göre Komisyon öncelikle 2011 yılında bir Uygulama Kararı³⁸ ile Türkiye ve Türkiye'nin yanı sıra Bosna Hersek ve Sri Lanka'nın da vize başvurularında sunması gereken destekleyici belgelerin neler olduğunu belirlemiş, bunun ardından 2021 yılında Komisyon, Türkiye için halihazırda istenen destekleyici belgeler listesinin gözden geçirilmesi gerektiğini belirterek bu listeyi güncellemiştir. Örneğin, Türkiye'deki koşullara göre güncellenen liste uyarınca Türkiye'den başvuru yapmak isteyen bir kimse, şayet bağlı olarak çalışıyorsa E-Devlet Kapısı üzerinden alınan Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi ve SGK Tescil ve Hizmet Dökümü belgelerini sunmak zorundadır. Bunun haricinde tüm başvurucuların yine E-Devlet Kapısı üzerinden alınan Tam Tekmil Vukuatlı Nüfus Kayıt Örneğini sunmaları gerekir.

Başvuru kabul edilebilir bulunursa, başvurucunun VIS üzerinden başvuru dosyası oluşturulur (VIS Tüzüğü md. 8) ve başvurunun esastan incelenmesine geçilir (Vize Kodu md. 19/2). Başvurunun kabul edilemez bulunduğu bir durumda ise, başvurucu tarafından sunulan evraklar iade edilir, toplanan biyometrik veri imha edilir, vize harcı başvurucuya iade edilir ve başvuru incelenmez (Vize Kodu md. 19/3). Ancak başvuru kabul edilemez bulunsada dahi insani sebeplerle, milli menfaatler sebebiyle ya da uluslararası yükümlülükler nedeniyle başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilebilir (Vize Kodu md. 19/4).

C. Vize Başvurusunun Esastan İncelenmesi

1. Genel Olarak

Kabul edilebilir bir başvurunun esastan incelenmesi, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren on beş gün içerisinde gerçekleştirilir (Vize Kodu md. 23/1).

³⁸ Commission, 'Commission Implementing Decision of 13.10.2011 establishing the list of supporting documents to be presented by visa applicants in Bosnia and Herzegovina, Sri Lanka, and Turkey' C (2011) 7192 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/2cf67c5b-af61-4021-9b09-ec4fbf871498_en> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Commission, 'Commission Implementing Decision of 29.7.2011 amending Annex III to Implementing Decision C(2011) 7192, as regards the list of supporting documents to be submitted by applicants for short stay visas in Turkey' C (2021) 5156 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/0e9786fa-739a-4479-80c3-082389ae9a84_en> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

Vize başvurusunun esastan incelenmesinde temel hareket noktası başvuru-
nun yasa dışı göç tehlikesi taşıyıp taşımadığı ile başvuru-
cunun üye devletlerin topraklarını başvurmuş bulunduğu vizenin bitişinden önce terk etme niyetinde
olup olmadığıdır (Vize Kodu md. 21/1)³⁹. Başvurucunun, üye devletlerin toprak-
larını başvurmuş bulunduğu vizenin bitişinden önce terk etme niyeti incelenir-
ken, burada başvuru-
cunun terk etme niyetinden kesin bir şekilde emin olun-
ması gerektiği söylenebilir, zira başvuru-
cunun üye devletlerin topraklarını terk
etmeyeceğine dair makul şüphe dahi vize başvurusunun reddine yol açacaktır⁴⁰.
Öte yandan Adalet Divanı, *Koushkaki* kararında Vize Kodu md. 14(1)(d)'deki
belge sunma yükümlülüğünden hareketle, başvuru-
cuyu peşinen terk etme
niyetiyle ilgili makul şüphe altında kabul etmekte ve bu şüpheyi bertaraf etme
kölfaetini, başvuru-
cuya yüklemiştir⁴¹.

Bununla beraber başvuru-
cunun ayrıca Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-a, c,
d ve e'deki koşulları sağlayıp sağlamadığı da değerlendirilir (Vize Kodu md. 21):
Bu koşullar genel olarak son 10 yıl içerisinde verilmiş ve geçerliliği planlanan
dönüş tarihinden 3 ay daha geçerli olan, geçerli bir seyahat belgesine sahip
olmak⁴² (Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-a) planlanan kalışın amacını ve koşul-
ların temellendirmek ve planlanan kalış ve dönüş için yeterli maddi imkana
sahip olmak (Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-c, ayrıca bkz. Vize Kodu md. 21/3-
b), hakkında Schengen Bilgi Sistemi (SIS)'nde girişine izin verilmemesi için uyarı

³⁹ Ayrıca bkz. *Koushkaki* (n 31), para 70.

⁴⁰ *Koushkaki* (n 31), para 68.

⁴¹ *Koushkaki* (n 31), paras 71-72.

⁴² Adalet Divanının *Air Baltic* kararına konu olayda, Air Baltic Hindistan vatandaşı bir kimseyi
Moskova'dan Riga'ya taşımıştır. Riga'daki havalimanı sınırında bu kişi, biri geçerli olan ancak
içinde vize bulunmayan bir pasaport, diğeri Hindistan makamları tarafından iptal edilen an-
cak içerisinde geçerli bir vize bulunan pasaport olmak üzere iki Hindistan pasaportunu sınır-
daki görevliye sunmuş ancak kendisinin geçerli bir vizesi olmadığı gerekçesiyle Riga'ya giriş-
ine müsaade edilmemiştir. Ayrıca Air Baltic'e de geçerli belgesi olmayan bir yolcuyu Riga'ya
taşıdığı için para cezası verilmiştir. Bunun üzerine Air Baltic, idari yaptırım kararının iptali için
Riga'da dava açmış ve davayı gören mahkeme, olayı, Adalet Divanına ön karar usulü ile hava-
le etmiş ve Divana diğeri soruların yanı sıra içerisinde vize bulunan pasaportun, pasaportu ve-
ren ülkedeki makamlarca iptal edilmesinin, pasaport içindeki vizeye etkisinin ne olduğunu
sormuştur. Divan, Vize Kodu md. 34/1 ve 34/2 uyarınca vizeyi verildiği anda gerekli koşullar
karşılanmadığı için iptal ve bu koşullar sonradan ortadan kalktığı için ortadan kaldırma yetki-
sinin yalnızca vizeyi veren üye devlet veya diğeri üye devletlerde bulunduğunu belirterek
üçüncü bir ülkenin pasaportun iptaline ilişkin kararının pasaport içindeki vizenin geçerliliğini
etkilemeyeceğine hükmetmiştir, karar için bkz. *Case C-575/12 Air Baltic Corporation v Valsts
robežsardze* [2014] ECLI:EU:C:2014:2155 <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?
uri=CELEX:62012CJ0575](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0575)> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

bulunan bir kişi olmamak (Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-d, ayrıca bkz. Vize Kodu md. 21/3-c) ve üye devletlerin kamu düzeni için bir tehdit oluşturmamak (Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-e, ayrıca bkz. Vize Kodu md. 21/3-d) olarak sıralanabilir. Ayrıca başvurunun yeterli bir seyahat sağlık sigortasının bulunup bulunmadığı, sunduğu seyahat belgesinin sahte ya da olup olmadığı ve başvurunun şayet Schengen bölgesine önceki seyahatleri varsa, bu seyahatleri sırasında izin verilen kalış süresini aşıp aşmadığı da kontrol edilir (Vize Kodu md. 21/3-a, 21/3-e, 21/4).

Vize Kodu md. 21'e göre gerçekleştirilen inceleme neticesinde, koşulları sağlamayan kişinin başvurusu Vize Kodu md. 32'de yer alan ret sebeplerine istinaden reddedilir. Burada Vize Kodu md. 21 ile md. 32 arasında bir paralellik olduğu ifade edilmelidir. Zira Vize Kodu md. 21, başvurunun hangi noktalar yönünden değerlendirileceğini düzenlerken; Vize Kodu md. 32, Vize Kodu'nun 21. maddesinde yer alan noktalara birer ret sebebi olarak yer vermektedir. Dolayısıyla vize başvurusunun esastan incelenmesinin, Vize Kodu md. 32'de yer alan ret sebeplerinin incelenmesi olduğu pekâlâ söylenebilir. Divan'ın Vize Kodu md. 32'deki ret sebeplerinin sınırlı olduğu, bu sebepler dışında başka bir sebebe istinaden vize başvurusunun reddedilemeyeceğine dair tespiti de bunu doğrulamaktadır⁴³.

Öte yandan esastan incelemenin derinliği, başvurunun tabiiyetine, yerel durumlara, profiline, kişisel geçmişine ve ülkesindeki ekonomik duruma göre sunduğu riske bağlı olduğu hem El Kitabı'nda hem de Berlin-Brandenburg Bölge İdare Mahkemesinin bir kararında ifade edilmiştir⁴⁴. Ayrıca Divan yine *Koushka-ki* kararında, Vize Kodu md. 32'de belirtilen vize başvurusunun reddi sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeye yönelik olarak başvurunun incelenmesinde yetkili makamların, ret koşulları ve ilgili vakıaların değerlendirilmesi ile ilgili geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır⁴⁵.

⁴³ Bkz. n 31.

⁴⁴ Bu konuda bkz. Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14. Oktober 2014 - OVG 2 B 11.13 -juris, Rn. 16; *ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I)* (n 26) 63.

⁴⁵ *Koushka-ki* (n 31), para 63.

2. Vize Başvurusunun Reddine Dair Kararlara Karşı Başvuru Yolu ve Yargısal Denetim

Konsoloslukların vize başvurularının değerlendirilmesi bakımından sahip oldukları geniş takdir yetkisinin varlığına rağmen vize başvurusunun reddine dair kararlara karşı yetkili makama itirazda bulunma hakkı başvuru-cuya tanınmıştır. Vize Kodu md. 32/3'te başvurusu reddedilen başvuru-cuların itiraz hakkına sahip olacağı düzenlenmiş, itirazın başvuru hakkında nihai kararı veren üye devlete, bu üye devletin milli hukukuna göre yapılacağı belirtilmiştir. Aynı fıkra da üye devletlerin vize başvurusunun reddi halinde işletilebilecek itiraz süreci ile ilgili olarak, Vize Kodu EK VI'da düzenlenen yeknesak ret formunda başvuru-cuya ayrıca bilgi verilmesi gerektiği de düzenlenmiştir. Ancak söz konusu fıkra da, vize başvurusunun reddine dair karara karşı yargısal denetim imkânı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye ya da bir zorunluluğa yer verilmemiştir.

Divan, *El Hassani* kararında⁴⁶ Vize Kodu md. 32/3'te tanınan itiraz hakkının, ayrıca yargısal bir denetimi zorunlu kılıp kılmadığı konusuna değinmiştir. Kararda Polonya'da yaşayan Polonya vatandaşı oğlunu ve eşini ziyaret etmek isteyen Bay El Hassani'nin Polonya'ya yaptığı vize başvurusu, vizesinin süresinin bitmesinden önce Polonya'yı terk etme niyetinin belirsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine Bay El Hassani, başvurusunu reddeden konsolosluktan başvurusunun yeniden değerlendirilmesini istemiş ancak bundan bir sonuç alamamıştır. Bunun üzerine Bay El Hassani, Varşova'daki idare mahkemesinde dava açmıştır. Davada Polonya Adalet Bakanlığı, Polonya İdari Yargılama Kanunu'na göre bu tür bir işleme karşı dava açılmasının mümkün olmadığını belirterek davanın kabul edilemez bulunması gerektiğini belirtmiş, dava Polonya Adalet Bakanlığı'nın da bu görüşüne uygun olarak reddedilmiş ve söz konusu karara karşı temyiz yoluna başvurulmuştur. Temyiz incelemesini gerçekleştiren Varşova Yüksek Mahkemesi, Schengen vizesi başvurularının reddine karşı kararlara bir üye devlet vatandaşının aile üyesi olmayan kimselerin, yargı yoluna başvuramayacağını belirtmiş ve Divan'a ön karar yolu usulü ile Vize Kodu md. 32/3'ün ayrıca yargısal bir denetimi zorunlu kılıp kılmadığını sormuştur.

Divan, *Koushkaki* kararının 47. ve 51. paragraflarına atıf yaparak vize başvurusunu inceleyen makamların Vize Kodu md. 32/1'de yer alan ret sebepleri-

⁴⁶ Case C-403/16 *Soufiane El Hassani v Minister Spraw Zagranicznych* [2017] ECLI:EU:C:2017:960 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0403>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

ne dair koşullar ve ilgili vakıalar bakımından geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu, ancak bu geniş takdir yetkisinin varlığının, yetkili makamların AB hukukunu uyguladıkları gerçeği üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığını belirtmiş ve AB hukukunun uygulanmakta olduğundan hareketle AB Temel Haklar Şartının⁴⁷ da uygulama alanı bulacağını tespit etmiştir⁴⁸. Böylelikle Divan, Vize Kodu md. 32/3'ü, AB hukukundan kaynaklanan haklarının ihlal edilen herkesin mahkemeler önünde etkili bir başvuru hakkına sahip olduğunu düzenleyen AB Temel Haklar Şartı md. 47 ışığında yorumlayarak Vize Kodu md. 32/3 kapsamında başvurularda, üye devletin milli hukuku uyarınca tanınacak itiraz hakkının, itiraz sürecinin belirli bir aşamasında yargısal denetimi talep etmeyi de içermesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁹.

Ne var ki uygulamada mahkemelerin, *Koushkaki* kararı sonrası, vize başvurusunun reddine dair kararların denetimine olan yaklaşımının oldukça sınırlı olduğu söylenebilir. Örneğin Almanya'daki Berlin-Brandenburg Bölge İdare Mahkemesinin içtihadı, vize başvurusunu inceleyen makamların geniş takdir yetkisi nedeniyle mahkemenin yapacağı denetimin dar bir kapsama sahip olması gerektiği yönündedir⁵⁰. Mahkemeye göre, vize başvurusunun reddine dair kararlarda, vize başvurusunu inceleyen makamların takdir yetkisine yönelik denetim, yetkili makamların gerekli usul kurallarını takip edip etmediği, uygulanacak hukuk kuralını ve kuraldaki kavramı doğru ele alıp almadığı ve karar bakımından önemli vakıaları tamamen ve ilgili bir şekilde inceleyip incelemeyip ve genel kabul gören değerlendirme kriterlerine, özellikle keyfiyet yasağına aykırı hareket edip etmediği ile sınırlıdır⁵¹.

⁴⁷ Charter of the Fundamental Rights of the European Union [2007] OJ C 303/1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:12007P/TXT>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁴⁸ *El Hassani* (n 46), paras 35-37.

⁴⁹ *El Hassani* (n 46), paras 41-42.

⁵⁰ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg Urteil vom 19. November 2014 - OVG 6 B 20.14 - juris, Rn. 27; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg Urteil vom 25. April 2019 - OVG 2 B 7.17 - juris, Rn. 24.

⁵¹ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg Beschluss vom 10. Juni 2020 - OVG 11 N 14.18 - juris, Rn. 12; OVG 6 B 20.14, Rn. 27; OVG 2 B 7.17; Rn. 24. Adalet Divanı, doğrudan bu meseleyi ele almamış olsa da bir kararında vize başvurularında, yetkili makamların vize başvurusunun reddine dair koşullar ve başvuru ile ilgili vakıaların değerlendirilmesine dair takdir yetkisinin yargısal denetiminin sınırlı olduğunu ve yargısal denetimde ihtilaflı ret kararının yeterli bir temele sahip olup olmadığı ile kararın açık bir hata ile sakat olup olmadığının incelenmesiyle yetinilmesi gerektiğini belirtmiştir, bkz. *Joined Cases C-225/19 and C-226/19 R.N.N.S. and K.A. v Minister van Buitenlandse Zaken* [2020] ECLI:EU:C:2020:951, para 49 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62020J0225>>.

3. Vize Verme Yükümlülüğü

Öte yandan, ret sebeplerine yönelik yapılan inceleme sonucunda yetkili makam, ret sebeplerinin hiçbirinin gerçekleşmemiş olduğunu tespit ederse, vize başvurusunu reddedemez⁵². Her ne kadar Vize Kodu'nda buna yönelik bir hüküm yer almasa da ABAD, üye devletlerin koşulları sağlayan bir başvurucuya vize verme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmiş, bu yükümlülüğün başvurunun başvurduğu vizenin geçerlilik süresinin dolmasından önce üye devletlerin topraklarını terk etmeyeceğine dair makul şüphenin bulunmaması koşuluna bağlamıştır⁵³.

Ancak Divan *Koushkaki* kararında, Vize Kodu'ndaki vize verilmesine yönelik koşulların gerçekleştiği bir durumda yetkili makamın vize verme yetkisine sahip olduğunu ancak bununla yükümlü olmadığını belirten bir iç hukuk kuralının, bu kuralın Vize Kodu'na uygun bir şekilde yorumlanabildiği müddetçe, Kod tarafından uygulanmasının engellenmeyeceğini belirtmiştir⁵⁴. Yani, yetkili makamlar vize verilmesi için gereken şartların başvuru tarafından sağlandığı bir durumda iç hukuklarında yer alan, yetkili makamların vize vermeye yetkili olduğunu ancak bununla yükümlü olmadığını belirten kuralları, Vize Kodu'nda bulunan ret sebeplerinden biri gerçekleşmediği sürece vize başvurusunun reddedilemeyeceği biçiminde yorumlamalıdır⁵⁵.

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0225> Erişim Tarihi 24 Mart 2026. Ayrıca bkz. Case C-544/15 *Sahar Fahimian v Bundesrepublik Deutschland* [2017] ECLI:EU:C:2017:255, para 46 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0544>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026. Kararlarda ifadesini bulan keyfiyet yasağı, Alman Anayasası'nın temel prensiplerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Söz konusu ilke ile ilgili olarak Alman Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardan bazıları için bkz. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 15. März 1989, Az. 1 BvR 1428/88; Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12. Oktober 2009, Az. 1 BvR 735/09.

⁵² *Koushkaki* (n 31), para 55. ABAD, benzer şekilde uzun süreli kalışlar için ilgili 2004/114 sayılı Direktif'in 6. ve 7. maddesinde belirtilen koşulları sağlayan öğrencilere, üye devletlerin aynı Direktif'in 12. maddesi gereğince öğrenim amacıyla ikamet izni vermesi gerektiğini, aynı zamanda Direktif'in 6. ve 7. maddelerindeki koşulları taşıyan öğrencilerin ülkesine girişine izin vermeye mecbur olduğunu belirtmiştir, bkz. Case C-491/13 *Mohamed Ali Ben Alaya v Bundesrepublik Deutschland* [2014] ECLI:EU:C:2014:2187, paras 25, 36 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0491>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; ayrıca bkz. *Sahar Fahimian* (n 51), paras 30-37.

⁵³ *Koushkaki* (n 31), para 73.

⁵⁴ *Koushkaki* (n 31), para 78.

⁵⁵ *Koushkaki* (n 31), para 77.

4. Vizenin Geçerlilik Süresinin ve Sağlayacağı Giriş Sayısının ve Kalış Süresinin Belirlenmesi

Vize Kodu md. 32’de yer alan sebeplerden birinin hiçbirinin bulunmadığı bir durumda vize başvurusu reddedilemeyeceğine göre, başvuruca bir vize verilecektir. Ancak vizenin verilmesi kadar verilen vizenin özellikleri de önem taşımaktadır. Bu bağlamda geçerlilik süresi, giriş sayısı ve kalış süresi kavramlarının açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

a. Geçerlilik Süresi

Geçerlilik süresi, vize sahibinin Schengen bölgesi içerisinde kalmak veya bu bölgeye giriş yapmak için vizeye ihtiyaç duymayacağı, yani vizesinin geçerli olduğu zaman aralığını ifade eder. Bu süre, Vize Kodu md. 21 kapsamında yapılan incelemeye (esastan inceleme kapsamında) göre belirlenir (Vize Kodu md. 24/1-1.c). Belirlenen geçerlilik süresi, beş yılı geçemez (Vize Kodu md. 24/1-3.c). Şayet seyahat belgesinin süresi, başvuruca için uygun görülen geçerlilik süresinden az ise, vizenin geçerlilik süresi, seyahat belgesinin geçerlilik süresinden daha az olacak şekilde belirlenir (Vize Kodu md. 24/2). Bu durumda başvuruca sunduğu seyahat belgesinin geçerlilik süresinin, başvuruca dönme planladığı tarihten itibaren üç ay daha geçerli olması gerektiğinden (Vize Kodu md. 21/1, Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-a-i), başvuruca verilecek vizenin geçerlilik süresinin sonunun, seyahat belgesinin bitiş tarihinden itibaren üç ay öncesine denk gelen tarih olması gerektiği söylenebilir.

Öte yandan geçerlilik süresine tek giriş imkânı tanıyan vizelerde, konsoloslukça belirlenecek süre ek olarak 15 günlük bir hoşgörü süresinin kural olarak ilave edilmesi gerekmektedir (Vize Kodu md. 24/1-4.c). Benzer şekilde, tek giriş imkânı tanıyan vizeler bakımından geçerlilik süresinin seyahat amacını yansıtabilecek şekilde tespit edileceği ifade edilmektedir⁵⁶.

b. Kalış Süresi

Kalış süresi ise vizenin geçerlilik süresi içerisinde, vize sahibinin Schengen bölgesinde kalabileceği toplam gün sayısını belirtir. Schengen vizesi kavramının tanımında belirtildiği üzere bu süre en fazla 90 gün olabilir. Vizede belirlenecek kalış süresi, her halükârda herhangi bir 180 günlük dönemdeki kalış süresidir. Kalış süresi de, geçerlilik süresi gibi Vize Kodu md. 21 kapsamında yapılan incelemeye göre belirlenecektir (Vize Kodu md. 24/1-1.c). Bu bağlamda kalış süre-

⁵⁶ Bkz. Meloni (n 4) 138.

sinin, aynı geçerlilik süresinde olduğu gibi, bir veya iki defa giriş imkânı tanıyan vizelerde, kaide olarak planlanan seyahat süresi kadar belirlenmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir⁵⁷. Bununla beraber, kişilerin uzun süreli vizeye ya da ikamet iznine dayan kalışlarının, başvurucuya verilecek vizenin kalış süresine herhangi bir etkisi yoktur (Vize Kodu md. 21/4). Yani uzun süreli vizeye ya da ikamet iznine dayanan kalışlar, başvurunun herhangi bir 180 günlük dönemdeki kalışlarından sayılmaz.

c. Giriş Sayısı

Son olarak giriş sayısı ise vize sahibinin Schengen bölgesine kaç defa giriş yapılabileceğini gösterir. Bu bağlamda Vize Kodu'nda üç ayrı giriş sayısı öngörülmüştür (Vize Kodu md. 24/1-2.c): Bunlar tek, iki ve çoklu giriştir. Tek giriş imkânı tanıyan bir vize, adından da anlaşılacağı üzere, Schengen bölgesine girildikten sonra, Schengen bölgesinin terk edilmesiyle geçerliliğini kaybeder. İki giriş imkânı tanıyan vizede ise Schengen bölgesinden yapılacak ikinci çıkış ile vize geçerliliğini yitirir. Çoklu giriş imkânı tanıyan vizede, Schengen bölgesine giriş sayısı bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu tür vizelerdeki tek sınırın kalış ve geçerlilik süreleri olduğu söylenebilir.

Giriş sayısının belirlenmesinde de seyahat planı ve başvurunun profili büyük önem taşır. Buna göre başvuru, örneğin, Schengen bölgesine dair herhangi bir seyahat geçmişine sahip olmaksızın, bu bölgedeki tek bir olay için Schengen bölgesine seyahat ediyorsa bu kişiye tek giriş; aynı koşullar altında başvurunun seyahat planı Schengen bölgesine girmeyi, ardından üçüncü bir ülkeye gitmeyi ve tekrar Schengen bölgesine dönmeyi öngörüyorsa bu kimseye iki giriş imkânı tanıyan bir vize verilmelidir⁵⁸.

5. Çoklu Giriş İmkânı Tanıyan Vizeler (MEV) ve “Cascade” Sistemi (Vize Kodu md. 24/2)

Çoklu giriş imkânı tanıyan vizeler veya çoklu giriş vizeleri, genellikle uzun bir geçerlilik ve kalış süresi ile verilir. El Kitabı'nda çoklu giriş imkânı tanıyan bir vizenin geçerlilik süresinin en altı ay olarak belirlendiği bir durumda, bu vizenin sağlayacağı

⁵⁷ ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I) (n 26) 83; Meloni (n 4) 138.

⁵⁸ ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I) (n 26) 85.

kalış süresinin de 90 gün olması gerektiği belirtilmiştir⁵⁹. Bunun ötesinde çoklu giriş vizelerinin, tek veya iki giriş imkânı tanıyan vizelerin aksine, başvurunun yarattığı güvene dayalı vizeler olduğu söylenebilir (Vize Kodu md. 24/2, Vize Kodu md. 24/2c).

Bununla beraber çoklu giriş vizelerinin verilmesinin, temelde El Kitabı'nda *cascade* olarak adlandırılan kurallar bütününe bağlı olduğu söylenebilir⁶⁰. Vize Kodu md. 24/2'de yer alan ve *cascade* sistemini meydana getiren kurallar, daha önce alınan vizelerin hukuka uygun olarak (*lawfully*) kullanılması kaydıyla⁶¹, bir sonraki vizenin önceki vizelerden daha uzun geçerlilik süresine sahip olmasını ve bu vizenin çoklu giriş imkânı tanıyacak şekilde verilmesini temin eder. Vize Kodu md. 24/2'de *cascade* sistemi, şu şekilde düzenlenmiştir: Başvurucu, başvuru tarihinden itibaren geriye doğru iki yıllık bir süre içerisinde üç vize alıp bunları hukuka uygun kullanmışsa, başvurucuya bir yıllık çok girişli vize; başvuru tarihinden itibaren geriye doğru iki yıllık bir süre içerisinde bir yıllık geçerliliğe sahip çok girişli vize alıp bunu hukuka uygun kullanmışsa, başvurucuya iki yıllık çok girişli vize; başvuru tarihinden itibaren geriye doğru üç yıllık bir süre içerisinde iki yıllık geçerliliğe sahip çok girişli vize alıp bunu hukuka uygun kullanmışsa, başvurucuya beş yıllık çok girişli vize verilir. Vize Kodu md. 24/2'de ayrıca "... *shall be issued...*" ifadesi kullanılmak suretiyle burada yer alan kuralların uygulanmasının mecburi olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere mevcut düzenleme, başvurunun belirli zaman dilimleri içerisinde vize alıp bunu hukuka uygun kullanmasını, başvurucuya daha uzun geçerlilik sürelerine sahip vizeler vermek suretiyle ödüllendirmekte ve başvuru vize başvurusunda bulunmak için masraftan ve zaman kaybından kurtarmakta, aynı zamanda konsolosluklar üzerindeki iş yükünü de, güvenilir olduğunu ispat etmiş başvuru sahipleri vize alma mecburiyetinden uzun bir süre boyunca uzaklaştırarak, azaltmaktadır. Böylece konsolosluklar, daha yüksek yasa dışı göç riski teşkil eden ilk defa vizeye başvuranların başvurusunu daha dikkatli bir şekilde inceleyebilmektedir⁶².

⁵⁹ ibid 86.

⁶⁰ *Cascade* kullanımı için bkz. ibid.

⁶¹ Başvurucunun vizeyi hukuka uygun kullanmasının ne anlama geldiğine Vize Kodu'nda yer verilmesi de, bu konuda başvurunun kendisine tanınan kalış süresini aşmaması veya geçerlilik süresinin bitiminden önce Schengen bölgesini terk etmesi gibi örnekler verilebilir. Kanaatimizce vizenin iptal edilmesine de yol açabilecek olan *visa shopping* hali de vizenin hukuka uygun kullanılmadığı bir duruma örnek teşkil eder.

⁶² *Commission Staff Working Document Evaluation EU Visa Policy - Evaluation of the Visa Code* (n 24) 16.

Buna karşın başvurucunun basamaklı şekilde, daha uzun geçerlilik sürelerine sahip vizeler alabilmesi için başvurucunun Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-a, 6/1-c, 6/1-d, 6/1-e’de yer alan koşulları, başvurucuya *cascade* sistemi gereği verilmesi gereken *vizenin geçerlilik süresinin tamamı boyunca* karşılaması gerekmektedir (Vize Kodu md. 24/1-1.c). Şayet başvurucuya verilmesi gereken çok girişli vizenin geçerlilik süresi boyunca, söz konusu koşulların sağlanmayacağına dair makul bir şüphe bulunması halinde, vizenin süresi kısaltılabilecektir (Vize Kodu md. 24/2a). Örneğin daha önceden İspanya’dan, Malta’dan ve Portekiz’den üç ayrı vize alıp bunları hukuka uygun olarak kullanmış olan başvurucuya Vize Kodu md. 24/2-a gereği verilmesi gereken vize, bir yıllık geçerliliğe sahip çok girişli bir vizedir. Ne var ki Vize Kodu md. 24/2 ve 2a hükmünün atıf yaptığı Schengen Sınırlar Kodu md. 6’da yer alan hükümlere göre, başvurucuya bir kez daha kısa geçerlilik süresine sahip bir vize verilmesi mümkündür.

Özellikle Schengen Sınırlar Kodu md. 6/1-c’de yer alan nedenler, inceleme-yi gerçekleştiren konsolosluk görevlisine oldukça geniş bir takdir yetkisi bahsetmektedir⁶³. Zira söz konusu bentte, örneğin, “hedeflediği kalışının amacının ve koşullarının temellendirilmesi” gibi, içi incelemeyi gerçekleştirecek konsolosluk görevlisi tarafından doldurulabilecek kavramlara yer verilmiştir. Bunun aynı bentte dışında başvurucunun hem seyahati için hem de seyahatinin ardından ülkesine dönmek için yeterli maddi imkana sahip olması da aranmıştır.

Bu bakımdan başvuru, başvuru tarihinden itibaren geriye doğru iki yıllık süre içerisinde üç ayrı vize alıp bunları hukuka uygun kullanmış olsa bilse, konsolosluk, başvurucunun kendisine verilecek bir yıllık geçerlilik süresinin tamamı boyunca, örneğin, yeterli maddi imkana sahip olmayacağına yönelik makul şüphenin bulunduğu yönündeki değerlendirmesi nedeniyle, başvurucuya bir kez daha kısa geçerlilik süreli bir vize verilebilecektir. Burada konsolosluk görevlisince vizenin geçerlilik süresinin kısaltılması için söz konusu bentte yer alan nedenlere yönelik yapılacak değerlendirmede bu nedenlerin başvurucuda bulunmadığına yönelik kesin bir kanaate varılmasına gerekmediğine, bu nedenlerin başvurucuda bulunmadığına yönelik makul şüphenin varlığının yeterli geleceğine bir kez daha dikkat çekilmelidir.

Öte yandan başvurucuya Vize Kodu md. 24/2’deki düzenlemeye göre bir yıllık çok girişli vize verildiği bir durumda, başvurucunun daha sonra iki yıllık geçerlilik süresine sahip bir vize alabilmesi için sağlaması gereken koşulların

⁶³ Bu konuda ayrıca bkz. Koushkaki (n 31), para 61.

artık iki yıllık bir süre için değerlendirileceği, yani başvurunun her basamakta durumunun bir nebze ağırlaştığı da söylenebilir. Dolayısıyla Vize Kodu md. 24/2’de düzenlenen kuralların arkasında hem başvurunun hem de konsolosluğun yükünü hafifletmek düşüncesi bulursa da konsoloslukların geniş takdir yetkisi ve Schengen Sınırlar Kodu md. 6’da belirtilen koşulların vizenin geçerlilik süresinin tamamı boyunca sağlanmayacağına dair makul şüphenin, normal şartlarda verilmesi gereken çok girişli vizenin geçerlilik süresinin kısaltılması için yeterli olması, Vize Kodu md. 24/2’nin “tedbiri elden bırakmak istemeyen” konsolosluklar için fiilen rafa kalkmasına, keyfiyete ve ayrımcılığa yol açabilecektir. Bu nedenle Vize Kodu md. 24/2’de yer alan “... shall be issued...” şeklindeki ifadenin kendi başına ne derece anlamlı olduğu tartışmaya açıktır.

Mevcut bu duruma rağmen, konsoloslukların ilk vize başvurularında mutlaka tek veya iki giriş imkânı tanıyan bir vize verme zorunlulukları yoktur (Vize Kodu md. 24/2c). Anılan nedenle, sık veya düzenli seyahat niyetini, dürüstlüklerini ve güvenilirliklerini, özellikle önceki vizelerin hukuka uygun kullanımı, kaynak ülkelerindeki ekonomik durumu ve başvurdıkları vizenin geçerlilik süresinin bitmesinden önce Schengen bölgesini terk etmeye yönelik gerçek niyeti ile kanıtlayan başvurularda doğrudan doğruya beş yıla kadar uzun geçerlilik süreli çok girişli vize verilebilir (Vize Kodu md. 24/2c). Bu bakımdan Vize Kodu md. 24/2’de belirtilen basamaklar kümülatif uygulanmadığı için, başvurucuya ilk başvurusunda doğrudan bir yıl geçerlilik süresine sahip çok girişli vize verilmişse ve başvuru iki yıl geçerlilik süreli çok girişli vize için koşulları sağlıyorsa, başvurucuya iki yıl geçerlilik süreli çok girişli vize verilecektir⁶⁴. Yani ikinci basamak olan iki yıl geçerlilik süresine sahip çok girişli vize için başvurunun daha önceden üç ayrı vize almasına ve bu vizelerden sonra bir yıllık vize almış olmasına gerek yoktur.

6. Cascade Sisteminin Yerelleştirilmesi

Vize Kodu md. 48/1’de, yerel Schengen iş birliği başlığı altında, konsoloslukların ve AB delegasyonlarının, yerel koşulları dikkate alarak ortak vize politikasının yeknesak uygulanmasını sağlamak üzere birbirleriyle iş birliği yapacağı belirtilmiştir. Söz konusu iş birliği kapsamında üye devletler birbirleriyle vizelere ilişkin istatistikler ile göç ve güvenlik riskleri konusunda ve bu bağlamda ilgili ülkenin

⁶⁴ ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I) (n 26) 87.

sosyo-ekonomik yapısı, sosyal güvenlik, sağlık sigortası, mali kayıtlar, giriş-çıkış kayıtları, düzensiz göç rotaları, vize başvurusu retlerine dair ve aldatıcı davranış konusundaki gelişmeler hakkında ve benzeri konularda bilgi paylaşacaklardır (Vize Kodu md. 48/3). Bu kapsamda ayrıca Vize Kodu md. 48/1a-b'de, Vize Kodu md. 24/2'de yer alan basamaklı vize verilmesini sağlayan kuralların yerelleştirilmesi konusunda özellikle iş birliği yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Vize Kodu md. 24/2b'de ise konsolosluklar, yerel Schengen iş birliği çerçevesinde, Vize Kodu md. 24/2'de yer alan kuralların yerel koşulları dikkate alma gereksinimi veya göç ve güvenlik riski nedeniyle daha elverişli ya da elverişsiz olacak şekilde uyarlanmasına lüzum olup olmadığını değerlendirecektir. Yapılan bu değerlendirmeye istinaden ve gerekli olması halinde Komisyon, bir uygulama tasarrufu kalıbında, Vize Kodu md. 24/2'de yer alan kuralları, yerel koşulları, göç ve güvenlik risklerini ve AB'nin ilgili ülkeyle olan genel ilişkilerini dikkate alarak uyarlayacaktır (Vize Kodu md. 24/2d), yani Komisyon bu konuda daha elverişli veya daha elverişsiz bir *cascade* sistemi içeren veya içermeyen bir uygulama tasarrufu yürürlüğe koymak bakımından takdir yetkisine sahiptir.

Bu bağlamda örneğin Komisyon'un 06.11.2025 tarihinde yürürlüğe koymuş olduğu Uygulama Kararı⁶⁵ ile Rusya'da ikamet eden Rus vatandaşları için Vize Kodu md. 24/2'deki sistem tamamıyla değiştirilmiştir (Karar md. 1). Söz konusu karara göre çoklu giriş vizelerinin yalnızca Vize Kodu md. 24/2c kapsamında, akraba ziyareti gerçekleştirmek isteyen ya da ulaşım sektöründe çalışan Rus vatandaşları için verilebileceği belirtilmiş, vizelerin geçerlilik süreleri akraba ziyaretinde bulunacaklar için önceki iki yıl içerisinde üç vize kullanmak kaydıyla bir yıl; ulaşım işçileri için önceki iki yıl içerisinde iki vize kullanmak kaydıyla dokuz ay olarak belirlenmiştir (Karar md. 2). Bu kişiler ve belirtilen geçerlilik süreleri haricinde, Rus vatandaşlarına çoklu giriş vizesi verilmeyecektir. Ancak daha elverişli bir *cascade* sisteminin yürürlüğe konduğu örnekler de vardır. Bu bakımdan Suudi Arabistan vatandaşları için ise, son derece esnek ve neredeyse vizeye gereksinim bırakmayan bir sistem getirilmiştir (Karar⁶⁶ md. 1). Suudi

⁶⁵ Commission, 'Commission Implementing Decision of 6.11.2025 establishing adapted rules on the issuing of multiple-entry visas to Russian nationals residing in the Russian Federation and applying in the Russian Federation for short-stay visas' C(2025)7552 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/409a8179-9885-49f8-ab40-9c1a07b1f581_en> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁶⁶ Commission, 'Commission Implementing Decision of 22.4.2024 establishing adapted rules on the issuing of multiple-entry visas to Saudi nationals residing in Saudi Arabia and applying in Saudi Arabia for short-stay visas and repealing Commission Implementing Decision C(2022)

Arabistan vatandaşlarına yönelik Karar'a göre Suudi Arabistan'da ikamet eden Suudi Arabistan vatandaşlarına, daha önceden vize alıp almadıkları değerlendirilmeksizin, kendilerine doğrudan doğruya beş yıl geçerliliğe sahip çok girişli vize verilecektir (Karar md. 2). Ayrıca Sudi Arabistan ile aynı tarihte, kendi ülkelerinde ikamet eden Bahreyn ve Umman vatandaşları için de aynı içeriğe sahip Uygulama Kararları⁶⁷ yürürlüğe konmuştur, yani bu ülkelerin vatandaşları da ilk başvurularında beş yıl geçerlilik süreli çok girişli vize alacaklardır.

7. Türk Vatandaşları İçin Öngörülen *Cascade* Sistemi

Yukarıda belirtilenler dışında 15.07.2025 tarihinde, Türkiye'de ikamet eden Türk vatandaşları bakımından, bu çalışmanın konusunu oluşturan, C(2025) 496 final sayılı Uygulama Kararı⁶⁸ yürürlüğe konmuştur. Söz konusu Karar ile Türk vatandaşları için getirilen yeni *cascade* sistemi, Vize Kodu md. 24/2'de yer alan sisteme göre daha elverişlidir. Bu Karar'ın dibacesinin ilk paragrafında, yerel Schengen iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilen değerlendirme sonucunda önceki vizesini hukuka uygun kullanan dürüst (*bona fide*) başvuruçuların sayısının artmaya devam ettiği, bu grup başvuruçuların, ilk defa başvurularına nazaran düşük göç ve güvenlik riski teşkil ettiği, bu nedenle bu başvuruçulara Vize Kodu md. 24/2'de yer alandan daha elverişli kuralların uygulanması gerektiği belirtilmiş; bu yaklaşımın ayrıca üye devletlerin risk teşkil etmesi daha muhtemel başvuruçulara odaklanmasını sağlayacağı, aynı zamanda konsolosluklara kapasite konusunda problemler yaratan ve sayısı artmaya devam eden vize başvurularının incelemesi konusunda kolaylık sağlayacağı ifade edilmiştir. Buna

8007' C(2024) 2689 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/d22b298f-18db-48b1-bb53-cc4114bc40b3_en> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁶⁷ Bu kararlar için bkz. Commission, 'Commission Implementing Decision of 22.4.2024 establishing adapted rules on the issuing of multiple-entry visas to Bahraini nationals residing in Bahrain and applying in Bahrain for short-stay visas and repealing Commission Implementing Decision C(2023) 4674' C(2024) 2692 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/c2bee688-b2cd-415a-94be-8561a9b510a2_en> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Commission, 'Commission Implementing Decision of 22.4.2024 establishing adapted rules on the issuing of multiple-entry visas to Omani nationals residing in Oman and applying in Oman for short-stay visas and repealing Commission Implementing Decision C(2023) 2063' C(2024) 2688 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/7ea98241-6a6b-4e5c-aad1-1952b25dc33e_enz> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁶⁸ Commission, 'Commission Implementing Decision of 15.7.2025 establishing adapted rules on the issuing of multiple-entry visas to Turkish nationals residing in Türkiye and applying in Türkiye for short-stay visas' C(2025) 4694 final <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/7a34579c-120f-4801-b6cb-77a8603c4f9a_en> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

karşın Karar, Türk vatandaşı olan ve tır şoförü olarak mesleki amaçlarla vize başvurusunda bulunan kişilere uygulanmayacaktır, bu kimseler Vize Kodu md. 24/2’de yer alan kurallara tabi olmaya devam edeceklerdir. Zira söz konusu kişiler özel bir kategori ve belirli bir risk profili teşkil etmektedir (Karar md. 1/2, Dibace para 3).

Karar md. 2’de, Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşları için geçerli olacak daha elverişli kurallara yer verilmiştir. Buna göre hukuka uygun olarak kullanıldığı son vizesinin geçerlilik süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde başvuruda bulunan başvurucuya altı ay; altı ay süreli olan ve hukuka uygun kullanılan vizenin geçerlilik süresinin bittiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde başvuruda bulunan başvurucuya bir yıl; bir yıl süreli olan ve hukuka uygun kullanılan vizenin geçerlilik süresinin bittiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde başvuruda bulunan başvurucuya üç yıl; üç yıl süreli olan ve hukuka uygun kullanılan vizenin geçerlilik süresinin bittiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde başvuruda bulunan başvurucuya beş yıl geçerlilik süreli vize verilecektir.

Aynı Vize Kodu md. 24/2 bakımından ifade edildiği gibi Karar’daki kuralların kümülatif uygulanmadığı fikrindeyiz. Örneğin ilk vizesinin geçerlilik süresi bir yıl olarak belirlenen kimsenin, bundan sonraki vizesinin geçerlilik süresinin Karar’a uygun olarak üç yıl olması gerektiği fikrindeyiz. Yani söz konusu kişiye üç yıllık geçerlilik süresine sahip bir vize verilebilmesi için bu kişinin daha önceden altı aylık geçerlilik süreli bir vize alıp bunun ardından bir yıllık geçerlilik süreli bir vize almış olmasına gerek yoktur.

Bunun haricinde Vize Kodu md. 24/2’den farklı olarak burada bir sonraki, daha uzun geçerlilik süreli vize basamağına geçişte “başvuru tarihinden geriye doğru bakış” değil “son vizenin geçerlilik süresinin bittiği tarihten ileriye doğru bakış” esas alınmıştır. Bu halde, başvuru tarihinde mevcut vizenin geçerlilik süresinin henüz bitmemiş olduğu bir durumda, Karar’daki elverişli kuralların uygulanıp uygulanmayacağı, yani bir sonraki basamağa geçebilmek için vizenin geçerlilik süresinin mutlaka bitmesinin gerekli olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Karar’da öngörülen sürelerin, daha elverişli kurallardan yararlanabilmek için öngörülmüş azami süreler olup bunların asgari bir sınır çizmediği kanaatindeyiz. Dolayısıyla başvuru tarihi itibarıyla mevcut vizesini hukuka uygun kullanmış bulunan bir kimseye, bu vizenin geçerlilik süresinin bitmesi aranmaksızın, sonraki basamakta yer alan geçerlilik süreli vize verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

8. *Cascade* Kurallarına Uyulmaksızın Verilen Vizelere Karşı Başvuru Yolu

Kullanımın, 2024 yılı Schengen Vizesi İstatistikleri⁶⁹ dikkate alındığında en azından Türkiye için, genele yayılmayacağını düşündüğümüz Vize Kodu md. 24/2c bir yana bırakılırsa şu sorunun sorulmasında büyük bir yarar vardır: Vize Kodu md. 24/2'de yer alan kurallar bütünü, bir Tüzük'ün parçaları olmaları nedeniyle doğrudan uygulanabilir mahiyette olmakla beraber, muhatapları olarak yalnızca üye devletleri mi almaktadır? Yoksa bu hükümler, vize başvuru-cularının da doğrudan yararlanabileceği bir nitelik arz etmekte midir? Başka bir deyişle, Vize Kodu md. 24/2'de yer alan hükümlere riayet edilmediğini düşünen bir başvuru, bu hükümlere, ilgili üye devlete karşı dayanabilir mi? Yani başvuru, esasen vize verilmesine dair olan bir kararının, Vize Kodu md. 24/2 hükümlerine aykırı düştüğü için, bu hükümler ışığında denetlenmesini mahkeme-den talep edebilir mi? Bu sorunun cevabı oldukça önemlidir.

Zira söz konusu kuralların yalnızca üye devletlerin takip etmesi gereken kurallar olduğu ve başvurucuya bu kuralların uygulanması bakımından herhangi bir hak bahsedilmediği sonucuna ulaşılacak olursa, üye devletler, "tedbiri elden bırakmayan" konsoloslukları ile bu kurallarda öngörülen *cascade* sistemini etkili bir şekilde hayata geçirmeyebilirler. Böyle bir durumda "... shall be issued..." ifadesini kullanmak suretiyle bağlayıcı ve uygulanması bakımından takdir yetkisi bahsetmediğini vurgulayan bir dil kullanan Vize Kodu md. 24/2'nin pratikte bir anlamı olmayacaktır. Sonuçta başvuru, vizelerini hukuka uygun bir şekilde kullanmasına ve iyi niyetli hareket etmesine rağmen, daha uzun süreli vizelerini fiilen elde edememe riski ile karşı karşıya kalacaktır.

Yerelleştirilmiş *cascade* sisteminin uygulandığı ülkelerde, vize verilmesine dair kararlara karşı, yerleştirmenin dayanağı olan Komisyon uygulama kararı gözetilmediği için ilgili üye devletin mahkemelerinde dava açılabilmesi ve bu davada söz konusu karara dayanılabilmesinin önemi ise daha fazladır. *Cascade* sisteminin yerleştirildiği, yani ülkenin düzensiz göç konusu başta olmak üzere vize verilmesine etki eden konularda yapılan bilgi paylaşım neticesinde o ülke için daha elverişli kuralların benimsendiği bir halde, bu yerleştirmeye dair uygulama kararının alınmasında, o ülkede bulunan tüm üye devletlerin ve Komisyonun katkısı ve iş birliği vardır. Zira bu kararın alınmasına giden yol, yuka-

⁶⁹ Bu konuda bkz. '2024 Schengen Visa Statistics' <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/6552447c-1d75-4f7c-bed6-1bd17a5d59f8_en?filename=2024-schengen-visa-statistics-consulates_en.xlsx> Erişim Tarihi 22 Mart 2026.

rida da belirtildiği üzere yerel Schengen iş birliğinden geçmektedir (Vize Kodu md. 24/2b, 24/2d).

Üye devletlerin konsolosluklarının iş birliği ettiği bir konuda ulaşılan “başvurucular için daha elverişli kurallar” sonucunda, kendisinin katılımı bulunmasına rağmen “tedbiri elden bırakmamakta” direnen ve bu nedenle olağan şartlarda daha uzun süreli vize alması gereken başvuru sahipleri bir kez daha vize almak zorunda bırakan konsoloslukların bu davranışlarının himaye edilmesinin hiçbir anlamı yoktur. Böyle bir yaklaşım tarzı, *cascade* sisteminin varlık sebebi olan konsoloslukların iş yükünün azaltılması ve iyi niyetli başvuru sahiplerinin ve emeğinin israf edilmesinin önlenmesi düşüncesine de aykırıdır.

Zikredilen nedenlerle gerek doğrudan Vize Kodu md. 24/2 gerekse yerelleştirilmiş *cascade* sistemleri bakımından bunların dayanağı olan uygulama kararı kapsamında, uygun geçerlilik süreleri ile verilmeyen vizelere karşı açılan davalarda, yerine göre Vize Kodu md. 24/2’ye veya ilgili uygulama kararına dayanılıp dayanılamayacağının irdelenmesi gerekmektedir.

II. Yeni Komisyon Uygulama Kararı’nın Schengen Vize Başvuru Sürecine Etkisi: Doğrudan Etki

A. AB Hukukunda Doğrudan Etki

AB hukukunun karakteristik özelliklerinden birisinin, AB hukukunun önceliği ilkesiyle beraber doğrudan etki olduğunu söylemek mümkündür⁷⁰. Doğrudan etki sayesinde, odağına üye devletleri alan AB hukukunun, belirli nitelikteki kuralları, bireylere mahkemelerde de ileri sürebilecekleri haklar bahşeden metinlere dönüşür⁷¹. Böylece ilgili kişi, burada yer alan ve doğrudan etkili olduğu

⁷⁰ Case C-621/18 *Andy Wightman and Others v Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] ECLI:EU:C:2018:999, para 45 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62018CJ0621>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁷¹ Doğrudan etki ile ilgili olarak bkz. Işıl Özkan, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 107; Kamuran Reçber, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri* (4. Bası, Dora 2021) 108; Enver Bozkurt ve Arif Köktaş, *Avrupa Birliği Hukuku* (9. Bası, Legem Yayınevi 2024) 322; Bertil Emrah Oder, ‘Topluluk Hukukunun Temel Doktrinleri ve Uygulanması’ in Güören Tekinalp and Ünal Tekinalp (eds), *Avrupa Birliği Hukuku* (2. Bası, Beta Yayıncılık 2000) 120; İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Hukukunun Temelleri* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 421; Ebru Akduman, ‘Employment and Residence Rights of the European Union and Turkish Citizens Within the Association Law’ (2025) 16 (30) *Law and Justice Review* 1, 16-18; Robert Schütze, *European Union Law* (3rd ed., Oxford University Press 2021) 153; Catherine Barnard and Steve Peers (eds), *European Union Law* (4th ed., Oxford University Press 2023) 160; Bru-

kabul edilen bir kuralın gereğinin yerine getirilmesini, ilgili üye devletten ve bu üye devletin mahkemesinden talep edebilir.

AB hukukunun doğrudan etkili olma özelliği, en başta Kurucu Andlaşmalar özelinde değerlendirilmiş ve Kurucu Andlaşmalarda yer alan hükümlerin, belirli koşulları taşımaları halinde doğrudan etki doğuracağı kabul edilmiştir. ABAD'ın artık 60 yılı aşan ve en meşhur kararlarından biri olan *Van Gend en Loos*⁷²'un bir ürünü olan doğrudan etkinin, bir Andlaşma hükmü bakımından var olduğunun kabul edilmesi için, söz konusu hükmün yeterince açık ve kesin olması, uygulanması bakımından yetkili makamlara takdir yetkisi tanımaması, yani koşulsuz olması gerekir⁷³.

Doğrudan etkinin yalnızca birincil hukuk bakımından değil, ikincil hukuk bakımından da söz konusu olması, ABAD'ın *Van Gend en Loos* kararının gerekçesinde belirttiği, Avrupa Birliği'nin yeni bir hukuk düzeni yarattığı ve bu hukuk düzeninin muhatap olarak yalnızca devletleri değil, aynı zamanda bu devletlerin tebaasını da aldığı yönündeki gerekçesinin aslında mantıksal bir uzantısı olduğu söylenebilir⁷⁴. Bu açıdan Andlaşmaların yanı sıra AB'nin yasama tasarruflarının da doğrudan etkiye sahip olup olmayacağı ABAD'ın çeşitli kararlarında tartışılmıştır. Söz konusu tartışmanın en hararetli yönünün doğrudan uygu-

no de Witte, 'Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order' in Paul Craig and Gráinne de Búrca (eds), *The Evolution of the EU Law* (3rd., Oxford University Press 2021) 223; Christian Dadomo and Noëlle Quénivet, *European Union Law* (3rd ed., Hall & Stott Publishing 2020) 85-86; Alina Kaczorowska-Ireland, *European Union Law* (4th ed., Routledge 2016) 303-304; Dorota Leczykiewicz, 'Effectiveness of EU Law Before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection and State Liability' in Anthony Arnall and Damian Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (1st ed., Oxford University Press 2015) 213; Anthony Arnall, 'The Effect of EU Law' in Dennis Patterson and Anna Södersten (eds), *A Companion to European Union Law and International Law* (1st ed., Wiley Blackwell 2016) 62-63; Iyiola Solanke, *EU Law* (2nd ed., Cambridge University Press 2023) 268; Alan Dashwood and others, *Wyatt and Dashwood's European Union Law* (6th ed., Hart 2011) 235; Robert Schütze, 'Direct Effects and Indirect Effects of Union Law' in Robert Schütze and Takis Tridimas (eds), *Oxford Principles of European Union Law Volume I: The European Union Legal Order* (1st ed., Oxford University Press 2018) 268.

⁷² Case 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:61962CJ0026>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁷³ Case 148/78 *Criminal proceedings against Tullio Ratti* [1979] ECR 1629, para 1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61978CJ0148>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case 2/74 *Jean Reyners v Belgian State* [1974] ECR 631, Opinion of AG Mayras <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61974CC0002>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁷⁴ Bkz. *Van Gend en Loos* (n 72), 12.

lanma kabiliyetinden yoksun direktiflere ilişkin olduğu söylenebilse⁷⁵ de direktiflerle beraber, diğer yasama tasarruflarının da genel olarak *Van Gend en Loos* kararında temelleri atılan ve daha sonraki kararlarda değişik şekillerde ifade edilen kesinlik, açıklık ve koşulsuzluk şartlarını sağlamaları halinde doğrudan etki doğurabilecekleri kabul edilmiştir⁷⁶.

B. Kararlar Bakımından Doğrudan Etki

AB'nin "yasa koyma" faaliyetinde kullanabileceği tasarruf türlerinden biri olan karar için, ABİA md. 288/4'te bunların bütünüyle bağlayıcı olduğu belirtilmiş, muhatabı belli olan kararların ise yalnızca muhatapları bakımından bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır. Tüzükler gibi kararlar da ilgili üye devletin, kararda yer alan hükümleri hayata geçirmek maksadıyla herhangi bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın, doğrudan uygulanır⁷⁷. Kararlar, en başta genel uygulama alanına sahip olmayan bir araç olarak düşünülmüşse de zaman içinde muhatabı belirli olmayan ve dolayısıyla genel uygulama alanına sahip kararlar yürürlüğe konmuş, bu nedenle ABİA md. 288/4'te de muhatabı belirli olan kararların yalnızca muhatapları bakımından bağlayıcı olduğu ayrıca belirtilmiştir⁷⁸.

Yukarıda ifade edildiği üzere, ikincil hukuk bakımından da doğrudan etki, ABAD tarafından ortaya atılan kriterlerin sağlanması halinde mümkündür. Bir ikincil hukuk kaynağı olan kararlar da buna göre, doğrudan etki doğurabilirler. Bu bakımdan karar tasarrufları özelinde ABAD, ilk olarak *Grad* kararında doğrudan etki meselesine değinmiştir⁷⁹. Kararda Mahkeme, öncelikle tüzüklerin doğrudan uygulanabilir olduğunu ve aynı zamanda doğrudan etki doğurabileceğini belirtmiş; bu durumun ABİA md. 288'de yer alan diğer türdeki tasarrufların da benzer etkiler doğurmasını engellemeyeceğini ifade etmiştir. Ardından muha-

⁷⁵ Bu yönde bkz. Göçmen (n 71) 433; Kaczorowska-Ireland (n 71) 323; Sacha Prechal, *Directives in EC Law* (2nd ed., Oxford University Press 2009) 216.

⁷⁶ Bu konuda bkz. Case 41-74 *Yvonne van Duyn v. Home Office* [1974] ECR 1337, para 12 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61974CJ0041>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case 34-73 *Fratelli Variola S.p.A. v Amministrazione italiana delle Finanze* [1973] ECR 981, paras 7-8 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61973CJ0034>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case 8-81 *Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt* [1982] ECR 53 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61981CJ0008>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁷⁷ Schütze, *European Union Law* (n 71) 167; Kaczorowska-Ireland (n 71) 358.

⁷⁸ Schütze, *European Union Law* (n 71) 167.

⁷⁹ Case 9-70 *Franz Grad v Finanzamt Traunstein* [1970] ECR 825, para 5 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0009>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

tabı belirli olan bir karar bakımından, bu kararın yükümlüsüne karşı kararda yer alan yükümlülüğün ileri sürülememesinin, bu kararlara ABİA md. 288’de bahsedilen bağlayıcılık özelliği ile bağdaşmayacağını belirterek AB kurumlarının karar tasarrufu vasıtasıyla bir veya tüm üye devletlere belirli bir tarzda davranma yükümlülüğü yüklediği hallerde, ilgili üye devlet uyuğunun bu yükümlülüğü, üye devlete karşı ileri sürememesinin söz konusu kararın etkinliğini zayıflatacağına hükmetmiş ve davaya konu karardaki yükümlülüğün koşulsuz, yeterince açık ve kesin olduğunu tespit ederek üye devletler ve üye devletlerin egemenliğine tabi olanlar arasındaki hukuki ilişkilerde doğrudan etkiler doğurabileceğini tespit etmiştir.

ABAD, 1992 yılında verdiği *Hansa Fleisch* kararında da aynı sonuca ulaşmıştır⁸⁰. *Grad* kararından farklı olarak karara dayanabilecek kişiler bakımından, bu kimselerin üye devletin uyrukluğunda bulunması ya da üye devletin egemenliğine tabi olmasından söz etmemiştir. Mahkeme yine 2008 yılında verdiği *Foselev* kararında da *Hansa Fleisch* kararında ulaştığı sonucu teyit etmiş, bir üye devlete yöneltilen kararlarda yer alan yükümlülüğün koşulsuz, yeterince açık ve kesin olması halinde bu yükümlülüğe, o üye devlete karşı dayanılabileceği hususu bir kez daha vurgulanmıştır⁸¹.

Bu bilgiler ışığında yapılması gereken, AB Komisyonu tarafından yürürlüğe konan ve muhatabı belirli olan Uygulama Kararının, ABAD’ın içtihadında ifadesini bulan doğrudan etki testini sağlayıp sağlamadığını incelemektir.

C. Yeni Komisyon Uygulama Kararının Doğrudan Etki Kriterleri Yönünden Değerlendirilmesi

ABAD’ın açıklanan içtihadı karşısında, bir karar tasarrufu kalıbında olan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan Karar’ın, ilgilileri bakımından, bir üye devlete karşı dayanılabilecek kurallar içerip içermediğinin irdelenmesi gerekir. Söz konusu Karar, yalnızca üç maddeden oluşmaktadır. Karar’ın ilk maddesi Karar’ın kişi

⁸⁰ Case C-156/91 *Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG v Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg* [1992] ECR 5567, paras 12-13 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61991CJ0156>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; ayrıca bkz. Case 249/85 *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* [1987] ECR 2345, para 10 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1987:245>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁸¹ Case C-18/08 *Foselev Sud-Ouest SARL v Administration des douanes et droits indirects* [2008] ECR 8745, para 11 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0018>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

bakımından uygulama alanını belirlerken, ikinci maddesi Vize Kodu md. 24/2'den sapan ve daha elverişli olan yerleştirilmiş *cascade* sistemini düzenlemektedir. Karar'ın son maddesi de Karar'ın muhataplarını belirtmektedir. Bunlar Schengen müktesebatını uygulayan üye devletlerdir. Üye devlet olmamakla beraber, Avrupa Birliği ile yaptığı uluslararası anlaşmalar gereği Schengen müktesebatının uygulayan devletler hakkında ise dibacenin son paragraflarında, yürürlüğe konan Karar'ın, bu devletler bakımından geçerli olan Schengen müktesebatının gelişimi olarak ele alınacağı belirtilmiştir. Burada Karar'ın birinci maddesi, Karar'dan kimlerin yararlanabileceğini açıkça belirttiğinden bu madde bakımından ayrıca tartışılması gereken bir husus yoktur. Üçüncü madde de Karar'ın muhataplarını belirlemekle yetindiği için ve bu muhataplar Schengen müktesebatını uygulayan üye devletlerin tamamı olduğu için bu madde bakımından da özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla Karar'ın doğrudan etki değerlendirmesi için incelenecek maddesi, ikinci maddedir.

Doğrudan etki değerlendirmesi bakımından öncelikle söz konusu Karar maddesinin, koşulsuz olup olmadığı ele alınmalıdır⁸². Karar'ın ikincisi maddesinde, aynı Vize Kodu md. 24/2'te olduğu gibi, "... shall" ifadesi kullanılmış, bu bakımdan ilgili bentte yer alan şartın sağlanması halinde, yine aynı bentte yer alan geçerlilik süresine sahip bir vizenin verileceği belirtilmiş, bundan başka vizenin geçerlilik süresini belirlemek bakımından bir takdir yetkisi, üye devletlere tanınmamıştır. ABAD, *Kaefer and Procacci* kararında, üye devletlere takdir yetkisi bahsetmeyen bir hükmün, koşulsuz olduğunu ifade etmiştir⁸³. ABAD, daha yakın tarihli kararlarında bir hükmün doğrudan etki bakımından koşulsuzluğunu, bu hükmün herhangi bir koşula tabi olmamasına veya uygulanmasında ya da etkilerini doğurmasında AB kurumlarının ya da üye devletlerin herhangi bir önlem almasını gerektirmemesine bağlamaktadır⁸⁴. ABAD'ın içtihadındaki bu

⁸² Doktrinde *Gallo*'ya göre söz doğrudan etki değerlendirmesinde, dayanılmak istenen hükmün koşulsuzluğu, doğrudan etkinin olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir öncülüdür, bkz. Daniele Gallo, *Direct Effect in EU Law* (1st ed., Oxford University Press 2025) 92. Benzer şekilde bkz. Prechal (n 75) 247.

⁸³ Joined Cases C-100/89 and 101/89 *Peter Kaefer and Andréa Procacci v French State* [1990] ECR 4647, para 26 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61989CJ0100>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; ABAD'ın, koşulsuz olmayan ve yetkili makamlarca birtakım önlemler alınmasını gerektiren AB hukuku kurallarının da doğrudan etkili olabileceğine yönelik kararları vardır, bu konuda bkz. de Witte (n 71) 193; Gallo (n 82) 93.

⁸⁴ Case C-589/12 *Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v GMAC UK plc* [2014] ECLI:EU:C:2014:2131, para 30 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0589>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case C-337/13 *Almos Agrárkölkereskedelmi Kft v*

koşulsuzluk halinin, “belirli olan koşulları karşılama” manasında olmadığı belirtilmelidir. ABAD kararlarında kastedilen, dayanılmak istenen hükmün sahip olduğu koşullar nedeniyle açıklamaya veya aydınlatılmaya ihtiyacının bulunmamasıdır⁸⁵.

Bu açıklamalar karşısında, söz konusu maddenin koşulsuz olduğunu söylemek mümkündür. O halde, diğer koşullar olan açıklık ve kesinlik yönünden eldeki madde değerlendirilmeli, yani söz konusu maddede spesifik, açıkça sınırları çizilen ya da detaylı olan hükümlerin yer alıp almadığına bakılmalıdır⁸⁶. Kanaatimizce, Karar md. 2, bu kriterleri karşılayan son derece açık, anlaşılır ve ayrıntılı hükümler içermektedir. Bu nedenle, sonuç olarak, Karar md. 2’nin doğrudan etkili olduğu ifade edilebilir. Yani bu madde kapsamında kalan ancak maddede yer alan hükümlere uygun hareket edilmediği iddiasını taşıyan her ilgili kişi, vizenin Karar md. 2’ye uygun olarak verilmediğini, yine ilgili üye devletin mahkemesinde ileri sürebilir.

Burada şu hususun da açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır: İlgili Uygulama Kararı’nın doğrudan etkiler doğurabilmesi, bu Karar’ın, ilgililerine “haklar bahşetmesinden” bağımsızdır. Bunun ortaya konması, vize gibi, devletin ülkesine kimin gireceğini belirleme konusunda sahip olduğu egemenlik yetkisinin kullanıldığı bir alan hakkında çıkarımlarda bulunulması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir. Zira burada, söz konusu Karar’ın ya da doğrudan doğruya Vize Kodu md. 24/2’nin, ilgililerine belirli bir türde vize verilmesini sağlayan “haklar” bahşeden kurallar içerdiğini açıkça söylemek kolay değildir. Öte yandan ABAD, *Koushaki* kararında, üye devletin koşulların sağlanması halinde vize vermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir⁸⁷. Buna istinaden kanaatimizce, Komisyon Uygulama Kararı’nın her ne kadar başvurucuya hak bahşeden bir düzenleme olma-

Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-magyarországi Regionális Adó Főigazgatósága [2014] ECLI:EU:C:2014:328, para 32 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0337>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case C-317/05 *G. Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG v Gemeinsamer Bundesausschuss* [2006] ECR I-10611, para 41 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62005CJ0317>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Joined Cases C-246/94, 247/94, 248/94 and 249/94 *Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio and Others v Amministrazione delle finanze dello Stato* [1996] ECR I-4373, paras 18-19 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0246>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁸⁵ Sacha Prechal, ‘Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU’ (2020) 66 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 407, 420.

⁸⁶ Bkz. Prechal (n 75) 244.

⁸⁷ *Koushaki* (n 31), paras 55, 73.

diği kabul edilmeliyse de bu Karar'ın ilgili üye devlet için Karar'daki koşullara göre bir vize verme yükümlülüğü getirdiğinin söylenmesi gerekir.

Zaten ABAD, kimi kararlarında doğrudan etkiye sahip AB hukuku kurallarının, bireylere haklar bahsettiğini belirtirken⁸⁸, kimilerinde haklardan ziyade ilgili üye devletin yükümlülüklerine odaklanmış ve doğrudan etkiye sahip kurala aykırılık nedeniyle menfaati ihlal edilen kişilerin, bu kurala dayanabileceğine hükmetmiştir⁸⁹. ABAD'ın daha yakın tarihli içtihadını yansıtan ikinci grup kararlar ve doktrinde ileri sürülen görüşler, doğrudan etki için, ilgili kuralın kişiye bir hak bahşedip bahşetmediğinin incelenmesine gerek bulunmadığı, doğrudan etkinin hak bahşetme olgusundan bağımsız olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁹⁰.

Komisyon'un Uygulama Kararı'nın da bu ikinci gruptaki kararlar kapsamında kalacağı ve bu Karar'ın, "hak tanıma" olgusundan bağımsız olarak doğrudan etkili olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan, söz konusu Uygulama Kararı, ortaya koyduğu yerelleştirilmiş *cascade* sisteminden kimlerin yararlanacağını açık bir şekilde belirlediği için, burada bu Karar'ın sağladığı doğrudan etkinin kime yönelik olduğuna dair bir tartışmanın yürütülmesine de gerek bulunmamaktadır.

Buna karşın ayrıca ele alınması gereken mesele, Vize Kodu md. 24/2a'de yer alan istisna hükmün Karar md. 2'ye herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığı, yani ilgili hükmün Karar md. 2'yi doğrudan etkili olmaktan çıkarıp çıkarmadığıdır. Söz konusu hüküm, yukarıda da belirtildiği üzere, giriş koşulları-

⁸⁸ Örneğin bkz. *Van Gend en Loos* (n 65), 13; *Case 13-68 SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade*, Rome [1968] ECR 453, 460 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61968CJ0013>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁸⁹ *Case C-72/95 Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland* [1996] ECR 5403 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0072>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; *Case C-253/100 Antonio Muñoz y Cia SA and Superior Fruticola SA v Frumar Ltd and Redbridge Produce Marketing Ltd.* [2002] ECR 7289 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62000CJ0253>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; *Case C-237/07 Dieter Janecek v Freistaat Bayern* [2008] ECR 6221 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0237>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁹⁰ Prechal (n 75) 100; Dashwood and others (n 71) 250; David Alexander Ogilvy Edward, 'Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?' in Jolande Prinssen and Annette Schrauwen (eds), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (Europa Law Publishing 2004) 12; Barnard and Peers (n 71) 163-164; Schütze, 'Direct Effects and Indirect Effects of Union Law' (n 71) 270; de Witte (n 71) 193; Gallo (n 82) 112. Bu konuda ayrıca bkz. Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (7th ed., Oxford University Press) 218-219. ABAD, söz konusu yakın tarihli kararların varlığına rağmen doğrudan etkiyi, halen hak bahşetme olgusu ile tanımlayabilmektedir, bkz. Prechal (n 75) 101-102.

nın, verilmesi düşünülen vizenin geçerlilik süresi boyunca karşılanmayacağına dair makul şüphe bulunması halinde, verilecek vizenin geçerlilik süresinin kısaltılabileceğini belirtmektedir. Uygulama Kararı'nın dibacesinin 6. paragrafında, hem Vize Kodu md. 24/2a'ya hem de Vize Kodu md. 24/2c'ye atıf yapılmakta; eldeki Karar'da yer alan yerelleştirilmiş kurallarla hedeflenenin bu kuralların yeknesak uygulanması olsa da, münferit durumlarda, Vize Kodu md. 24/2a'ya göre verilmesi düşünülen vizenin geçerlilik süresinin kısaltılabileceği yahut Vize Kodu md. 24/2c'ye göre bu vizenin geçerlilik süresinin, Karar md. 2'deki basamaklı yapı dikkate alınmaksızın, artırılabilceği belirtilmektedir.

ABAD, her ne kadar kural olarak doğrudan etki için koşulsuzluğu arıyorsa da bunun mutlak olmadığını ve bazı davalarda, davada tartışılan hükmün ilgili üye devlete takdir yetkisi tanımasına rağmen doğrudan etkili kabul edildiği ifade edilmelidir⁹¹. ABAD, yakın tarihli kararlarında üye devletlere belirli ölçüde takdir yetkisi tanıyan bir hükmün, bu hükümde yer alan yükümlülüğün kesin ve koşulsuz yapısını etkilemeyeceğini belirtmektedir⁹². Bunun haricinde daha eski tarihli bir kararında ABAD, istihdam, mesleki eğitim, terfi ve çalışma koşulları bakımından eşit muamele ilkesini hayata geçirmek amacıyla yürürlüğe konan 76/207 sayılı Direktif'in cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan ikinci maddesinin birinci fıkrasına, Direktif md. 2/2'deki üye devletlerin Direktif'in uygulama alanından işçinin cinsiyetinin belirleyici bir unsur olduğu işler ve eğitimleri hariç tutma yetkisi ile getirilen istisnaya rağmen işe alım ve mesleki eğitim bakımından kamu işverene karşı dayanılabileceğini belirtmiştir⁹³. Görüldüğü üzere takdir yetkisi görünümünde koşul içeren belirli düzenlemelerin bazı hallerde doğrudan etkiyi

⁹¹ Prechal (n 75) 246-247; Gallo (n 82) 93.

⁹² *Almos Agrárkülkereskedelmi Kft* (n 77), para 34; Case C-176/12 *Association de médiation sociale v Union locale des syndicats CGT and Others* [2014] ECLI:EU:C:2014:2, para 33 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0176>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case C-146/19 *SCT d.d., in liquidation v Republic of Slovenia* [2020] ECLI:EU:C:2020:464, para 50 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0146>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; Case C-508/14 *T-Mobile Czech Republic and Vodafone Czech Republic* [2015] ECLI:EU:C:2015:657, para 53 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0508>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

⁹³ Case 222-84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651, para 57 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61984CJ0222>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026; söz konusu Direktif için bkz. Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [1976] OJ L39/40 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31976L0207>> Erişim Tarihi 24 Mart 2026.

engelleyen anlamda “koşul” olarak değerlendirilmemesi, bu koşula rağmen dayanılmak istenen hükmün doğrudan etkili kabul edilmesi mümkündür.

Bunun ötesinde, amacı yerleştirilmiş yeknesak uygulanması olan bir Karar’ın doğrudan etkili kabul edilmemesi ve Karar’a uygun olmayan bir vize kendisine verilen ilginin üye devletlerin mahkemesinde söz konusu Karar’a bir ölçü norm olarak dayanamamasının, Karar’ın amacıyla bağdaşmayacağı kanaatimizce söylenmelidir. Böyle bir yaklaşım, “temkinli yaklaşmak” arzusunda olan üye devletlere yapısı itibarıyla bir istisna niteliği taşıyan Vize Kodu md. 24/2a’yi genel bir kural haline getirme kapısını aralayacak, bunun sonucunda da bazı üye devletler Karar’ı bütünüyle uygularken, bazı üye devletler Vize Kodu md. 24/2a’ya dayanarak çoğu durumda kendi uygun gördükleri geçerlilik süresine sahip vizeler vereceklerdir. Netice itibarıyla başvuru sahipleri yine üye devletler eliyle Vize Kodu’nun bertaraf etmeyi amaçladığı davranışlardan birisi olan *visa shopping*’e teşvik edilmiş olacak, hedefledikleri üye devlet ülkesi başka olmasına rağmen, daha elverişli geçerlilik sürelerine sahip vizeler alabileceklerini düşündükleri üye devletin ülkesi için vize başvurusunda bulunacaklardır. Bu durum karşısında, Vize Kodu md. 24/2a’nın genel kuraldan sapan istisnai bir düzenleme olarak görülmesi ve giriş koşullarının devamlılığı konusunda makul şüpheye bağlanmış takdir yetkisinin varlığının, Karar md. 2’nin doğrudan etkili olmasını etkilemediği, fikrimizce kabul edilmelidir. Zira aksi halde, AB’nin *cascade* sistemini belirli bir ülke için yerleştirmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Kanaatimizce burada doğrudan etkinin tartışmalı olsa da temellerinden birisi olarak görülen AB hukukunun etkililiği (*effet utile*) de Karar md. 2’nin, Vize Kodu md. 24/2a istisnasına rağmen AB hukukuna maksimum etkinliği sağlayacak sonuç olan doğrudan etkili olduğu yönündeki sonucu desteleyecek niteliktedir⁹⁴.

Son olarak söz konusu Uygulama Kararı’nın doğrudan etkili olmasının, vize başvurusu reddedilmiş bir başvuru bakımından bir öneminin bulunmadığı belirtilmelidir. Zira Uygulama Kararı’nın hükümleri, vize başvurusu kabul edilen kimselere, ne kadar geçerlilik süresine sahip bir vize verileceği ile ilgilidir. Vize başvurusu reddedilen kimseler için Uygulama Kararı md. 2’ye dayanmak, vize reddinin itiraz ya da üye devlet mahkemesinde dava açma ile ortadan kaldırılması veya vize için yeniden başvuru yapılması halinde vizenin verileceği bir durumda anlamlı olacaktır.

⁹⁴ Bu konuda bkz. Maria Elvira Méndez Pinedo, ‘The Principle of Effectiveness of EU Law: A Difficult Concept in Legal Scholarship’ (2021) 11 (1) Juridical Tribune - Review of Comparative and International Law 5, 12, 14-15.

Sonuç

Netice itibariyle Komisyon tarafından 15.07.2025 tarihinde yürürlüğe konan Uygulama Kararı'nın doğrudan etki doğurmaya elverişli olduğu, bu Uygulama Kararı'nın ikinci maddesinde yer alan ve yerleştirilmiş *cascade* sistemini ortaya koyan hükümlere, gerekli tüm koşulları sağlamasına rağmen kendisine ilgili hükümlere uygun bir vize verilmeyen ve Türkiye'de ikamet eden her Türk vatandaşının dayanabileceği kanaatindeyiz. Uygulama Kararı md. 2'nin ileri sürülmesi ve söz konusu maddeye uygun geçerlilik süresine sahip bir vizenin verilmesinin istenmesi, başvuruyu inceleyen konsolosluk nezdinde olabileceği gibi daha etkili bir şekilde üye devlet mahkemesinde de olabilir. İkinci halde konunun ABAD önüne ön karar usulü ile getirilmesi ve bu konuda bağlayıcı bir karar alınması ihtimal dahilindedir. Olası bir ön karar başvurusu halinde ABAD'ın konuya yaklaşımının nasıl olacağını bilmek mümkün değilse de ABAD'ın doğrudan etkiye yönelik güncel içtihadı ve yukarıda açıklanan diğer nedenlere istinaden, bu konu bakımından da görüşünün olumlu olacağı söylenebilir.

Bunun dışında Uygulama Kararı md. 2'nin doğrudan etkili hükümler içerdiğinin kabul edilmesiyle, "temkinli" konsoloslukların, kendi devletlerindeki mahkemelerce verilen iptal kararları veya ABAD'ın vereceği karar nedeniyle bu Karar'a uygun vizeler vermeye başlayacağı, bunun da *visa shopping* vakalarını önemli ölçüde azaltacağı fikrindeyiz. Zira gitmeyi arzuladığı yerden, kendisi için getirilen kurala uygun bir vize alabilen kimsenin, *visa shopping* hali için bir sebebi bulunmayacaktır. Böylece AB'nin ortak vize politikası, gerçekten "ortak" bir şekilde uygulanabilecektir.

Nihayet uzun geçerlilik sürelerine sahip vizeler verilen Türk vatandaşlarının defalarca kez vize başvurusu yapmasına gerek kalmayacağı için konsoloslukların iş yükü azalacak ve konsolosluklar böylelikle ilk defa başvuran ve daha yüksek bir risk teşkil ettiği ifade edilen başvuru sahipleri daha dikkatli bir şekilde değerlendirilebilecektir.

Kaynakça

- Akduman E, 'Employment and Residence Rights of the European Union and Turkish Citizens Within the Association Law' (2025) 16 (30) Law and Justice Review 1 - 37
- ANNEX to the Commission Implementing Decision Amending Commission Decision C(2010) 1620 Final as Regards the Replacement of the Handbook for the Processing of Visa Applications and the Modification of Issued Visas (Visa Code Handbook I) (C(2024) 4319 final ANNEX, 2024) <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/1d79f44d-49ba-4847-951e-129f924b1051_en> Erişim Tarihi 16 Şubat 2026
- Arnall A, 'The Effect of EU Law' in Dennis Patterson and Anna Södersten (eds), *A Companion to European Union Law and International Law* (1st ed., Wiley Blackwell 2016)
- Barnard C and Peers S (eds), *European Union Law* (4th ed., Oxford University Press 2023)
- Bigo D and Guild E, 'Policing at a Distance: Schengen Visa Policies' in Didier Bigo and Elspeth Guild (eds), *Controlling Frontiers: Free Movement Into and Within Europe* (1st ed., Routledge 2005)
- Bozkurt E ve Köktaş A, *Avrupa Birliği Hukuku* (9. Bası, Legem Yayınevi 2024)
- Commission Staff Working Document Evaluation EU Visa Policy - Evaluation of the Visa Code (SWD(2024) 108 final, 2024) <https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/a1a81419-22c2-4062-8cf3-1f00a69e698f_en> Erişim Tarihi 16 Şubat 2026
- Craig P and de Búrca G, *EU Law: Text, Cases and Materials* (7th ed., Oxford University Press)
- Dadomo C and Quéniwet N, *European Union Law* (3rd ed., Hall & Stott Publishing 2020)
- Dashwood A and others, *Wyatt and Dashwood's European Union Law* (6th ed., Hart 2011)
- de Witte B, 'Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order' in Paul Craig and Gráinne de Búrca (eds), *The Evolution of the EU Law* (3rd., Oxford University Press 2021)
- Edward DAO, 'Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?' in Jolande Prinssen and Annette Schrauwen (eds), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (Europa Law Publishing 2004)
- Gallo D, *Direct Effect in EU Law* (1st ed., Oxford University Press 2025)
- Göçmen İ, *Avrupa Birliği Hukukunun Temelleri* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Groenendijk K and Guild E, *Visa Policy of Member States and the EU Towards Turkish Nationals After Soysal* (2nd ed., Economic Development Foundation Publications 2011)

- Guild E, 'The Border Abroad - Visas and Border Controls' in Kees Groenendijk, Elspeth Guild and Paul Minderhoud (eds), *In Search of Europe's Borders* (1st ed., Kluwer Law International 2003)
- Kaczorowska-Ireland A, *European Union Law* (4th ed., Routledge 2016)
- Kutucu AS, *Avrupa Birliği'nde Üçüncü Devlet Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014)
- Leczykiewicz D, 'Effectiveness of EU Law Before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection and State Liability' in Anthony Arnall and Damian Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (1st ed., Oxford University Press 2015)
- Martin D, 'The Privileged Treatment of Turkish Nationals' in Elspeth Guild and Paul Minderhoud (eds), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law* (1st ed., Martinus Nijhoff Publishers 2012)
- Meloni A, 'Visa Code Regulation (EC) No 810/2009' in Daniel Thym and Kay Hailbronner (eds), *EU Immigration and Asylum Law* (3rd ed., Beck/Hart/Nomos 2022)
- Méndez Pinedo ME, 'The Principle of Effectiveness of EU Law: A Difficult Concept in Legal Scholarship' (2021) 11 (1) *Juridical Tribune - Review of Comparative and International Law* 5 - 29
- Oder BE, 'Topluluk Hukukunun Temel Doktrinleri ve Uygulanması' in Güören Tekinalp and Ünal Tekinalp (eds), *Avrupa Birliği Hukuku* (2. Bası, Beta Yayıncılık 2000)
- O'Keeffe D, 'The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?' (1991) 11 (1) *Yearbook of European Law* 185 - 219
- Özkan I, 'Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu' (2007) 9 (Özel Sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 409 - 446
- -, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022)
- -, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku* (6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2025)
- Peers S, Guild E and Tomkin J, *EU Immigration and Asylum Law* (Steve Peers, Elspeth Guild and Jonathan Tomkin eds, 2nd. rev., Martinus Nijhoff Publishers 2012)
- Prechal S, *Directives in EC Law* (2nd ed., Oxford University Press 2009)
- -, 'Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU' (2020) 66 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 407 - 426
- Reçber K, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri* (4. Bası, Dora 2021)
- Romien S, 'EU Border and Visa Policy: Current State of Affairs' in Jaap de Zwann and Flora Goudappel (eds), *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme* (TMC Asser Press 2006)
- Schütze R, 'Direct Effects and Indirect Effects of Union Law' in Robert Schütze and Takis Tridimas (eds), *Oxford Principles of European Union Law Volume I: The European Union Legal Order* (1st ed., Oxford University Press 2018)

- -, *European Union Law* (3rd ed., Oxford University Press 2021)

Solanke I, *EU Law* (2nd ed., Cambridge University Press 2023)

Thym D, *European Migration Law* (Oxford University Press 2023)

Ünver C, 'Almanya'ya Türk İşgücü Göçü: Geçmişten Geleceğe Sorunlar, İmkanlar ve Fırsatlar' [2003] (45) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 177 - 226

6183 Sayılı Kanun’da Haczedilemeyecek Mallarda Ailenin Korunması^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Nagihan ERDAL^(**)

Dr. Ayşe MERCAN^(***)

Öz

Borçluların kamu borçlarını zamanında ödememeleri halinde devlet kamu gücüyle cebren tahsil şekillerini kullanmaktadır. Cebren tahsil ve şekilleri 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 54’üncü maddesinde “teminatın paraya çevrilmesi veya kefilin takibi, haciz ve borçlunun iflasının istenmesi” olmak üzere üç şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden en sık başvurulana ise hacizdir. Haciz, kamu alacağının tahsili açısından etkili bir araç olmakla birlikte, borçlu üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek güçlü bir müdahale biçimidir. Bu nedenle kanun koyucu borçlunun durumunu, asgari yaşam şartlarını düşünerek 6183 sayılı Kanun’un 70’inci maddesinde haczedilemeyecek malları düzenlemiştir. Bu kapsamda kanun koyucu yalnızca borçluya yönelik değil, borçlunun ailesine yönelik de haczedilemeyecek mallarında neler olduğunu saymıştır. Anayasa’nın 41’inci maddesinde de belirtildiği üzere “Aile Türk toplumunun temelidir.” Dolayısıyla ailenin bütün fertlerinin asgari yaşam hakkının gözetilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu bunu dikkate alarak 6183

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.01.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 29.04.2026.

Atıf Şekli: Nagihan Okumuş ve Ayşe Mercan, ‘6183 Sayılı Kanun’da Haczedilemeyecek Mallarda Ailenin Korunması’ (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1109,1150.

DOI: 10.52273/sduhfd..1873213.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Afyonkarahisar-Türkiye.

E-posta: nerald@aku.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-3422-1373.

^(***) Bağımsız Araştırmacı, Afyonkarahisar-Türkiye.

E-posta: aysemercan81@hotmail.com.

Orcid: 0000-0001-8332-7794.



sayılı Kanunun 70'inci maddesinde haczedilemeyecek mallara ilişkin hükümlerde "aile" kavramına da yer vermiştir. Bu çalışmanın amacı, 6183 sayılı Kanun'da 70'inci maddesinde yer alan haczedilmeyecek mallarda doğrudan ve dolaylı olarak ailenin korunmasına yönelik düzenlemelerin incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler

6183 sayılı Kanun, Haciz, Haczedilemeyecek Mallar, Aile, Ailenin Korunması.

Protection of the Family in Non-Seizure Goods under Law No.6183

Abstract

If debtors fail to pay their public debts on time, the state uses coercive collection methods. Enforced collection and its methods are regulated in three ways in Article 54 of Law No. 6183 on the Collection of Public Receivables: ‘conversion of collateral into cash or pursuit of the guarantor, seizure and petition for bankruptcy’. The most frequently used of these measures is seizure. Seizure is an effective tool for collecting public receivables, but it is also a powerful form of intervention that can have adverse effects on the debtor. For this reason, the legislator has regulated the goods that cannot be seized under Article 70 of Law No. 6183, taking into account the debtor’s situation and minimum living conditions. In this context, the legislator has listed the goods that cannot be seized not only from the debtor but also from the debtor’s family. As stated in Article 41 of the Constitution, “The family is the foundation of Turkish society.” Therefore, the minimum living rights of all family members must be safeguarded. Taking this into account, the legislator has included the concept of “family” in the provisions on non-seizable property in Article 70 of Law No. 6183. The purpose of this study is to examine the provisions aimed at protecting the family, both directly and indirectly, in relation to the goods exempt from seizure under Article 70 of Law No. 6183.

Keywords

Law No. 6183, Seizure, Non-Seizable Goods, Family, Protection of the Family.

Extended Summary

Seizure is an administrative procedure regulated both in the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004 (EBL) and in the Law on the Collection Procedures of Public Receivables No. 6183 (LCPRP). In tax enforcement law, the concept of seizure refers to the conversion of movable or immovable property, receivables and rights owned by the taxpayer or held by third parties, determined based on the taxpayer's own declaration or the administration's findings, into cash using public authority to the extent necessary to cover the debt amount, when the taxpayer fails to pay the tax debt within the specified time and in accordance with the procedure.

The attachment procedure is a unilateral measure taken by the administration for the compulsory collection of public debts. In this respect, the attachment procedure is considered an administrative act in terms of its legal nature in doctrine.

Among the provisions in Law No. 6183 aimed at directly protecting the family in relation to goods that cannot be seized are: items necessary for the debtor, their profession and their family; kitchenware that cannot be dispensed with and essential household items; protection of the livelihood and professional tools of the debtor and their family; the debtor's and their family's essential livestock and feed and animal bedding for such animals, the debtor's and their family's necessities and compensation paid for the debtor's and their family's physical health and damages.

Among the provisions indirectly aimed at protecting the family in the Law No. 6183 regarding goods that cannot be seized; pensions paid to those disabled in military or police service and pensions paid to their widows and orphans, pensions paid in some instances by relief funds or associations, war disability allowances, the debtor's home appropriate to their circumstances and pensions paid to needy, helpless and destitute Turkish citizens who have reached the age of 65. In addition, workers' wages, retirement pensions and income paid by insurance and pension funds, which are among the partially attachable income listed in Article 71 of Law No. 6183, also indirectly protect the public debtor and their family.

The legislator has regulated the goods that cannot be seized in Article 70 of Law No. 6183. In the article above, the following criteria should be taken into account regarding which goods are subject to seizure and which are not, in relation to the debtor and their family:

- "The debtor and his family must have sufficient means to cover their living expenses," or in other words, "basic and minimum requirements."
- The number of family members the debtor is obliged to support,
- The debtor's social situation,
- Whether the debtor's belongings are "essential items" for themselves and their family,
- The capital value and characteristics of the debtor's clothing and belongings,
- If the debtor has more than one profession, each profession must be a necessity,

- Compensation paid for bodily injury and damage to health suffered by the debtor and his family should be intended to cover material and non-material damage.

In a globalising world, technology has advanced rapidly and digitalisation has become central to life. Therefore, arrangements relating to the needs of the debtor and their family must be reconsidered in line with today's conditions. The debtor's own property, their professional equipment and family belongings, as stipulated in the current regulation, are insufficient when examined in light of the relevant provisions of the law and the decisions of the Council of State, particularly in the context of digitalized and technology-based working models. For this reason, the concept of 'necessary items' should be updated to include both the debtor's profession and professional equipment, as well as their personal needs and those of their family.

Poultry, fish products, beekeeping and silkworms, their performance and supply, the number of animals that cannot be confiscated, feed and bedding materials, should be included in the scope of animals that are "necessary for the livelihood of the debtor or those with specific characteristics" as defined in Article 70(5) of Law No. 6183, for the fifth generation.

Article 70 (6) of Law No. 6183 should specify which of the debtor's animals are exempt from seizure. Additionally, the number of animals necessary for the debtor and their family's livelihood should be included.

Article 70(9) of the Law above stipulates that "money paid to the individual and his/her family as compensation for damage caused to the body and health" is exempt from seizure. Although the provision does not mention compensation for material or moral damages, the Council of State ruling indicates that moral damages are also accepted. In this context, we believe that the inclusion of the phrase 'monetary compensation paid to the individual and their family as material and moral damages for harm caused to the body and health' in the law provision is essential for the sake of clarity and comprehensibility.

The exemption of the debtor's home from nonseizure, commensurate with their circumstances, is another regulation falling under the protection of the family and the right to housing. In accordance with the principle of the social rule of law, the state must consider both the personal and social needs of individuals. Therefore, the seizure of a public debtor's home used as a residence should be a last resort.

The seizure of a debtor's reasonable home is unlawful, as accepted in Council of State rulings, if the assessment is made without considering the debtor's personal and family circumstances, the nature of the home and its value. Furthermore, the condition that the debtor must personally reside in their reasonable home should not be required for the exemption of such a home from seizure.

It is essential that the amounts of pension payments, workers' wages and amounts to be seized from insurance and pension funds, which are among the partially attachable income, be updated in line with current economic conditions, so that the public debtor and their family can maintain their standard of living.

Giriş

Hukuki ilişkilerde, bireylerin sorumluluklarını kendiliğinden yerine getirmemesi durumunda, kamu hukuku da tıpkı özel hukuk gibi müdahale mekanizmalarını devreye sokmaktadır. Bu kapsamda, kamu alacaklarının zamanında ödenmemesi halinde devletin cebri icra yetkisini kullanarak kamu borçlarını zorlayıcı yöntemlerle tahsil etmesi söz konusu olmaktadır.¹

Bu yöntemler 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 54'üncü maddesinde “cebren tahsil ve şekilleri” başlığı altında “Amme borçlusu tahsil dairesine teminat göstermişse, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi, amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi, gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi” olmak üzere üç şekilde düzenlenmiştir. Haciz, cebren tahsil yöntemleri içinde en önemli ve en sık uygulanan yöntemdir.² Haciz, kamu alacağının tahsili amacıyla, borçlunun mal ve hakları üzerinde tahsil dairesince gerçekleştirilen hukuki bir kısıtlama işlemidir.³ Bu işlemle birlikte borçlunun söz konusu varlıkları üzerindeki tasarruf hakkı sınırlandırılmaktadır.

Genel ilke olarak, ödenmemiş kamu alacaklarının tahsilinde, borçlunun malvarlığı kapsamında yer alan malları, hakları ve alacakları hacze konu edilebilmektedir.⁴ Ancak borçlunun belirli mal ve hakları haciz kapsamı dışındadır. Kanun koyucu, borçlunun tüm malvarlığı ve geçim kaynaklarından yoksun bırakılmasının; bireyin kimliğini yitirmesine, toplumsal yaşamdan kopmasına, ekonomik açıdan çökmesine, dolayısıyla kamu hizmetlerinin finansmanına katkı sağlayamayacak duruma gelmesine ve temel haklarının zedelenmesine yol açacağı gerekçesiyle bazı varlıklarının haczedilemeyeceğini kabul etmiştir.⁵ Bu doğrultuda, 6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinde haczedilemeyecek mallar düzenlenmiş ve ilgili maddede hangi mal ve hakların haciz kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Bu çalışma kapsamında, söz konusu maddenin aileyi

¹ Kazım Yılmaz, Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması (Bilnet Matbaacılık 2015) 559.

² Adnan Gerçek, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku* (6. Baskı, Ekin Yayınevi 2020) 253.

³ Mahmut Coşkun, *Açıklamalı- İctihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 790.

⁴ Betül Hayrulloğlu, ‘Tahsil Yetkisinin Kullanımının Haciz İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi’ (2019) İzmir Barosu Dergisi 267, 288.

⁵ İrfan Barlass, *Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Takibi* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 41.

korumaya yönelik hükümleri ele alınmış ve bu hükümlere ilişkin değerlendirmelere ayrıntılı biçimde yer verilmiştir.

Bu çalışmada cebren tahsil ve şekillerinden haciz kavramı, tanımı ve hukuki niteliği, 6183 sayılı Kanun'da haczedilemeyecek mallar ve 6183 sayılı Kanun'da haczedilemeyecek mallarda ailenin korunması ve yargı kararları ele alınmıştır.

I. Haciz Kavramı, Tanımı ve Hukuki Niteliği

Haciz hem 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda⁶ hem de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da⁷ düzenlenmiş bir kurumdur. 2004 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk alacaklarının tahsilinde uygulanan haciz, alacaklının talebi üzerine icra dairesi tarafından gerçekleştirilirken; 6183 sayılı Kanun çerçevesinde kamu alacaklarının tahsili amacıyla yapılan haciz ise tahsil dairesi tarafından idari nitelikte bir işlem olarak uygulanmaktadır.

Haciz, alacakların ödenmesini temin etmek için borçlunun mal ve haklarına icra dairesince hukuki yollardan el konulması işlemidir.⁸ Bu kapsamda borçlunun mülkiyet hakkı tamamen ortadan kalkmamakla birlikte, tasarruf yetkisi belirli ölçüde sınırlandırılmaktadır. Bununla birlikte, haczedilen taşınmazın yönetimi, işletilmesi ile ondan doğan gelir ve menfaatlara tahsil dairesi tarafından müdahalede bulunulamamaktadır. Tahsil dairesi, kamu alacaklısının çıkarlarını gözetirken, borçlunun menfaatlerini de mümkün olduğunca koruma ve dengeleme yükümlülüğü altındadır.

Vergi icra hukukunda haciz kavramı, vergi borcunu süresi içerisinde ve usulüne uygun şekilde ödemeyen mükellefin, kendi beyanına ya da idarenin tespitiyle dayanan ve mülkiyetinde bulunan ya da üçüncü şahıslar nezdindeki taşınır veya taşınmaz mal, alacak ve haklarının, borç tutarını karşılayacak ölçüde kamu gücü kullanılarak paraya çevrilmesini ifade etmektedir.⁹

⁶ İcra ve İflas Kanunu (İİK), Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128, <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2004.pdf>> Erişim Tarihi: 05.11.2025.

⁷ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK), Kanun Numarası: 6183, Kabul Tarihi: 21.07.1953, RG 28.07.1953/8469, <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6183.pdf>> Erişim Tarihi: 02.11.2025.

⁸ Alican Türkay, 'Genel Haciz Yoluyla Takip (Haciz-Satış-Paraların Paylaştırılması)' içinde, *İcra ve İflas Hukuku* (Atatürk Üniversitesi Açık ve Uzaktan Öğretim Fakültesi Yayını 2018) 107-108.

⁹ Hasan Hüseyin Bayraklı, *Vergi İcra Hukuku* (5. Baskı, Celepler Matbaacılık Basım Yayın ve Dağıtım 2019) 136.

Haciz işlemi, kamu alacağının cebren tahsiline yönelik olarak idarece tek taraflı şekilde tesis edilen bir tasarruf niteliğindedir. Bu yönüyle haciz işlemi hukuki niteliği bakımından doktrinde idari işlem olarak değerlendirilmektedir. İdari işlemler, hukuki bir sonuç doğurmak veya mevcut bir hukuki sonucu ortaya koymak amacıyla idare tarafından tek taraflı olarak gerçekleştirilen, icrai nitelikte ve uygulanması zorunlu irade açıklamaları ve işlemlerdir.¹⁰ Başka bir ifadeyle idari işlemler, kamu gücüne dayanılarak yapılan idare hukukunun hükümlerine tabi olan ve bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı mercilerinde çözümlendiği, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹

Bu tanımlardan hareketle, idari işlemin özellikleri şu şekilde sıralanabilir: Kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kendi yetkilerini kullanarak kamu gücüne dayalı biçimde gerçekleştirdiği, idarenin tek taraflı irade beyanıyla şekillenen ve uygulanması zorunlu, uyuşmazlık hâlinde idari yargı denetimine tabi, bağlayıcı nitelikte ve irade açıklamalarını içeren işlemlerdir.¹²

Bu özellikler ışığında idari işlem niteliği taşıyan haciz işlemi, hukuki açıdan değerlendirildiğinde tek taraflı idari işlemler içinde bireysel işlemler kategorisinde yer almakta; belirli bir kişiye özgü olarak tesis edilmesi nedeniyle özel nitelik taşımakta; idarenin borçlunun rızası ve muvafakati aranmaksızın, kamu gücüne dayanarak borçlular hakkında karar alma yetkisi sebebiyle tek taraflı bir işlem olma özelliğini göstermekte ve bu yönüyle, idarenin iradesi doğrultusunda ilgililerin hukuki durumunda doğrudan değişiklik meydana getiren icrai bir işlem niteliğindedir ve haciz işlemi, diğer idari işlemler gibi yargı denetimine tabidir.¹³ Ayrıca idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Bu karine, haciz işleminin idare tarafından tesis edildiği anda hukuken geçerli sayılmasını sağlamaktadır.

Öte yandan hukuki niteliği bakımından haciz işlemi, borçluyu verme, yapma ya da belirli davranışlarda bulunma yükümlülüğü altına sokması nedeniyle yükümlendirici nitelikte olup kamu gücüne dayanması nedeniyle borçlunun iradesine veya rızasına bağlı olmaksızın uygulanmakta ve idarenin kararını borç-

¹⁰ Mehmet Yüce, *Vergi Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Ekin Yayınevi 2019) 110.

¹¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş* (25. Baskı, Ekin Yayınevi 2019) 137.

¹² Hasan Hüseyin Bayraklı, *İdare Hukuku* (Celepler Matbaacılık Basım Yayın ve Dağıtım 2014) 195-198.

¹³ Yüce (n 8) 113-119.

luya yorum yapma fırsatı tanımayacak biçimde bildirmesi nedeniyle açık bir idari işlem özelliği taşımaktadır.¹⁴

II. 6183 Sayılı Kanun'da Haczedilemeyecek Mallar

6183 sayılı Kanun'da borçlunun ve ailesinin temel yaşamını sürdürmesi için bazı mal ve hakların haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda ilgili kanunun 70'inci maddesinde haczedilemeyecek mallar düzenlenmiştir.

Haczedilemezliğin esasında ölçülülük dikkate alınarak borçlunun ve ailesinin menfaati korunmaktadır.¹⁵ Haczedilemeyecek mal ve haklara ilişkin düzenlemeler, 2004 sayılı Kanun'un 82'nci maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinde paralel biçimde hüküm altına alınmış olup, 6183 sayılı Kanun uygulanırken 2004 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir.¹⁶

6183 sayılı Kanunun 70'inci maddesinde sayılan haczedilemeyecek mallar şunlardır:¹⁷

¹⁴ Bayraklı *İdare Hukuku* (n 10) 201-202; Gözler ve Kaplan (n 9) 150-152.

¹⁵ Dilara Yüzer, 'Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi' (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4843, 4890.

¹⁶ Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku)* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 217.

¹⁷ "1. 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar.

2. Borçlunun şahsı ve mesleği için gerekli elbise ve eşyası ile, borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası,

3. Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası,

4. Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri; çiftçi değilse sanat ve mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıt vasıtaları,

5. Borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli ise, borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,

6. Borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ile;

a) Borçlu çiftçi ise ayrıca gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğu,

b) Borçlu bağ, bahçe veya meyve ve sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli bulunan alet ve edevatı, malzemesi ve fide ve tohumluğu,

Anılan hüküm, sosyal düşünceler doğrultusunda, borçlu ve ailesinin asgari geçim koşullarını korumak amacıyla haczedilmesi mümkün olmayan malları göstermektedir.¹⁸ Bu hüküm, borçlunun borcunu ödemekle yükümlü olmasına rağmen, kendisinin ve ailesinin temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek asgari yaşam standardını sürdürmesini güvence altına almaktadır. Böylece haciz işlemlerinin aile bütünlüğünü ve bireylerin onurlu yaşam hakkını zedelememesi hedeflenmektedir.

Vergiyle ilgili kanunlarda da aile kavramının farklı şekillerde düzenlenmesi kanun boşluğunu doğurmaktadır.¹⁹ Bu nedenle “aile kavramı” aileyi ilgilendiren bazı kanun maddelerinde doğrudan, bazı kanun maddelerinde ise dolaylı bir şekilde vurgulanmaktadır.

6183 sayılı Kanun’un 70’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan bentler incelendiğinde, 2, 3, 4, 5, 6 ve 9’uncu bentlerin borçlunun ve borçlu ile birlikte yaşayan ve ekonomik olarak ondan etkilenen aile bireylerinin korunmasına yönelik doğrudan düzenlemeler içerdiği ve bu bentlerde aile kavramına açıkça yer verildiği görülmektedir. Buna karşılık aynı fıkra da yer alan 7, 8, 10, 11, 12 ve 13’üncü bentlerin ise aile kavramını açıkça içermediği ancak borçlunun ailesinin ekonomik ve sosyal bütünlüğünün korunmasına dolaylı şekilde hizmet ettiği ifade edilebilir. Ayrıca 6183 Kanun’un 71’inci maddesinde kısmen haczedilebilecek gelirler arasında; işçi ücretleri, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik san-

c) Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları,

7. Memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malul olanlara bağlanan emekli aylıkları ile, bu kabil kimselerin dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış ikramiyeleri,

8. Bir yardım sandığı veya derneği tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan aylıklar,

9. Vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paralar,

10. Askerlik malullerine, şehit yetimlerine verilen harp malullüğü zammı ile, 1485 sayılı kanun gereğince verilen tekel beyiyeleri,

11. Borçlunun haline münasip evi “ancak evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilir”,

12. Harcırah Kanununa göre yapılan ödemeler,

13. 2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanan aylıklar”.

¹⁸ Yusuf Karakoç, *Kamu İcra Hukuku Bilgisi* (Yetkin Yayınları 2020) 161.

¹⁹ Elif Sonsuzoğlu, ‘Türk Vergi Sisteminde Aile Bağlantılı Hükümler’ (2019) 5(2) International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal 88, 102.

dıkları tarafından bağlanan gelirlerinde borçlunun kendisi ve ailesinin dolaylı olarak korunduğu görülmektedir. Bu çerçevede, söz konusu bentlerde düzenlenen haczedilemeyecek mallar, doğrudan ve dolaylı koruma sağlama niteliğine göre iki kategoride sınıflandırılabilir.

A. 6183 Sayılı Kanun'da Haczedilemeyecek Mallarda Doğrudan Ailenin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

1. Borçlunun Kendisi, Mesleği ve Ailesi İçin Gerekli Eşyalar

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 2'nci bendine göre, *"Borçlunun şahsı ve mesleği için gerekli elbise ve eşyası ile, borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası"* haczedilemez.

Söz konusu bent incelendiğinde, borçlunun haczedilemeyecek malları kendisi ve ailesi bakımından dört ayrı grupta ele alınmaktadır. Buna göre düzenlenmede; (i) borçlunun kendisi için gerekli elbise ve eşyası, (ii) borçlunun mesleği için gerekli elbise ve eşyası, (iii) borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları ile (iv) borçlu ve ailesine gerekli olan ibadete mahsus kitap ve eşyasının haczinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Bu bent haciz işlemleri sırasında insan onuruna, temel yaşama ve inanç özgürlüğüne zarar verilmemesi amacıyla konulmuş bir sınırlamadır. Borçlunun ve onunla birlikte yaşayan ailesinin en temel ihtiyaçlarını karşılayacak mallar haczedilemez. Bu doğrultuda ilgili bent uyarınca borçlunun kendisi ve ailesi devlet tarafından koruma altına alınmaktadır.

(i) Borçlunun kendisi için gerekli elbise ve eşyası: Borçlunun kişisel elbise ve eşyaları haczedilemez. Bu elbise ve eşyalar borçlunun yaşamını sürdürebilmesi için zorunlu olan eşyalarıdır. Ancak borçlunun elbise ve eşyalarından hangisinin "kişisel" olduğu ve haciz kapsamına girdiği tereddüt oluşturmaktadır. Dolayısıyla borçlunun "temel gereksinimlerinin" dikkate alınması gerekmektedir.²⁰ Bu doğrultuda borçlunun hangi elbise ve eşyalarının hacze konu edileceği, bu elbise ve eşyalarının değer ve nitelikleri borçlunun sosyal durumuna göre belirlenir. Gözlük, elbise, palto veya saat gibi eşyalar borçlunun şahsına ait olduğu için haczedilemez.²¹

²⁰ Yılmaz (n 1) 718.

²¹ Coşkun (n 3) 914.

Borçluya ait saat borçlunun günlük yaşamı için zorunlu olduğundan saatin değeri ne olursa olsun haczedilmez, ancak borçlunun birden fazla saati bulunuyorsa bunların kişisel eşya olarak kabul edilmemesi ve temel gereksinimi için gerekli olan bir saati haricindeki saatleri haczedilebilir.²² Ancak burada saatin değerinden hareketle mücevher değerinde olan bir saatin borçlunun kişisel eşyası olmakla beraber haczedilebileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır.²³ Kanaatimizce, saat kişisel bir eşya olmakla birlikte borçlunun değeri yüksek saatinin haczedilmesi gerekmektedir. Coşkun da borçluya ait kişisel eşyaların değeri yüksek ve sermaye unsuru daha baskın ise bunların haczedilebileceğini ve kişisel eşyanın yüksek değere sahip olması halinde, bu eşyanın satılmak suretiyle aynı işi görebilecek daha ucuz bir eşya alınarak satış miktarından artan bedelin borçluya bırakılamayacağını ifade etmektedir.²⁴ Gözlük, elbise ve palto gibi ekonomik getirisi düşük olan eşyaların ikinci el satışı ise idare açısından işlem maliyetini artırmaktadır. Bu nedenle söz konusu eşyaların haczedilmesi durumunda objektif ve subjektif maliyetlerinin minimize edilmesi gerekmektedir. Ayrıca borçlu açısından da borçlunun ve ailesinin asgari yaşam koşulları korunmalıdır.

(ii) Borçlunun mesleği için gerekli elbise ve eşyası: Borçlunun mesleğini icra etmesi için gerekli olan elbiseleri ve eşyaları da haczedilemez mallar arasında yer almaktadır. Söz konusu bentte mesleki eşyanın neler olduğu belirtilmemiş olması alacaklı kamu idaresine ve yargı merciine takdir yetkisi tanımakta olup, borçlunun zor duruma düşürülmemesi amacıyla mesleğin icrası için zorunlu olan ve kişisel bilgi ile beceriye dayanan mesleki eşyaların haczedilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁵ Bu nedenle mesleğin icrası için gereken elbise ve eşyalar haczedilirken titiz davranılması gerekmektedir.²⁶ Nitekim avukatlık faaliyetini yürüten davacının UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) sisteminde kayıtlı ve kullanımı mecburi olan banka hesabına haciz uygulanamaz.²⁷ Ancak Danıştay 3'üncü Dai-

²² Yılmaz (n 1) 718.

²³ Barlass (n 5) 57-58.

²⁴ Coşkun (n 3) 914.

²⁵ Yılmaz (n 1) 718.

²⁶ Gerçek (n 2) 265.

²⁷ Danıştay'ın; "Avukatlık faaliyetini yürütmekte olan davacının UYAP sisteminde tanımlı ve zorunlu olarak kullanmakta olduğu banka hesabına muhtelif vergi borçlarının tahsili amacıyla dava konusu haczin uygulandığı anlaşılmıştır.6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "Haczedilemeyecek Mallar" başlıklı 70. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde, borçlunun şahsı ve mesleği için gerekli elbise ve eşyasının haczedilemeyeceği belirtil-

resinin ilgili kararında belirtildiği üzere davacı avukatın mesleki faaliyet hesabının yalnızca mesleki amaçla kullanılmaması ve bir havuz hesabı olarak hem mesleki hem kişisel ödemeler için işlev görmesi ve hangi paranın mesleki, hangi paranın şahsi olduğu ayrımının her zaman mümkün olmaması nedeniyle, hesabın tamamına uygulanan haciz işlemi hukuka uygundur. Danıştay 3'üncü dairesi tarafından verilen benzer bir kararda aynı yöndedir.²⁸ Zira 6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 2'nci bendi uyarınca yalnızca mesleki faaliyet için gerekli eşyalar ve araçlar haczedilemez.

Ancak burada haczin uygulanabilmesi için avukatın banka hesabındaki parasının kaynağına ilişkin inceleme yapılmalıdır.²⁹ Bu kapsamda avukat UYAP hesabında bulunan paraları mesleki faaliyetleri sonucunda elde ettiğini; banka hesap hareketleri, vekalet ilişkisini gösteren belge, harç ve bilirkişi ücretleri ve mahkeme masraflarının yatırıldığına dair gider makbuzları gibi kanıtlayıcı araçlarla ispatlamalıdır. Şayet söz konusu durum ispatlanamazsa avukatın hesabının tamamına uygulanan haciz işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Ayrıca avukatın mesleki faaliyet icrası için kullandığı UYAP hesabında yüksek meblağda bir bakiye bulunuyorsa, ispat araçları dışında idarenin de bu hesaplara yönelik kanuni bir düzenleme ile paranın kaynağının mesleki mi yoksa şahsi mi olduğu ayırıt edilmelidir.

miştir. Avukatlık faaliyeti ile iştigal eden davacının, Adalet Bakanlığının ... tarih ve... sayılı yazısı üzerine mahkemeler ve icra daireleri tarafından yapılacak ödemeler ve aynı zamanda avukatlık mesleğinin icrası için dava açılması, harç ödenmesi gibi işlemlerin yapılabilmesi bakımından zorunlu olarak kullanılan ve UYAP sistemine tanımlatılan banka hesabına kendi faaliyetinden kaynaklı tahsil edilemeyen amme alacağının tahsili amacıyla haciz uygulanan olayda, davacının salt mesleki faaliyetinde kullanılan ve UYAP sistemine tanımlatılan hesaba haciz uygulanamayacağı açık olmakla birlikte, söz konusu hesabın meslek faaliyeti yanında akaryakıt alımı, gıda harcaması gibi özel harcama ve ihtiyaçlar için de kullanmak suretiyle bir kısım ödemelerin yapıldığı, sadece mesleki faaliyetin yürütülmesi amacıyla kullanılmadığı dolayısıyla davacının kendi iradesiyle bir havuz hesabına dönüştürüldüğü, bu haliyle haciz tatbiki sırasında hesapta bulunan paranın icra iflas dairelerinden müvekkillerin takip edilen işleri nedeniyle tahsil edilen paralar mı yoksa avukatın diğer şahsi işlerine mi ait olduğunun ayır-dedilmesinin her zaman mümkün olamayacağı dikkate alındığında, dava konusu haczin hukuka uygun olduğu sonucuna varıldığından yazılı gerekçeyle kaldırılmasına ilişkin Vergi Mahkemesi kararına yöneltilen istinaf başvurusunun reddine dair Vergi Dava Dairesi kararının bozulması gerekmiştir” şeklinde görüşü bulunmaktadır. Danıştay 3 D, 3810/4128, 13.06.2024.

²⁸ Danıştay 3 D, 6893/3651, 10.10.2022.

²⁹ Elif İrmak Büyük, 'Yargı Kararları Işığında Avukatların UYAP Sistemine Entegre Banka Hesaplarına İlişkin Haczin Çeşitli Hukuki Açılardan Değerlendirilmesi' (2023) 11(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1134, 1141.

Borçlunun mesleği için gerekli elbise ve eşyası açısından öğretim üyesi değerlendirildiğinde; öğretim üyesinin mesleğini icra edebilmesi için kitap ve bilgisayar gibi temel nitelikteki zorunlu mesleki eşyaları haczedilemez. Söz konusu eşyalarda haczedilememesi için öğretim üyesinin mesleğini bilfiil sürdürmesi ve kazancını bu meslekten sağlaması gerekmektedir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de borçlu meslek sahibi olarak kabul edilirse mesleğini icra için gerekli araç ve kitaplar haczedilemez; ancak teşebbüs sahibi sayılırsa işletme varlıkları sermaye niteliğinde olduğu için haczedilebileceğini belirtmiştir.³⁰ Karar çerçevesinde, borçlunun iş yerinde bulunan eşyaların, borçlunun emeğine kıyasla sermaye unsuru ağır basan nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle söz konusu eşyaların haczedilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Borçlunun iş yerinde yer alan eşyaların haciz kapsamı dışında tutulabilmesi için, bu eşyaların ev yemekleri lokantasında lokantacılık faaliyetinin yürütülmesi bakımından zorunlu nitelik taşıması gerekmektedir.

³⁰ Yargıtay; “Alacaklı şirket vekili tarafından, borçlu aleyhine başlatılan genel haciz yolu ile ilamsız takibin, borçlunun yasal süresinde itirazı olmadığından kesinleştiği ve borçlunun ev yemekleri yapımı ile iştigal ettiği, iş yerindeki eşyaların 02.04.2014 tarihinde haczedildiği, borçlunun 08.04.2014 tarihinde icra mahkemesine başvurusunda; hacze konu beyaz renkli ahşap yemek masası, sanayi lokanta dolabı, boş tezgah kapaklı, 2 metrelik tezgah, fırınlı ocak, bulaşık makinası, çift kapılı dondurucudan ibaret olan eşyaların geçimi için zorunlu olması nedeniyle haczedilemeyeceğini ileri sürerek İİK’nun 82/1-2. maddesine dayalı olarak hacizlerin kaldırılmasını talep ettiği, mahkemece; şikayetin kabulü ile belirlenen eşyalar üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır. İİK’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendi gereğince; borçlunun sanat ve mesleği için lüzumlu olan alet, edevat ve kitapları haczedilemez. Ancak, bunun için borçlunun haciz sırasında bir meslek veya sanatla uğraşarak olması ve kendisi ile ailesinin geçimini anılan meslek ve sanatla sağlaması gerekir. Yukarıda yer verilen madde gereğince haczedilemeyecek malların kapsamını tayin edebilmek için sanat sözcüğü ile eş anlamında kullanılmış olan meslek kavramını, teşebbüsten ayıracak kıstasların açıklanması gerekir. Çünkü borçlu bir meslek sahibi sayıldığı takdirde, bu mesleği ile ilgili alet, edevat ve kitapları haczedilemeyecek, aksine, bir teşebbüs sahibi sayıldığı zaman ise, bu teşebbüsün malları sermaye ağırlıklı olup haczedilebilecektir. Şikayet konusu incelenirken borçlunun yaptığı işte, sermaye ile emeğin karşılıklı oranları tespiti çalışılır ve emeğin değerinin, sermayenin değerinden daha fazla olduğu görülürse “bir mesleğin” varlığına, aksi takdirde “bir teşebbüsün söz konusu olduğuna” hükmedilir (Hukuk Genel Kurulu’nun 02.12.1972 tarih 1972/572-974 sayılı kararı). Bu durumda bir malın haczedilebilirliği yönünden “meslek” ve “teşebbüs” kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Borçlunun icra ettiği işte, kişisel emek ve faaliyeti ön planda ise, bu bir meslektir. Borçlunun uğraşında yardımcı iş gücü ve sermaye unsurları ağırlıkta ise, teşebbüs söz konusudur. Somut olayda; bir ticari işletme dolayısıyla teşebbüs olan ev yemekleri lokantasında haczedilen eşyalar, sermaye ağırlıklı olduklarından, borçlunun lokantacılık mesleğini yürütmesi için zorunlu alet ve edevattan kabul edilemez. Bu durumda borçlunun ekonomik faaliyeti, bedeni çalışmasından ziyade, sermayesine dayandığından, mahcuz malların haczedilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır” yönünde karar vermiştir. Yargıtay 12 HD, 2086/11344, 27.04.2015.

Gerçek kişi tacir açısından konuya baktığımızda Danıştay 3'üncü Dairesinin verdiği kararda "... tacir olarak, kazanç elde etmek amacıyla, kanunla yasaklanmamış her türlü ticari faaliyeti gerçekleştirme imkanı bulunan davacı kurumun her ne ad altında olursa olsun elde ettiği tüm gelirleri ticari kazanç sayılacaktır. Bu nedenle, ticari kazanç hükümlerine tabi olan bu gelirin tamamına haciz uygulanmasına yasal bir engel bulunmamaktadır".³¹ Söz konusu olay değerlendirildiğinde; borçlunun elde etmiş olduğu gelir ticari kazanç ve ticari kazanç sahibi de teşebbüs sahibi olarak işletme varlıkları sermaye niteliği taşıdığı için gelirinin tamamının haczedilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra tacirin mesleğini icra ederken kullanmak zorunda olduğu eşyaları haczedilemez.

Adi komandit ve hisseli komandit şirketlerde komandite (sınırsız sorumlu) ortakların gelirden aldığı paylar ticari kazanç olarak gelir vergisine tabi olduğu için ticari kazancın haczedilmesinde sorumluluk türü önem kazanmıştır. Anılan şirketlerde komandite ortaklar ticari veya zirai faaliyetle uğraştıklarında gelirden aldıkları paylar ticari kazanç hükümlerine tabi olduğu için haczedilebilmektedir. Aynı şirketlerde komandite ortaklar serbest meslek faaliyeti icra ediyorsa gelirden aldıkları paylar serbest meslek kazanç hükümlerine tabidir ve kazançları haczedilebilir. Ancak mesleği icra ederken kullanmak zorunda oldukları eşyaları haczedilemez.

³¹ Danıştay; "Dosyanın incelenmesinden vadesinde ödenmeyen vergi davacı şirketin naklen yayın hakkından dolayı Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı nezdinde doğan gelirinin tamamına uygulanan haciz işlemine karşı; açılan davada vergi mahkemesince; şirketin sözü edilen gelirinin yukarıda açıklanan 71'inci madde kapsamında yer alan gelirlerden olduğu, bu gelirin en fazla üçte birinin haczedilebileceği gerekçesiyle, alacağın üçte ikisine isabet eden haciz işleminin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır. Türk Ticaret Kanununun 18'inci maddesinde, ticaret şirketlerinin de tacir sayıldıkları belirtilmiş, 271'inci maddesinde anonim şirketlerin kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümler değerlendirildiğinde, ticaret şirketlerinin iktisadi ve ticari organizasyon içinde örgütlenip kazanç sağlamak amacıyla faaliyette bulundukları sonucuna ulaşıldığından, anonim şirket olarak Türkiye Süper Liginde mücadele eden davacı kurumun Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tacir sayıldığı ve ticari işlemlerinin de bu kanunun tacirlere uygulanan hükümlerine tabi olacağı açıktır. Olayda tacir olarak, kazanç elde etmek amacıyla, kanunla yasaklanmamış her türlü ticari faaliyeti gerçekleştirme imkanı bulunan davacı kurumun her ne ad altında olursa olsun elde ettiği tüm gelirleri ticari kazanç sayılacaktır. Buna göre, Türkiye Futbol Federasyonunca naklen yayın hakkına karşılık olarak davacı kuruma belli oranda bir pay verilmiş olması bu payın ticari kazanç olmadığını göstermeyecektir. Bu nedenle, ticari kazanç hükümlerine tabi olan bu gelirin tamamına haciz uygulanmasına yasal bir engel bulunmadığından naklen yayın hakkına karşılık ödenen tutarın 6183 sayılı Yasanın 71'inci maddesinde düzenlenen kısmen haczedilebilen gelirlerden olduğu kabul edilerek söz konusu gelirin ancak üçte birinin haczedilebileceği gerekçesiyle bu oranı aşan kısma isabet eden haczin kaldırılması yönünde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır" yönünde karar vermiştir. Danıştay 3 D, 98/2477, 12.10.2004.

Borçlunun birden fazla mesleğinin olması durumunda ise her bir meslek ayrı ayrı değerlendirilerek haciz işlemi buna göre yapılmaktadır.³² Örneğin borçlunun hem diyetisyenlik hem de emlakçılık alanlarında faaliyet göstermesi hâlinde, her iki mesleğin yürütülmesi için zorunlu nitelikteki mesleki eşyaları haczedilemez. Bu bağlamda, diyetisyenin danışanların ölçümelerini yapmaya yarayan ölçüm cihazları (kilo, boy, yağ) ile emlakçılık faaliyeti için işyerine kayıtlı telefonu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla borcun diyetisyenlik mesleğinden doğması durumunda, emlakçılık faaliyetine tahsis edilen telefonun haczi mümkün değildir.

(iii) Borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları: Borçlu ve ailesi için gerekli yatak takımları haczedilemez. Burada yatak takımlarından anlaşılması gereken; yatak, yorgan, battaniye, yastık ve çarşaf anlaşılması gerekmektedir. Kanun koyucu detaycı niteliği dolayısıyla bu malların somut bir şekilde sınıflandırılmasının zor olduğunu ifade etmekte ve konuya ilişkin tartışmalara bakıldığında genellikle gerekli olan yatak takımı sayısında olduğu görülmektedir.³³ Haczedilemeyecek eşyanın kapsamının borçlunun bakmak zorunda olduğu aile bireylerinin sayısına göre belirlenmesi gerekmektedir.³⁴

(iv) Borçlu ve ailesine gerekli olan ibadete mahsus kitap ve eşyası: Borçlu ve ailesine gerekli olan ibadete mahsus kitap ve eşyaları haczedilemez. Bunlar borçlu ve ailesinin dini ihtiyaçlarına yönelik Kur'an, mukaddesler kitaplar ve seccade gibi kitap ve eşyalardan oluşmaktadır.³⁵ Bununla beraber ibadete mahsus kitap ve eşyalar yüksek antika değerinde olabilirler.³⁶ Böyle bir durumda borçlunun bu kitap ve eşyaların sermaye değeri yüksek olduğu için haczedilmesi mümkündür.

Bu hükümlerde (iii ve iv) geçen "aile" kavramı, yalnızca borçlunun şahsına değil, onunla birlikte yaşayan, bakımından sorumlu olduğu bireylerinin de asgari yaşam ihtiyaçlarının korunması amacını taşımaktadır. Bu bağlamda eş, çocuklar ve bakmakla yükümlü olunan diğer aile bireyleri bu kapsamda değerlendirilir. Böylece devlet, cebri icra yetkisini kullanırken aile hayatına zarar vermeyecek şekilde hareket etme yükümlülüğü altına girmektedir.

³² Barlass (n 5) 60.

³³ Barış Bahçeci, *Kamu Alacağını Takip Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2019) 231.

³⁴ Coşkun (n 3) 914.

³⁵ Bayraklı *Vergi İcra Hukuku* (n 7) 160; Coşkun (n 3) 915.

³⁶ Barlass (n 5) 62.

Anayasa'nın³⁷ 41'inci maddesinde, "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve devlet, ailenin korunması için gerekli tedbirleri alır*" hükmü yer almaktadır. Bu anayasal ilke, kamu alacaklarının tahsil sürecinde de geçerlidir. Haciz işlemleri nedeniyle aile bireylerinin barınma, dinlenme ve inanç özgürlüğü gibi temel haklarının ihlali hem insan hakları hukuku hem de sosyal devlet ilkesi açısından kabul edilemez.

2. Vazgeçilmesi Kabil (Mümkün) Olmayan Mutfak Takımı ve Pek Lüzumlu Ev Eşyası

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 3'üncü bendine göre, "*Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası*" haczedilemez.

Borçlu ve ailesinin mutfakta kullanması gereken vazgeçilmesi kabil olmayan tencere, ocak, kaşık, çatak ve tabak gibi mutfak eşyaları ile çok lüzumlu eşyalarının haczi mümkün değildir.³⁸ Ancak borçlu ve ailesinin zorunlu mutfak eşyaları dışında kalan eşyaları haczedilebilir.

Haczedilemeyecek eşya tespitinde esas alınması gereken ölçüt, borçlunun sosyal ve ekonomik koşulları dikkate alınarak asgari yaşamını sürdürebileceği düzeyde zorunlu mutfak ve ev eşyalarının korunmasıdır.

"*Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası*" ile ilgili bentte "pek lüzumlu" kavramının içeriği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Burada nelerin haczedilip haczedilemeyeceği konusunda takdir icra memuruna aittir. Teknoloji çağında fırın, çamaşır makinesi ve telefon gibi ev eşyaları insanların zorunlu ihtiyaçları olup haczedilmesi mümkün hale gelmiştir.³⁹

Burada kanun koyucunun yalnızca vazgeçilmesi mümkün olmayan mutfak takımı ve çok lüzumlu eşyaları koruduğu anlaşılmaktadır. Oysaki söz konusu eşyaların borçlunun asgari yaşam koşulları düşünüldüğünde "pek lüzumlu" eşya olarak değerlendirilmesi ve haczedilmemesi gerekmektedir. Ancak Danıştay 4'üncü Dairesi tarafından verilen bir kararda söz konusu eşyaların haczedilmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰

³⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer) <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>> Erişim Tarihi: 02.11.2025.

³⁸ Bayraklı *Vergi İcra Hukuku* (n 7) 160.

³⁹ Altan Rençber, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 324.

⁴⁰ "*Borçlunun evinde bulunan halı, fırın, ütü, koltuk takımı, yemek odası masası ve sandalyesi ile çamaşır makinesi gibi muhtelif ev eşyaları 6183 sayılı Kanun'un 70/3'üncü maddesinde açık-*

Sonuç olarak, 6183 sayılı Kanun'un 1954 yılında yürürlüğe girmiş olması, hükmün o dönemin sosyal ve teknolojik koşullarına göre düzenlendiğini göstermektedir. Günümüzde teknolojinin gelişmesi ve yaşam standartlarının değişmesi sonucunda, geçmişte zorunlu sayılmayan bazı eşyalar artık günlük hayatın doğal bir parçası hâline gelmiştir. Bu nedenle "pek lüzumlu eşya" kavramının değerlendirilmesinde çağdaş yaşamın gereklilikleri, teknolojik ilerleme ve güncel sosyal ihtiyaçlar da dikkate alınmalıdır. 6183 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması, mutfak ve "pek lüzumlu eşyalarının" haczinde kullanılan ölçüttün genişletilmesi gerekmektedir.

Yargı kararlarında da "pek lüzumlu eşya" ibaresi günümüz koşullarına göre güncellenmektedir. Yargıtayın bu kapsamda vermiş olduğu kararda; *"Somut olayda haczedilmezlik şikayetine konu edilen televizyon ve dikiş makinesi günümüz koşullarında lüzumlu ev eşyası olup; bir adet olduğu ve değeri de pek fahiş olmadığına göre yukarıda açıklanan ilkeler ve yasal düzenlemeler karşısında haczedilemeyeceğinin kabulü gerekir."*⁴¹ Diğer bir kararda ise *"Koltuk takımı, buzdolabı, çamaşır makinası, bulaşık makinası, fırın, halı vb. gibi ev eşyaları lüzumlu eşya olup, haczedilmeleri mümkün değil ise de; fiyatı yüksek, muhafaza ve paraya çevrilmesi kolay, alıcısı bulunabilecek olan LCD, Plazma TV, kurutma makinası gibi eşyalar, maddede öngörülen amacın dışında borçlu ve ailesi için gerekli, zorunlu mallardan değildir. Ayrıca haczi istenen aynı nitelikte olan eşyalardan birden fazla bulunması durumunda bunlardan değeri daha düşük, satılması ve muhafazası zor olanın borçluya bırakılması, diğerlerinin haczedilmesi gerekir. Kaldı ki, borçlu vekili de haciz sırasında; diğer eşyaların haczine karşı çıkılsa da "... bir adet televizyonun dışındaki eşyaların haczedilebilirliği söz konusudur."*⁴²

3. Borçlunun Kendisinin ve Ailesinin Geçimi ile Meslek Araçlarının Korunması

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 4'üncü bendine göre, *"Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri; çiftçi değilse sanat ve mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıt vasıtaları"* haczedilemez.

lanan nitelikte kısmen mutfak takımı, kısmen de lüzumlu ev eşyası olması nedeniyle, haczedilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır." Danıştay 4 D, 4828/1576, 28.04.2008. Bkz. Coşkun (n 3) 916.

⁴¹ Yargıtay 12 HD, 31888/39176, 9.12.2013.

⁴² Yargıtay 12 HD, 3365/12821, 04.04.2013.

Söz konusu bent incelendiğinde, borçlunun durumunun çiftçi olup olmasına göre nitelendirildiği ve borçluların üç ayrı grupta ele alındığı görülmektedir. Buna göre düzenlemede; (i) çiftçiler, (ii) sanat ve meslek erbabı ile (iii) sermaye değeri düşük araçlarla nakliye işi yapan borçlular olmak üzere üç borçlu sınıfı belirlenmiştir. Bent, bu sınıflandırma çerçevesinde borçlunun ve ailesinin geçimi ile meslek araçlarının korunmasını amaçlamakta; böylece hem üretim ve mesleki faaliyetin devamlılığını hem de ailenin asgari yaşam koşullarının sürdürülebilirliğini güvence altına almaktadır.

- i. Borçlunun çiftçi olması: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 52'inci maddesinin 7'inci fıkrasına göre; *"Zirai faaliyet arazide, deniz, göl ve nehirlerde, ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yollarıyla veyahut doğrudan doğruya tabiatından istifade etmek suretiyle nebat, orman, hayvan, balık ve bunların mahsullerinin istihsalini, avlanmasını, avcılar ve yetiştiricileri tarafından muhafazasını, taşınmasını, satılmasını veya bu mahsullerden sair bir şekilde faydalanılmasını ifade eder. Yazılı faaliyetlerin içinde yapıldığı işletmelere zirai işletme, bu işletmeleri işleten gerçek kişilere (adi şirketler dahil), vergiye tabi olsun veya olmasınlar, çiftçi denir."*⁴³

Borçlunun bu hükümden yararlanabilmesi için asıl uğraşının çiftçilik olması gerekir; zira geçimini başka bir faaliyetle sağlayan kimse çiftçi sayılmaz; ancak çiftçilik faaliyetinin mutlaka bizzat yürütülmesi şart olmayıp tarım arazisinin ortakçıya veya yarıcıya verilerek işletilmesi de bu kapsamda kabul edilir ve esas geçimini çiftçilikten sağlayan borçlunun ek kazanç sağlamak amacıyla yürüttüğü veya işler, çiftçilik sıfatının kaybına yol açmaz.⁴⁴

Bir arazinin ortakçıya (yarıcıya) veya kiracıya verilmesi çiftçi kavramının kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁵ Bu nedenle, ailesinin zorunlu ihtiyaçlarını karşılayan kişiler de çiftçi sayılmalı ve bu kimselerin geçimi için zaruri olan arazileri haczedilmemelidir düşüncesine katılmaktayız. Her ne kadar ilgili bentte bu konuya dair doğrudan bir açıklama yer almasa da çiftçinin sağlık sorunları veya başka nedenlerle tarım arazilerini bizzat işletememesi durumunda bu arazileri kiracıya veya ortakçıya vermesi de çiftçilik kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Aksi

⁴³ Gelir Vergisi Kanunu (GVK), Kanun Numarası: 193, Kabul Tarihi: 31.12.1960, RG 06.01.1961/10700, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=193&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=4> Erişim Tarihi: 19.04.2026.

⁴⁴ Coşkun (n 3) 917.

⁴⁵ Coşkun (n 3) 917; Barlass (n 5) 65.

takdirde borçlunun ekonomik varlığı tamamen ortadan kaldırılabilir ve bunun toplumsal maliyeti ortaya çıkabilir. Bu yaklaşım sayesinde, tarıma elverişli araziler üretime katkı sağlayacak şekilde kullanılabilir ve aynı zamanda ailenin asgari yaşam standardının sürdürülebilmesi temin edilmiş olur.

İlgi bende göre, borçlu olan çiftçinin yalnızca kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu ailesinin zorunlu geçimini sağlayacak olan tarım arazileri haczedilemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus borçlunun kendisi ve ailesinin asgari geçimini karşılayacak düzeyde gelir elde ediyor olmasıdır.

Çiftçinin kamu borçlarını ödeyemeyecek duruma düşmesi, mevcut varlıklarıyla geçinemediğini gösterse de değerlendirme, borçluya özgü sübjektif koşullara değil; benzer durumda bulunan bir çiftçi ailesinin zorunlu ihtiyaçlarına göre yapılmalıdır ve bu zorunlu miktarın belirlenmesinde somut bir kriter oluşturmak adına asgari ücret düzeyi esas alınabilir.⁴⁶ Bununla birlikte çiftçinin kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri olan tarım arazisinin miktarı, bilirkişi tarafından ilgili arazinin bulunduğu yerde yapılacak keşif ile belirlenmektedir.⁴⁷

Söz konusu bentte borçlunun çiftçi olması durumunda “*kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri*” haczedilemeyecek mallar arasında sayılmıştır. Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber at, merkep, öküz, katır gibi hayvanları⁴⁸ çift hayvanları ve taşıtları ise hayvan arabası ya da bir adet traktör olarak değerlendirmek gerekir.⁴⁹ Bu çift hayvanları ve taşıtlarından hangilerinin ve ne kadarının haciz kapsamı dışında kalacağı ile çiftçinin kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri sayılacak miktarın belirlenmesi yetkisi, haciz işlemini gerçekleştiren memura aittir.⁵⁰

Hayvan arabası ve traktörün haczedilip haczedilemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birisinde taşıt olarak “hayvan arabası” örneği dikkat çekerken; diğer bir görüşte de, hayvan arabası ya da bir adet traktörün haczedilemeyeceği belirtilmektedir.⁵¹ Buna karşılık

⁴⁶ Barlass (n 5) 64-65.

⁴⁷ Coşkun (n 3) 917.

⁴⁸ Coşkun (n 3) 917.

⁴⁹ Gerçek (n 2) 265.

⁵⁰ Bayraklı *Vergi İcra Hukuku* (n 7) 161.

⁵¹ Bayraklı *Vergi İcra Hukuku* (n 7) 160; Gerçek (n 2) 266.

traktörün sermaye değeri olduğu ve bu nedenle haczedilebilir nitelikte bulunduğunu savunan bir görüşte bulunmaktadır.⁵² Kanaatimizce, her ne kadar sermaye değeri bulunan malların haczi kural olarak mümkün olsa da çiftçinin ve ailesinin geçimini sağlamak amacıyla tarımsal faaliyetlerde kullanılan traktörün haczinin çiftçiler bakımından ağır sonuçlar doğuracağı açıktır. Zira traktörün taşımacılık, ekim-dikim, ürünlerin tarladan taşınması ve pazarda satılması ile tohumluk gibi girdilerin temin edilmesi gibi çok yönlü kullanım alanları bulunmaktadır. Bu aracın haczi hâlinde çiftçinin çalışması fiilen imkânsız hâle gelecek; kendisi ve ailesi ekonomik, sosyal ve psikolojik bakımdan olumsuz etkilenecektir. Hatta çifti ve ailesinin kendilerini diğer çiftçiler karşısında toplumsal olarak itibarının zedelendiğini düşünmesine ve devlete karşı olumsuz bir tutum geliştirmesine yol açabilecektir. Aynı zamanda bu süreç, aile birliğinin maddi ve manevi açıdan zarar görmesine de neden olabilir. Bu nedenlerle, günümüzde traktörün çiftçinin “ayrılmaz bir parçası” niteliğinde olması nedeniyle Coşkun’un görüşüne katılmamaktayız. Ayrıca ilgili kanun maddesinde traktörün haczedilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, traktörün haczinin mümkün olmadığı kanaatini taşımaktayız. Ancak burada, çiftçinin sermaye değeri bulunan traktörünü satıp, yerine hem kendisinin hem de ailesinin zorunlu geçimini karşılayabilecek ve çiftçilik faaliyetlerini eksiksiz sürdürebilecek, diğer bir ifadeyle geçimini sağlayabilecek nitelikte bir traktör satın almasının mümkün olması hâlinde söz konusu traktörün haczi mümkün olmalıdır. Bununla beraber çiftçinin birden fazla traktörü bulunması hâlinde ikinci ve sonraki traktörü haczedilebilmedir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi “Bir traktörün borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir”⁵³ yönünde görüş belirtmektedir. Karara göre borçlu-

⁵² Coşkun (n 3) 917.

⁵³ Yargıtay; Buradaki “aile” terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar. Mahkemece, şikayetçinin çiftçilik mesleğini devam ettirebilmesi için, bu mesleği icra ettiği arazinin miktar ve vasfı da dikkate alınarak traktöre ihtiyacı olup olmadığı, ihtiyacı varsa, şikayete konu traktörün kıymeti ile borçlunun haline munasip traktörü temin etmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, haczedilen traktörün kıymeti bundan fazla ise satılmasına karar verilmeli ve satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirlenen traktör için gerekli olan miktar borçluya bırakılmalı, kalanı hak sahiplerine ödenmelidir. Bu kıstasları aşan nitelik ve evsafa traktör ise, maddede öngörülen amaca aykırıdır. Borçlunun büyük ölçekte tarım arazisine sahip olması, çok sayıda traktöre sahip olmasını gerektirmediği gibi, çok vasıflı ve birden fazla traktöre sahip olması da maddenin amacına aykırıdır..... araştırma raporunda borçlunun geçimini çiftçilik yanında al-

nun haline münasip traktörünün haczedilebilmesi için borçlunun çiftçilik faaliyetlerini sürdürdüğü tarım arazisinin ölçeği ve bu arazi üzerinde yetiştirdiği ürünler göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanı sıra borçlunun kendisi ve ailesinin asgari geçimini sağlarken traktöre ihtiyacı olup olmadığı belirlenmelidir.

Yargıtay'ın diğer bir kararında da geleneksel yöntemlerle çiftçilik yapılmasının çağdaş bir yöntem olmadığı; bu nedenle teknolojik gelişmeler ile uyumlu, ekonomik hayata katkı sağlayan makine vb. araç gereçlerin çiftçiler için zaruri bir ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.⁵⁴

Borçlu çiftçinin *“diğer teferruat ve tarım aletleri”* haczedilemez. Bu ifadeden anlaşılması gereken, çiftçinin mesleğini icra ederken kullanması gereken ve

diği emekli maaşı ile sağladığı ayrıca..... isimli iş yerinin dört ortağından biri olduğu rapor edilmiş ise de; anılan rapor, yukarıda açıklanan ilkelere uygun bulunmadığından hüküm kurmaya elverişli değildir. Ayrıca, şikayetçi borçlunun asıl mesleğinin çiftçilik olup olmadığı mahkemece yeterince araştırılmadığı gibi, şikayetçinin çiftçilik mesleğini devam ettirebilmesi için, bu mesleği icra ettiği arazinin miktar ve vasfı da dikkate alınarak traktöre ihtiyacı olup olmadığı, ihtiyacı varsa, şikayete konu traktörün kıymeti ile borçlunun haline münasip traktörü temin etmesi için gerekli bedelin de bilirkişi marifetiyle tespit ettirilmediği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece; yukarı belirtilen ilkeler ışığında gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra, borçlunun ve ailesinin geçimini sağlaması için yeterli arazi miktarı ile arazi üzerinde yetiştirelebilen ürün de dikkate alınarak, borçlunun, İİK'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 4.ve 7. bentleri kapsamında faaliyetlerini sürdürebilmesi için traktöre ihtiyacı olup olmadığı, ihtiyacı varsa şikayete konu traktörün kıymeti ve borçlunun haline münasip traktörü alabilmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, traktörün kıymeti, borçlunun haline münasip traktörün bedelinden fazla ise satılmasına, satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirlenen traktörü alabilmesi için gerekli olan paranın borçluya bırakılmasına, kalanın hak sahiplerine ödenmesine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12 HD, 10062/796, 23.01.2019.

⁵⁴ Yargıtay; *“Borçlunun bu maddeden yararlanabilmesi için, asıl mesleğinin çiftçilik olması ve bilfiil bu işi yapması gerekir. Anılan maddeye göre, haczedilmemesi gereken taşınır ve taşınmaz mallar ve miktarları tespit edilirken, borçlunun ve ailesinin geçimi için zorunlu olup olmadığı ve tarımsal faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olup olmadığı hususunun göz önünde tutulması gerekmektedir. Traktör de bir ziraat aletidir ve haczi konusunda da belirtilen bu ilke geçerlidir. Bu gün, ülkemizde kara sabanla çiftçilik yapan çok az sayıda insan kalmıştır. Kara saban çağdaş bir tarım aleti olmadığı gibi, hayvanlarla nakil yapılması da çağdaş bir yöntem değildir. Bu itibarla teknolojiye gelişmeler nedeniyle verimliliği, kaliteyi ve kârlılığını arttıran, ekonomik hayata artı değerler kazandıran makineler de çiftçilerimiz için bir ihtiyaçtır. İİK'nun 82. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, ekonomik hayatın sürekliliği, borçlunun bir an evvel ödenmesi, çiftçinin, kendisinin ve ailesinin sağlık içinde yaşamlarını sürdürebilmesi ve çiftçilik mesleğinin devamı için zorunlu, vazgeçilmez, çağın koşullarına uygun alet, edevat, makine ve benzer vasıtaların makul kıstaslar dahilinde haczedilmezlik kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir”* yönünde kararı bulunmaktadır. Yargıtay 12 HD, 15247/7892, 23.05.2017.

sermaye değeri olmayan çapa makinesi, tohum ekme makinesi, sulama için zorunlu motor ve pompalar, balya makinesi (çiftliğin üretim modeline bağlı olarak) ve çapa, kürek, tırmık, kazma ve budama aletleri gibi tarım aletleridir.

- ii. Borçlunun sanat ve meslek erbabı olması: Borçlu *“çiftçi değilse sanat ve mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; haczedilemez. Borçlunun sanat veya meslek sahibi sayılabilmesi ve mesleğini icra etmek için gerekli alet ve edevatın ve kitaplarının haczedilememesi için, kendisinin ve ailesinin geçimini bizzat bu meslekten sağlaması, haciz anında borçlunun hacze konu meslek veya sanatla fiilen uğraşıyor olması, yaptığı işte sermayeye ve yabancı iş gücüne göre emeğinin ön planda ve belirleyici unsur olması, ekonomik kıstas gereği emeğin sermayeden daha ağır basması, aksi hâlde ise teşebbüs niteliği taşıdığı için sermaye değeri emeğin değerini aşan malların haczinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.*⁵⁵

Yargıtay⁵⁶ kararlarında, borçlunun yürüttüğü faaliyette sermaye ile emeğin birbirine oranı tespit edilmeye çalışılmakta ve yapılan incelemede emeğin sermayeden daha ağır bastığı belirlenirse, bu durumda “bir meslek icrası” olduğu; aksi hâlde ise “bir teşebbüsün yürütüldüğü” kabul edilmektedir. Bu çerçevede Yargıtay, borçlunun faaliyetinin esas itibarıyla kendi kişisel emeğine dayanması, sermaye unsurunun ve yararlanılan iş gücünün ikincil planda kalması hâlinde borçlunun meslek sahibi olarak kabul edileceğini; bu mesleğin icrası için zorunlu olan alet ve edevatın haczedilemeyeceğini belirtmiştir.

Haczedilemeyecek malların kapsamını belirleyebilmek için, “sanat” sözcüğüyle eş anlamda kullanılan “meslek” kavramını teşebbüsten ayıracak ölçütlerin açıklanması gerekmektedir; çünkü borçlu meslek sahibi sayıldığında, bu meslekle ilgili alet, edevat ve kitaplar haczedilemezken, aksine bir teşebbüs sahibi sayıldığında, sermaye ağırlıklı mallar haczedilebilmektedir ve burada bahsi geçen meslek ve sanattan anlaşılması gereken borçlunun kişisel yeteneğine, kendi emeğine ve bilgi dağarcığına dayanarak icra ettiği faaliyetir.⁵⁷ Dolayısıyla borçlunun kişisel yeteneği, emeği ve bilgi birikimiyle yürüttüğü faaliyetin

⁵⁵ Coşkun (n 3) 917-918.

⁵⁶ Yargıtay 12 HD, 10161/18383, 13.05.2013; Yargıtay 12 HD, 9205/21112, 15.09.2015; Yargıtay 12 HD, 14802/26441 02.11.2015; Yargıtay 12 HD, 9292/5253, 24.05.2018; Yargıtay HGK, 335/897, 17.11.2020.

⁵⁷ Yargıtay 12 HD, 10161/18383, 13.05.2013; Yargıtay 12 HD, 9205/21112, 15.09.2015; Yargıtay 12 HD, 14802/26441 02.11.2015; Yargıtay 12 HD, 9292/5253, 24.05.2018; Yargıtay HGK, 335/897, 17.11.2020.

sermaye ağırlıklı bir teşebbüs mü yoksa mesleki icra niteliğinde bir sanat veya meslek mi olduğu tespit edilmekte; meslek kapsamında değerlendirilmesi hâlinde ilgili alet, edevat ve kitaplar haczedilemezken, sermaye ağırlıklı teşebbüslere ait mallar haczedilebilmektedir.

Yargıtay'ın bu konu ile ilgili kararında; kuaförlük mesleği için zorunlu olan döner koltuk ve pedikür spa koltuğunun haczi hukuka aykırıdır.⁵⁸ Mahkeme tarafından alınan bilirkişi raporuna göre, haczedilen mallar (5 döner koltuk ve 1 pedikür spa koltuğu) kuaförlük mesleği için zorunlu mesleki alet ve edevat niteliğindedir.

Yargıtay'ın diğer bir kararında; limited şirket, mesleki alet ve edevat haczedilemezliği kuralından yararlanamaz.⁵⁹ Söz konusu kararda, limited şirkete ait

⁵⁸ Yargıtay kararında ortaya konulduğu üzere; “Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de; şikâyetçi icra mahkemesine süresinde yaptığı başvuruda; kuaför-güzellik salonu işlettiğini, mesleğini icra ettiği işyerinde mesleki faaliyetini etkileyecek şekilde 5 adet bayan tarama koltuğu olarak tabir edilen siyah renkli döner koltuk, 1 adet pedikür spa olarak adlandırılan beyaz renkte koltuk ile split klimanın haczedildiğini ileri sürerek haczedilmezlik şikâyetinde bulunduğu, mahkemece, şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. İİK’nun 82/4. maddesi gereğince, borçlunun sanat ve mesleği için lüzumlu olan alet ve edevatı haczedilemez. Borçlunun mesleğini icra etme kabiliyetinin korunmaya değer olduğu, bu koruma kapsamında, aile bireylerinin meslek icra etme kabiliyetlerinin de himaye edilmesi gerektiği benimsenmektedir. Bununla birlikte en çok duraksama meydana getiren husus da, mesleki eşya ve araçlardan ne anlaşılmaması gerektiğidir. Bunun için haciz sırasında borçlunun o meslek ve sanatını icra etmesi ve kendisinin ve ailesinin geçimini, icra ettiği bu meslek ve sanatından temin etmesi gereklidir. (...) Öte yandan mahkemece alınılan bilirkişi raporunda özetle, haczedilen malların kuaförlük sanatı için zaruri mesleki alet edevat mahiyetinde olduğu belirtilmiş olup, raporun bu hali ile denetime ve hükme elverişli olduğu görülmüştür. O halde mahkemece, kuaförlük mesleği için zaruri mesleki eşya olduğu anlaşılan 5 adet döner koltuk ile 1 adet pedikür spa koltuğu yönünden haczedilmezlik şikâyetinin kabulü ile bu mahcuzlar üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken istemin tümünden reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12 HD, 14802/26441, 02.11.2015.

⁵⁹ Yargıtay; “Şikâyetçi borçlu... ve ... San. Tic. Ltd. Şti.’nin icra mahkemesine yaptığı başvuruda; 09.07.2015 tarihinde yapılan haczin haksız olduğu, hacze konu makine ve medikal kalıpların şirketin mesleği için lüzumlu olduğu haliyle İİK’nun 82. maddesine aykırı haciz yapıldığı gerekçesiyle anılan haczin kaldırılmasını ve malların iadesine karar verilmesini talep ettiği mahkemece; davacı yanın şikâyetinin kısmen kabulü ile İİK 82/4 madde kapsamında 41 adet ... enjeksiyon kalıbı üzerine konulan haczin kaldırılmasına hükmolunduğu görülmektedir. (...) Somut olayda şikâyetçi olan borçlunun gerçek kişi değil, tüzel kişiliğe haiz bir limited şirket olduğu, yaptığı işin kişisel çalışmasını ve faaliyetini ön plana çıkartamayacağı, dolayısıyla borçlu şirketin, gerçek kişi gibi bir meslek sahibi olamayacağı gibi, yine gerçek kişilerin sahip olabileceği şekilde meslek ve sanatı için lüzumlu olan eşyasından da bahsedilemeyeceği açık olup, İİK. 82/4. maddesinde bahse konu haczedilemezlik şikâyet hakkından borçlu şirketin yararlanması mümkün değildir. O halde, mahkemece; şikâyetin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 12 HD, 9292/5253, 24.05.2018.

41 adet enjeksiyon kalıbı üzerine haciz uygulanmıştır. Ancak İİK'nın 82 maddesinin 4'üncü bendinde yer alan mesleki alet ve edevatın haczedilemeyeceğine ilişkin düzenleme yalnızca gerçek kişiler için geçerlidir. Zira “meslek” veya “sanat” kavramı doğrudan gerçek kişilere özgüdür ve kişisel bilgi, emek ile yeteneğe dayanan faaliyetleri ifade eder. Oysa burada borçlu, tüzel kişiliğe sahip bir limited şirkettir. Tüzel kişiler, gerçek kişiler gibi kişisel bilgi ve emeğe dayanan bir meslek veya sanat icra edemeyeceğinden bu kapsama girmezler. Bu nedenle şirketin üretimde kullandığı makine ve medikal kalıplar, teşebbüs malı niteliğinde olup sermaye ağırlıklı unsurlardır. Dolayısıyla “ekonomik kıstas” ve “kişi” kavramı birlikte değerlendirildiğinde, limited şirkete ait söz konusu enjeksiyon kalıpların “mesleki alet ve edevat” olarak kabul edilmesi mümkün değildir ve bu nedenle haciz işlemine konu edilebilirler.

Yargıtay'ın başka bir kararında ise dış hekiminin muayenehanesindeki eşyaların haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin verilen kararı bozmuştur.⁶⁰ Söz konusu kararda dış hekimliği için hangi eşyaların zorunlu olduğu belirleneme-

⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun; “Borçlu vekili şikâyet dilekçesinde; alacaklı tarafından müvekkili aleyhine başlatılan icra takibinin kesinleşmesi üzerine müvekkilinin dış hekimliği mesleğini icra ettiği muayenehanesinde haciz işlemi yapıldığını, müvekkilin meslek ve sanatının icrası için gerekli olan ekipmanların haczedildiğini, haczedilen menkullerden sadece dişçi koltuğu ve aparatlarının muhafaza altına alınmadığını, oysa ki müvekkilinin mesleki faaliyetinin geniş kapsamlı olduğunu, işyerinin bir muayenehaneden ziyade poliklinik olduğunu, müvekkilin dış tedavisi için zaruri olan sterilizasyon cihazı (otoklav), ısınlı diş beyazlatma cihazı, diş beyazlatma için hareketli hasta koltuğu ve parlatma ünitesi, malzeme fırını, hastaların beklerken oturduğu koltuklar, hasta kayıtlarını tuttuğu bilgisayar, Antalya ili için vazgeçilmez olan ve kliniğin havalandırılması için gerekli tek klima ile klinikteki tek televizyon ve yazıcının da muhafaza altına alındığını, muhafaza altına alınmayan bir adet dişçi koltuğu ile müvekkilinin mesleğini icra edemeyeceğini, muhafaza altına alınan eşyaların dış hekimliği mesleğinin faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli, zaruri demirbaş eşyalar olduğunu, bu nedenle haczedilemeyeceklerini ileri sürerek 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 82 ve diğer ilgili maddeleri gereğince haczin kaldırılmasına ve muhafaza altına alınan malların müvekkiline teslimine karar verilmesini talep etmiştir. (...) O hâlde mahkemece yeniden bilirkişi raporu aldırılarak; 14.10.1999 tarihli ve 23846 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’te muayenehanelerde bulundurulması zorunlu tıbbi cihaz, araç ve gereçler ile ilgili düzenlemelerin de dikkate alınması ve Yönetmelikte sayılmayan ancak günümüz koşullarında dış hekimi mesleğinin icrası için gerekli görülen eşyaların haczedilen eşyalar arasında olup olmadığının tespiti gerekir. Alınacak bilirkişi raporunda haczedilen menkullerin mesleki faaliyetin sürdürülebilmesi için gerekli olduğu tespit edildiği takdirde ise İİK'nın 82. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hâline münasip alabileceği alet ve edevatın değeri belirlenip, haczedilen mahcuzların değerinin bundan fazla olması durumunda, bedelinden hâline münasip bir kısmı ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılmasına karar verilmesi zorunludur. Hâl böyle olunca direnme kararı Özel Daire bozma kararı yanında, yukarıda belirtilen ilave nedenlerle bozulmalıdır” yönünde görüşü bulunmaktadır. Yargıtay HGK, 335/897, 17.11.2020.

miş ve bu konuda bilirkişi tarafından hazırlanan raporu yetersiz ve çelişkilidir. Bu nedenle mahkeme “Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’te” yer alan hususları dikkate alarak yeniden bilirkişi raporu alacak ve hangi eşyaların gerçekten zorunlu olduğunu tespit ettikten sonra haczin kaldırılıp kaldırılmayacağına karar verecektir.

- iii. Borçlunun sermaye değeri düşük araçlarla nakliye işi yapması: *Borçlunun “kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıt vasıtaları”* haczedilemez. İlgili bentte yalnızca “kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahipleri” ifadesi yer almaktadır. Bu konuda detaylı bir açıklama bulunmamaktadır; ancak “gibi” edatından hareketle, sermaye değeri düşük ve kanunda sayılmayan sepetli bisiklet, küçük motosiklet, fayton veya at arabası gibi taşıtların da haczedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Söz konusu bentle ilgili herhangi bir yargı kararına rastlanılmamıştır. Ancak kayıkçılık ve hamallık gibi meslekler beden gücüne dayalıdır. Bu kapsamda, mesleği icra eden kayıkçının kayığı ve küreği ile hamalın sırtındaki küfe veya küçük el arabası, sermaye değeri yüksek olmayan ve borçlu ile ailesinin geçimi için zaruri araçlardır; bu nedenle bu taşıtlar haczedilemez. Haczi durumunda borçlu ve ailesinin asgari yaşam standardı sürdürülemez ve aile birliği zedeleyebilir. Nitekim kanun koyucu da sermaye değeri düşük araçlarla nakliye işi yapan borçluları korumak amacıyla bu araçların haczini yasaklamış ve borçlu ve ailesini koruma altına almıştır.

4. Borçlunun Kendisi ve Ailesinin Zaruri Geçimlik Hayvanları ve Hayvanlarına Ait Yem ve Yataklıkları

6183 sayılı Kanun’un 70’inci maddesinin 5’inci bendine göre, “*Borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli ise, borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları*” haczedilemez.

İlgili bentte borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için gerekli hayvanları sayılmıştır. Bu sayım yapılırken borçluya ait olan süt veren bir mandası veya ineği ya da üç keçi ve koyunu ile bunların üç aylık yemleri ve yataklıkları olmak üzere bir sınırlama getirilmiştir. Bu kapsamda sayılan hayvanların ve hayvanlara ait yem ve yataklıklardan hangisinin haczedilemeyeceği ise borçlunun kendisine bırakılmıştır. Çünkü borçlu ve ailesinin geçimi için hangi hayvanın ekonomik bakımdan daha verimli olduğunu isabetli olarak belirleme olanağı haczi yapan

icra memurundan çok borçlunun kendisinde bulunmaktadır.⁶¹ Zira bu düzenlemenin amacı çiftçi ve köylülerin yaşam koşullarına uygun ekonomik bir kolaylık sağlamaktır.⁶²

Borçlunun ilgili hükümden yararlanabilmesi için, bentte de belirtildiği üzere borçlunun kendisi ya da ailesinin geçimleri için zorunlu olması gerekir. Ancak bu şartla borçluya ait olan *“bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları”* haczedilebilir. Nitekim Yargıtay kararında da borçlunun çiftçilik ile geçinmesine rağmen süt veren inek sayısının birden fazla olması nedeniyle buzağları ile beraber haczedildiği görülmüştür.⁶³ Ayrıca borçlu, kendisi ve ailesinin zorunlu ihtiyaçlarını başka bir işten karşılayabiliyor veya bentte sayılan hayvanlardan fiilen faydalanmıyorsa, söz konusu mallar üzerinde haciz işlemi uygulanabilir.⁶⁴

5. Borçlunun Kendisi ve Ailesinin Zaruri İhtiyaç Malları

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 6'ncı bendine göre, *“Borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ile; a) Borçlu çiftçi ise ayrıca gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğu, b) Borçlu bağ, bahçe veya meyve ve sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli bulunan alet ve edevatı, malzemesi ve fide ve tohumluğu, c) Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları”* haczedilemez.

Borçluya ait yiyecek ve yakacak malları kural olarak haczedilebilir; ancak borçlu ve ailesinin iki aylık ihtiyacını karşılayacak miktardaki yiyecek ve yakacaklar haczedilemez, sadece borçlunun ambarında bu zorunlu ihtiyacı aşan miktarda yiyecek veya fazla miktarda yakacak bulunuyorsa, zorunlu ihtiyacı aşan kısımlar hacze tabidir.⁶⁵ Yiyecek ve yakacaklara ilişkin bu hüküm sadece

⁶¹ Barlass (n 5) 65.

⁶² Gerçek (n 2) 266.

⁶³ Yargıtay kararına göre; *“Borçlunun icra mahkemesine başvuruları arasında 2 adet süt ineği ve buzağlarının da haczedildiğini çiftçi olup geçimini bunlarla temin ettiği öne sürerek bunlar için haczedilmezlik şikayetinde de bulunmuştur. Mahkemece bu istemin İİK.nun 82/4-5 maddeleri kapsamında değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekirken anılan konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi isabetsizdir.”* Yargıtay 12 HD, 1802/4793, 13.03.2008.

⁶⁴ Coşkun (n 3) 922.

⁶⁵ Bayraklı Vergi İcra Hukuku (n 7) 162.

borçlunun evinde bulunan mallar için geçerli olup, iş yerindeki mallar bu hükümün kapsamına girmemektedir.⁶⁶

Söz konusu bentte bahsedilen “iki ay”, haczin konulmasını takip eden süreyi ifade etmekte olup, mevsim koşullarına göre önem taşımaktadır;⁶⁷ yani haciz tarihi itibarıyla takip eden iki ay yakacak ihtiyacı olmayan bir döneme denk geliyorsa, borçlunun tüm yakacaklarına haciz uygulanabilir.⁶⁸

Borçlunun çiftçi olması halinde gelecek mahsul için lazım olan tohumluğu haczedilemez. Çiftçi borçlunun gelecek mahsul için tohumluğu bulunmuyorsa ve haciz diğer eşyaları kapsıyorsa, borçluya iki aylık yiyecek ve yakacak ile gelecek mahsul için gerekli tohumluğun satın alınmasına yetecek miktarda paranın bırakılması gerekmektedir.⁶⁹

Borçlunun bağ, bahçe veya sebze yetiştiriciliğiyle geçimini sağlaması hâlinde, bu faaliyeti için zorunlu olan bağ, bahçe ve bu işlerde kullanılacak alet, edevatı ve malzemesi ile fide ve tohumluğu haczedilemez. Borçlunun bu hükümlerden yararlanabilmesi için başlıca geçim kaynağının ilgili tarımsal faaliyet olması gerekmektedir.

Geçimini hayvancılıktan sağlayan borçlunun kendisi ve ailesinin ihtiyacına yetecek ölçüdeki hayvanları ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları haciz dışındadır. Kanun koyucu burada hayvancılık mesleğini icra eden borçlu ve ailesini korumayı amaçlayan bir düzenleme getirmiş, ancak hangi hayvanların bu kapsama girdiğine dair açık bir hüküm koymamıştır.

6. Borçlunun Kendisi ve Ailesi için Vücut Sağlığı ve Zararları Karşılığında Ödenen Tazminatlar

6183 sayılı Kanun’un 70’inci maddesinin 9’uncu bendinde “*Vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paralar*” haczedilemez. Söz konusu tazminatlar zararların giderilmesi amacına yöneliktir. Ödenen tazminatların haczedilmesi, hakkaniyete aykırı olacağı için uygun değildir.⁷⁰

⁶⁶ Coşkun (n 3) 923.

⁶⁷ Baki Kuru, ‘Haczi Caiz Olmayan Şeyler’ (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 277, 299.

⁶⁸ Coşkun (n 3) 923.

⁶⁹ Coşkun (n 3) 923.

⁷⁰ Bayraklı *Vergi İcra Hukuku* (n 7) 163.

Bu hüküm, kişinin vücut bütünlüğüne veya sağlığına verilen zararlar nedeniyle mahkeme kararı, sigorta ödemesi veya başka bir hukuki işlem sonucunda kendisine veya ailesine ödenen tazminatların haczedilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu kapsamda trafik kazası, iş kazası, tıbbi müdahale hatası, kişilik haklarına saldırı, meslek hastalığı gibi bir olay sonucu kişinin bedensel veya ruhsal zarar görmesi nedeniyle aldığı tazminat, borcu olsa bile haczedilemez. Danıştay kararlarında trafik kazası sonucunda malul ve sürekli bakıma muhtaç kalan borçlunun⁷¹ ve kişilik haklarına saldırı yapılan borçlunun⁷² tazminat tutarlarının haczedilemeyeceği yönünde karar belirtmiştir.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında⁷³ “2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 82/11. maddesi uyarınca da; “Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya

⁷¹ “... davacının ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla davalının, Vakıflar Bankası Bornova Şubesine yazdığı ... tarih ve E.. sayılı para aktarma konulu yazısı ile ...sayılı haciz bildirisi ile haciz konulan ...’in banka hesabında bulunan 298.684,00 TL ‘nin vergi dairesinin hesabına aktarılmasının istenmesi üzerine, Vakıflar Bankası Bornova Şubesinin ...tarih ve ... sayılı yazısı ile ...’in ... no.lu hesabından 298.684,00 TL’nin vergi dairesinin hesabına gönderilmesi suretiyle tahsil edildiği anlaşılmakla birlikte, Mahkemelerinin27/10/2021 tarihli ara kararı üzerine ibraz edilen banka hesap hareketlerinin incelenmesinden, haczedilen tutarların, ... Asliye Ticaret Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararıyla, davacının 20/05/2017 geçirdiği trafik kazası sonucunda %97,7 oranında malul ve sürekli bakıma muhtaç olduğunun tespit edilmesi nedeniyle davacı lehine hükmedilen tazminat tutarı olduğu anlaşıldığından, dava konusu haciz işleminde 6183 sayılı Yasanın “Haczedilemeyecek mallar” başlıklı 70/9. maddesine uyarlık bulunmadığı, söz konusu haciz işlemi ile haczedilen paranın trafik kazası sonucu uğranılan cismani zararın giderilmesi amacıyla tazminat olarak ödendiği dikkate alındığında, haciz uygulamasını suretiyle davacının banka hesabından tahsil edilen tutarın da iade edilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne, haczin kaldırılmasına, banka hesabından tahsil edilen tutarın iadesine karar verilmiştir.” Danıştay 9 D, 3685/4852, 28.11.2023.

⁷² “Ortağı olduğu limited şirketin vergi borçlarının tahsili amacıyla davacı adına alınan haciz kararı ile davacının icra yoluyla takip ettiği manevi tazminat alacağına uygulanan hacze karşı açılan davada; davacı tarafından adına ortağı olduğu şirketin vergi borçlarının tahsili için düzenlenen ve tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açılmadığından, davacı adına haciz kararı alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı ancak, 6183 sayılı Yasanın 70’inci maddesinin 9’uncu bendinde vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paraların haczedilemeyeceği kurala bağlandığından, Salihli 2. İcra Müdürlüğü’nün 2006/2813 sayılı dosyasında takip edilen manevi tazminat alacağına haciz uygulamasının hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle haciz kararına yönelik istem yönünden davayı reddeden, manevi tazminat alacağına uygulanan haczi kaldıran Manisa Vergi Mahkemesinin 5.7.2007 gün ve E:2007/145, K:2007/260 sayılı kararının; kişilik haklarına saldırı nedeniyle hükmedilen manevi tazminatın haczedilemeyecek varlıklardan olduğu kabul edilerek verilen kararda kanuna uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.” Danıştay 3 D, 3689/1999, 04.06.2009.

⁷³ Yargıtay 12 HD, 4712/10938, 19.09.2017; Ankara BAM 19 HD, 2010/1983, 04.11.2020.

irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar haczedilemez". İlgili maddede, maddi veya manevi tazminatlar yönünden ayırım yapılmadığı, vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için verilen veya verilmesi lazım gelen tüm paraların haczedilemeyeceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir. Ayrıca manevi tazminat alacağı münhasıran şahsa bağlı haklardan olup bu nedenle de haczinin mümkün olmadığı, yargılama giderlerinin haczedilmesine de engel teşkil eden yasal bir düzenleme bulunmadığı" ifade edilmiştir.

Danıştay 3'üncü Dairesi'nce 2009 yılında verilen bir kararda ise, söz konusu manevi tazminat alacağına yönelik haczin kaldırılmasına ilişkin Vergi Mahkemesinin vermiş olduğu kararı hukuka uygun görmüştür.⁷⁴ Bu konuya ilişkin kararlar göz önünde bulundurulduğunda; anılan tazminatların kamu alacakları bakımından haczedilemezliği; kamu borçlusu ve ailesinin bu konuda uğramış olduğu hem maddi hem de manevi zararların karşılanabilmesi bakımından önem taşıdığı görülmektedir.

Ayrıca borçlunun vücut bütünlüğü veya sağlığının ihlali nedeniyle kendisine ödenen tazminatlar ile ölüm halinde vefat edenin ailesine ödenen tazminatlar ve hayat sigortasından alınan sigorta tazminatları da haczedilemez. İlgili hüküm, tazminatların borçlunun veya ailesinin alacağı ödeme biçimlerinin iki şekilde olabileceğini ifade etmektedir: birincisi tek seferde ödenen toptan para (peşin ödeme), ikincisi ise her ay düzenli veya belirli dönemlerde ödenen sürekli tazminat (irat) şeklindedir. Her iki durumda da söz konusu tazminatlara hiçbir şekilde haciz uygulanamaz; ayrıca bu tazminatların faizleri ve gelirleri de haczedilemez.⁷⁵

Burada haciz işlemi yapılamamasının nedeni verilen tazminatlar (toptan ödeme veya iratların) ile zarar gören borçlunun ve ailesinin hayatını devam ettirebilmesi, tedavi masraflarını karşılaması, gelir kaybının telafi edilmesi, ailenin geçimini sağlayabilmesidir. Nitekim aile birliği çoğu durumda ortak bir ekonomik yapı içinde faaliyet gösterdiğinden, söz konusu tazminatın haczedilmesi, zarar gören ile aynı çatı altında yaşayan eş, çocuk veya diğer yakınların temel yaşam koşullarını olumsuz etkileyebilecektir. Dolayısıyla ilgili bent, tazminatın kişisel nitelikli bir gelir olmasının ötesinde, aile düzeninin ve ortak yaşamın sürdürülebilirliğini güvence altına almak amacıyla, bu kişileri de koruma kapsamına dâhil etmektedir.

⁷⁴ Danıştay 3 D, 3689/1999, 04.06.2009.

⁷⁵ Coşkun (n 3) 924.

Sonuç olarak, bu hüküm ile kanun koyucu borçlu ve ailesini koruma altına almış ve bir sosyal güvenlik tedbiri uygulamıştır. Tazminatların her iki ödeme şekli (peşin ödeme ve irat), borçlu ve ailesinin haciz işlemlerine karşı korunmasını sağlamaktadır.

B. 6183 Sayılı Kanun'da Haczedilemeyecek Mallarda Dolaylı Olarak Ailenin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

1. Ordu ve Zabıta Hizmetlerinde Malul Olanlara Bağlanan Emekli Aylıkları ile Bu Kabil Kişilerin Dul ve Yetimlerine Bağlanan Aylıklar

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 7'nci bendine göre; *"Memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malul olanlara bağlanan emekli aylıkları ile bu kabil kimselerin dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış ikramiyeleri"* haczedilemez.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararında⁷⁶; *"6183 sayılı Yasa'nın 70. maddesinin sadece ordu ve zabıta hizmetlerinde malûl olanlara mahsus olacağı, bunun hari-cindeki sivil memuriyetlerde malul olanlara bağlanan emekli aylıklarının bu bent kapsamında değerlendirilemeyeceği, ayrıca yasa koyucunun vazife malullüğü halini adi malullük halinden farklı kılma yönündeki iradesi ve Anayasa'nın 61. maddesi de dikkate alınmak suretiyle yorumlanması sonucu; korunması istenen hukuki menfaatin ordu ve zabıta hizmetlerinin ifası dolayısıyla uğranılan maluliyetlere ilişkin olduğu, orduda ve zabıtada görevli şahısların vazife malullüğü kapsamında değerlendirilemeyen maluliyetlerinin bu bent kapsamına girmeyeceği açıktır."* ifadesi yer almıştır. Anılan kanun bendinde adı geçen aylıkların sivil memuriyetlerde malul olanlara bağlanan aylıklardan farklı olduğu, anayasal düzeyde korunması gerektiği ve haczedilemeyeceği vurgulanmıştır.

Anayasanın 61'inci maddesine göre *"Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar."* ifadesiyle devletin, şehitlerin geride kalan ailelerini, malulleri ve gazileri koruması ve bu kişilerin toplumda yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli önlemleri alması gerektiği belirtilmektedir. 6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 7'nci bendi, vatan hizmeti esnasında sakatlanan ordu ve zabıta hizmeti mensuplarına ödenen aylıklar ile bu kişilerin dul ve yetimlerine bağlanan aylıkların haczedilemezliği ile devletin bu kapsamdaki kamu borçlusu ile ailesinin geçimini sağlayabilmesi için yaptığı bir düzenlemedir.

⁷⁶ Yargıtay 21 HD, 14238/3710, 04.03.2013.

Ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış ikramiyelerinin haczedilemezliğinin nedeni ise, ifa edilen görevlerin zorluğu ve bu faaliyetlerin kişilerin sağlığını etkilemesidir.⁷⁷

2. Yardım Sandığı veya Derneği Tarafından Hastalık, Zaruret ve Ölüm Gibi Hallerde Bağlanan Aylıklar

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 8'inci bendine göre; *"Bir yardım sandığı veya derneği tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan aylıklar"* haczedilemez. Yardım sandıkları veya dernekler tarafından belirli hallerde borçluya bağlanan aylıkların haczinin mümkün olması, hem kamu borçlusu hem de ailesi için yaşamlarını daha zor şartlarda sürdürmesine neden olacağı için haciz kapsamı dışında tutulmaktadır.

3. Askerlikte Sakatlananlar ile Şehit Yetimlerine Verilen Harp Malullüğü Zammı ile 1485 Sayılı Kanun Gereğince Verilen Tekel Beyiyeleri

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 10'uncu bendine göre; *"Askerlik malullerine, şehit yetimlerine verilen harp malullüğü zammı ile 1485 sayılı kanun gereğince verilen tekel beyiyeleri"* haczedilemez. Devletin, şehitlerin geride kalan aileleri ile malulleri koruması ve bu kişilerin toplumda yaşamlarını ve ekonomik varlıklarını sürdürebilmeleri için almış olduğu önlem kapsamındaki düzenlemedir.

Askerlik görevini yerine getirirken sakatlık yaşayan kişilere ve şehit yetimlerine verilen harp malullüğü zammı ile söz konusu tekel beyiyelerinin haciz kapsamı dışında tutulmasının nedeni, vatani uğruna canını verenlere karşı vefasızlık örneği teşkil edecek olmasıdır.⁷⁸

4. Borçlunun Haline Münasip Evi

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 11'inci bendine göre; *"Borçlunun haline münasip evi "ancak evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilir."*

Borçlunun durumu için uygun olan evin haczedilemeyeceği ancak evin değeri borçlunun yaşayabileceği evlerin değerinden fazla ise borçlunun durumuna uygun bir ev alabilecek kadar miktarın borçluya verilmesi suretiyle haczedilebi-

⁷⁷ Bayraklı Vergi İcra Hukuku (n 7) 162.

⁷⁸ Bayraklı Vergi İcra Hukuku (n 7) 163.

lecektir.⁷⁹ 6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 11'inci bendi borçlunun ve ailesinin konut ihtiyacının karşılanması amacıyla yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin temel kavramları olarak "ailenin korunması" 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41'inci maddesinde, "konut hakkı" ise 57'nci maddesinde sosyal ve ekonomik hak ve ödevler arasında yer almaktadırlar. Anılan haklar, devletin desteği ile korunması gereken haklardır.⁸⁰

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinde haczedilemeyecek mallar arasında sayılan borçlunun haline münasip evinin haczedilemezliğinde konut hakkı ile toplumun en temel unsuru olan ailenin ve aile birliğinin desteklenmesi ve korunması hedeflenmektedir. Bireylerin hem yaşamsal hem de sosyal ihtiyaçlarının öncelikle dikkate alınmasının nedeni ise sosyal hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir.⁸¹

Borçlunun haline münasip evinin haczedilemezliği, borçlunun tek evinin olması durumunda söz konusu olacaktır. Borçlunun birden fazla evinin olması durumunda ise, borçlunun fiilen oturmakta olduğu evinin münasip aile konutu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸² Borçlunun diğer konutunun hacze-

⁷⁹ Bayraklı *Vergi İcra Hukuku* (n 7) 163.

⁸⁰ Danıştay 4 D, 15504/8794, 10.10.2018.

⁸¹ Danıştay'ın kararında; "6183 sayılı Kanun'un 70. maddesinde yer alan ve haczedilemeyecek mallardan sayılan borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğine ilişkin düzenleme ile, anayasal güvenceye alınan konut hakkı ve toplumsal yaşamın temel unsuru olan ailenin ve aile birliğinin desteklenmesi ve korunması hedeflenmektedir. Bu sistem içinde bireylerin yaşamsal ve sosyal ihtiyaçlarının özellikle ve öncelikle dikkate alınması sosyal hukuk devletinin gereğidir. Devlet erkinin bireye yansıyan yönü olan idarelerin işlem ve eylemlerinde gerek hukuk devleti gerek idarî usul hükümlerine özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen cebri icra usullerinden biri olan haciz, bireylerin mülkiyet ve yaşam haklarına doğrudan müdahale eden ve ağır yaptırımlar içeren bir işlem olduğundan, bu işlemin uygulanmasında kamu alacağının tahsili amacıyla da olsa devletin varlık nedeni olan bireylerin yaşam alanlarının korunması ve sosyal ve ekonomik açıdan teşvik edilmesinin sağlanması hususları göz ardı edilemez. Haciz işlemi, bu özelliklerinden dolayı idarî usulün titizlikle uygulanması gereken işlemlerdendir. Amme borçlusunun konut olarak ikamet ettiği evin haczi ise Anayasal güvenceye alınan bireylerin sosyal ve ekonomik haklarının korunması bakımından önem arz etmektedir. Bu hususlar göz önünde bulundurularak amme borçlusunun mesken olarak kullandığı evin haczedilebilmesi amme alacağının tahsilinde en son başvurulacak yol olmalıdır. Borçlunun başka taşınır ve taşınmaz malvarlığının bulunup bulunmadığı araştırılarak, varsa öncelikle bu malların haczinin sağlanması, borcun karşılanmaması durumunda da mesken olarak kullanılan evin haczinin 6183 sayılı Kanun'un 70. maddesinin 11. fıkrasında belirtilen usul ve esaslara göre gerçekleştirilmesi sosyal hukuk devletinin gereğidir" şeklinde görüşü bulunmaktadır. Danıştay 13 D, 2212/612, 27.02.2019.

⁸² Kuru (n 48) 306.

dilmesinde ise hukuka aykırılık bulunmamaktadır.⁸³ Borçlunun evinin münasip bir aile konutu olarak belirlenmesinde fiziki alan olarak borçlu ve ailesi için ihtiyaçlarını karşılayacak halde olması ve bu konuda borçlunun aleyhine bir yaklaşımın benimsenmemesi gerekmektedir.⁸⁴

Danıştay kararlarında, borçlunun evinin münasip olup olmadığı hususunda belirlemiş olduğu kıstaslarda hem borçlunun aleyhine hem de lehine bir yaklaşımın benimsediğini göstermektedir.⁸⁵

⁸³ İzmir BİM 1 VDD kararında; “Davacının eşi ile birlikte 1/2 pay oranlarda adlarına kayıtlı Altıyıl İlçesi, A2 Mah. 5010 ada, 13 parselde kayıtlı 5 no’lu bağımsız bölümde ikamet ettiği, yani haline münasip aile konutunun bu taşınmaz olduğu dava dosyasında yer alan belgelerle davalı idare tarafından ispatlandığından ve bu taşınmaz üzerine konulan diğer hacizler taşınmazın bu niteliğini değiştirmediklerinden ve bu durumda davacının ikamet ettiği gayrimenkulün bulunduğu yer, sahip olduğu özellikleri ve birlikte yaşadığı aile bireylerinin yaşantısına uygun bir konut olduğu görüldüğünden bu konut dışında kalan ve değeri tahsil edilmek istenilen vergi alacağından yüksek olan Balıkesir İli, Erdek İlçesi, A1 Mevkii 506 ada, 2 parsel, zemin kat 2 no’lu bağımsız bölüm üzerine konulan 20.05.2014 gün ve 21084 sayılı haciz işleminde hukuka aykırılık, bu işleme karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararında isabet yoktur.” ifadelerine yer verilmiştir. İzmir BİM 1 VDD, 1539/270, 14.02.2017.

⁸⁴ Barlass (n 5) 69.

⁸⁵ “Davacı adına kayıtlı ikinci bir evin bulunmadığı anlaşılmış ise de; hacizli gayrimenkulün değer tespiti için düzenlenen 21.11.2001 günlü bilirkişi raporunda, taşınmazın alanın yaklaşık... m2, doğramalarının ahşap, giriş kapısının çelik olduğu, dairenin kat kaloriferiyle ısıtıldığı, konumu itibarıyla ilçenin iyi sayılabilecek bir mevkiinde bulunduğu hastaneye sosyal, kültürel ve iş merkezlerine yakın, değerinin de 37 milyar lira civarında olduğu hususlarının tespit edilmesi karşısında, olay, 6183 sayılı Yasanın 70’inci maddesinin 11’inci bendi hükmü yönünden değerlendirildiğinde, hacizli gayrimenkulün satılıp satış tutarından haline münasip bir ev satın alınabilecek miktarının borçluya bırakılması kaydıyla davacının sahibi olduğu tek evinin de haczedilebileceği sonucuna varılmıştır.” Danıştay 3 D, 1144/162, 27.01.2004. Danıştay anılan konu ile ilgili farklı bir kararında ise; “Davacının ortağı ve müdürü olduğu iki limited şirketin vergi borçlarından dolayı evine uygulanan haciz işlemi, ara kararı üzerine mahallinde yaptırılan keşif sonucu düzenlenen ve gayrimenkulün apartman dairesinde dubleks şeklinde, oturum alanının ... m2, odalar ve salonun taban döşemelerinin ahşap parke, duvarlarının yağlı boya, WC ve banyo duvarlarının seramik, kapı ve pencere doğramalarının ahşap, dış kapının sac demirden yapılı, kat kaloriferi şeklinde düşünüldüğü ancak ısıtmanın soba ile yapıldığı, rayiç değerinin 28 milyar lira olacağı yönünde tespitler içeren bilirkişi raporu dikkate alınarak haczedilen evin ancak bir ailenin mesken ihtiyacını karşılayacak ölçüde olduğu gerekçesiyle mahkemece iptal edilmiştir. Ortağı ve müdürü olduğu şirketlerin vergi borçlarından dolayı davacının haczedilen evinin özellikleri ve değeri mahkemece bilirkişiye tespit ettirildiği halde, bu özellikler ile borçlunun aile yapısı, konutta yaşayan kişi sayısı ve ihtiyaçları gibi ölçütler değerlendirilerek evin borçlunun haline münasip olup olmadığı yönünde bir takdir oluşturulmadan verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür” şeklinde görüş bulunmaktadır. Danıştay 3 D, 2790/268, 10.02.2004.

Borçlunun haline münasip evinin haczedilemezliğinde; borçlunun evinin münasip bir aile konutu olup olmadığının belirlenmesinde borçlunun lehine bir yaklaşımın belirlenmesi hem konut dokunulmazlığı hem de ailenin korunması bakımından sosyal hukuk devletinin gereği yerine getirilmiş olmaktadır.

Borçlunun münasip evi tanımında Danıştay kararlarında benimsenen ölçüt “borçlunun ekonomik ve şahsi durumudur”.⁸⁶ Borçlunun kişisel durumu, aile yapısı, evin niteliği ve değeri dikkate alınarak yapılacak değerlendirmeden sonra borçlunun evinin haczedilip haczedilmeyeceği kararlaştırılmalıdır. Bu doğrultuda değerlendirme yapılmaksızın verilen kararlarda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.⁸⁷

⁸⁶ Danıştay VDDK kararında; “Kanun koyucu, bireyin en temel ihtiyaçlardan biri olan barınma ihtiyacından mahrum kalmasını önlemek amacıyla borçlunun ekonomik ve şahsi durumuna uygun bir evinin haczini yasaklamıştır. 6183 sayılı Kanun’un 70. maddesinin (11) numaralı bendindeki hükmün getiriliş amacı budur. Bu hüküm emredici olup haczi gerçekleştirecek olan amme idaresi tarafından borçlunun itirazına gerek kalmaksızın re’sen dikkate alınmak zorundadır. Alacaklı amme idaresi, tek evinin bulunması halinde borçlunun kişisel durumunu, aile yapısını, evin niteliğini ve değerini dikkate almak suretiyle evin, borçlunun ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. Bu şekilde yapılacak bir araştırma ve değerlendirmeden sonra evin değerinin, borçlunun ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılayacak yeterlilikte olduğu sonucuna varılması halinde hacizden vazgeçilmelidir. Evin, borçlunun ve ailesinin ihtiyaçlarının üzerinde bir değere sahip olduğunun saptanması durumunda ise ev satılarak satıştan elde edilecek bedelden borçlunun ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılayacak bir ev alınmasına yetecek miktarın borçluya bırakılması, artan kısmın borçlunun borcuna mahsup edilmesi gerekir” ifadeleri yer almaktadır. Danıştay VDDK, 1522/609, 07.06.2023.

⁸⁷ “Dosyanın incelenmesinden; davacı mirasçılar tarafından, ...’nun kanuni temsilcisi olduğu... Medikal ve Sağlık İşletmeleri San. Tic. Ltd. Şti ‘nin vergi borçlarının tahsili amacıyla, Kemal Hekimoğlu’nun vefatı sebebiyle intikal eden Edirne ili... Mahallesi... ada... sayılı parselde... no’lu ve ...ada ...sayılı parselde ...no’lu meskenler üzerine uygulanan haciz işleminin kaldırılmasının istenildiği olayda, kamu borçlarına karşı meskeniyet iddiasında bulunulamayacağı ve muris ...’nun adına kayıtlı olan iki adet taşınmaz bulunduğu (intikal eden) hangisinin kendisi ve ailesinin ikamet ettiği konut olduğu bilinmediğinden ve borçlunun adına düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan ...E. sayılı davanın da kesinleşmesinden dolayı yeni bir hukuki durum oluştuğu belirtilerek ilgili konutlara doğrudan bu yönde bir araştırma ve değerlendirme yapılmadan haciz işlemi uygulandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, hacze konu meskenin borçlunun haline münasip olup olmadığı, evin değerinin haline münasip bir meskenin değerinden fazla bulunup bulunmadığı, fazla ise davacının haline münasip bir evin değerinin ne olması gerektiği, taşınmazın satılması durumunda kalan bedelin davacının haline münasip ev almasına yetip yetmeyeceği konusunda idarece bir tespit yapılmadan, amme alacağının güvence altına alınması amacıyla borçlunun haline münasip evine haciz işlemi uygulanamayacağından, davanın kabulü yolunda verilen Vergi Mahkemesi kararına yönelik yapılan istinaf başvurusunu kabul ederek Mahkeme kararını kaldırıp davayı reddeden Bölge İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” Danıştay 9 D, 1812/3533, 21.06.2022. Benzer yönde bkz. Danıştay 9 D, 4880/228, 14.02.2023.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 11'inci bendinde borçlunun münasip aile konutunun haczedilememesi için gerekli olan şart; borçlunun evinin münasip bir evin değerinden fazla olmamasıdır. Borçlunun münasip aile konutunda bizzat oturması ya da konutunu kiraya vermemesi gibi şartlar yer almamaktadır. Dolayısıyla borçlunun münasip bir aile konutuna sahip olması amme alacaklısının alacağını tahsil etmesinden üstün kılınmıştır.⁸⁸ Danıştay kararlarında⁸⁹ da; borçlunun evinin haline münasip evi olarak sayılabilmesi için borçlunun haczedilemezliğini ileri sürdüğü evde bizzat oturması gerekmediği kabul edilmiştir.

5. Harcırak Kanunu'na Göre Yapılan Ödemeler

6245 sayılı Harcırak Kanunu'nun 3'üncü maddesinde harcırak kavramı *"ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masraflarından birini, birkaçını veya tamamını ifade eder."*⁹⁰ Devlet, kamu çalışanlarının harcırak kavramı kapsamında belirtilen mecburi giderlerini karşılamaktadır. Çünkü bu giderler karşılanmadığı takdirde borçlu ve ailesinin ekonomik durumu etkilenecektir. Dolayısıyla Harcırak Kanunu'na göre yapılan ödemeler haczedilemez.

6. 2022 Sayılı Kanun Uyarınca Bağlanan Aylıklar

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 13'üncü bendine göre; *"2022 sayılı kanun uyarınca bağlanan aylıklar"* haczedilemez. 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uyarınca bağlanan aylıkların haczi mümkün değildir. 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz kişilerin ve ailelerinin ve kimsesiz kişilerin korunması ve asgari düzeyde geçimlerini sağlayabilmeleri için bağlanan aylıklar haciz kapsamı dışında bırakılmıştır.

III. Kısmen Haczedilebilen Gelirler

6183 sayılı Kanun'un 71'inci maddesine göre; *"Aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirler kısmen hac-*

⁸⁸ Mustafa Balcı, *Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023) 1129.

⁸⁹ Danıştay 9 D, 2148/1842, 16.05.2022.

⁹⁰ Harcırak Kanunu, Kanun Numarası: 6245, Kabul Tarihi: 10.02.1954 RG 18.02.1954/8637, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6245&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> Erişim Tarihi: 19.04.2026.

zolanabilir. Ancak haczolunacak miktar bunların üçte birinden çok dörtte birinden az olamaz. Asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlası haczolunamaz.”

6183 sayılı Kanun gereğince emekli aylıkları kısmen haczedilebilirken 5510 sayılı Kanun'un⁹¹ 93'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında⁹² anılan hükme göre bağlanan emekli aylıklarının söz konusu Kanun'un 88'inci maddesi uyarınca takip tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyeceği⁹³ ifade edilmiştir.⁹⁴

5510 sayılı Kanun, 6183 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe girdiği ve bu konuda yeni yürürlüğe giren kanun hükmünün öncelikle uygulanması gerektiği ile özel kanun hükümlerinin genel kanun hükümlerine üstünlüğü nedeniyle 5510 sayılı Kanun'un 93'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında anılan hükme göre bağlanan emekli aylıklarının söz konusu Kanun'un 88. maddesine göre takip tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyecektir.⁹⁵ Kamu borçlusunun muvafakati bulunması durumunda emekli aylığının 1/3'ü haczedilebilecektir.

⁹¹ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006 RG 16.06.2006/26200, <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.pdf>> Erişim Tarihi: 10.11.2025.

⁹² “Bu kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Bu fıkra göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir.”

⁹³ “Davacının emekli maaşının 5510 sayılı Yasa kapsamında emekli aylığı olduğundan, 93. maddede yer alan; gelir, aylık ve ödeneklerin, 88. maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyeceği yönündeki açık düzenleme karşısında davacının emekli maaş hesabının bulunduğu banka hesabına uygulanan e-haciz işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Danıştay 4 D, 6915/5047, 21.09.2022.

⁹⁴ Balcı (n 73) 1131-1132.

⁹⁵ “Emekli maaşının haczedilmesine davacının muvafakatinin bulunmadığı, idarece aksi yönde iddianın ileri sürülmediği, 6183 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, sigorta emeklilerinin emekli maaşlarına haciz konulamayacağına öngörüldüğü ve yeni yürürlüğe giren yasa hükmünün, aynı konudaki eski yasa hükmüne göre öncelikle uygulanması gerektiği ve özel hükümlerin genel hükümlerden üstün olduğu yolundaki hukukun temel ilkeleri karşısında, emekli maaş hesabına uygulanan haciz işleminde ve haczin kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir.” Danıştay 9 D, 2082/2237, 30.05.2022.

Yurt dışından alınan emekli aylıklarının haczi konusunda ise Danıştay kararında,⁹⁶ yurt dışından alınan emekli aylıklarının 5510 sayılı Kanun'da haczi yasaklanan emekli aylıklarının kapsamında olmadığını ve 6183 sayılı Kanun'un 71'inci maddesine göre haczedilecek miktarın en fazla 1/3 en az 1/4 oranında olması gerektiği hükme bağlanmıştır. 6183 sayılı Kanun'un 71'inci maddesi hükmüne aykırı olarak emekli maaşının tutarının tamamına haciz uygulanmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.⁹⁷

İşçi ücretlerine kısmi haczin uygulanmasında da 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁹⁸ 35'inci maddesinde "İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilmez." hükmü yer almaktadır. Anılan Kanun'un 6183 sayılı Kanun ile çatışması halinde ise 4857 sayılı Kanun'un 35'inci maddesinin sonra yürürlüğe girmesi ve özel kanun hükmünde olması nedeniyle kamu alacaklarından dolayı işçi ücretlerine uygulanacak haczin işçi ücretinin dörtte birini aşmaması⁹⁹ gerekmektedir.¹⁰⁰

⁹⁶ "Davacının yurt dışından aldığı emekli maaşı hesabına uygulanan haciz işleminin kaldırılması istemiyle açılan davada, ... Vergi Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararı ile haciz uygulanan hesabın davacının yurt dışından aldığı emekli maaşına ilişkin olması, elde edilen gelirin yabancı para cinsinden olmasının emekli maaşı olma niteliğini değiştirmeyeceği, davalı idare tarafından haciz konulan hesabın haciz uygulanabilir niteliği haiz olup olmadığının işlemi tesis etmeden önce araştırılması gerektiğinden bahisle verilen kabul kararına karşı davalı idarece yapılan istinaf başvurusu ... Bölge İdare Mahkemesi ... Vergi Dava Dairesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararı ile yurt dışından bağlanan ve yurt dışı sigorta mercii veya diğer sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından ödenmekte olan emekli maaşlarının haczedilemeyeceği yönünde açık bir Kanun hükmünün mevcut olmadığı gerekçesiyle kabul edilerek Vergi Mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un 93'üncü maddesinde; bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödeneklerinin devir ve temlik edilemeyeceği, bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerinin 88'inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyeceğinin belirtildiği, Kanun metninden de anlaşılabileceği üzere, haczi yasaklanan emekli maaşları yukarıda zikredilen Kanun çerçevesinde bağlanmış olan aylıklarla sınırlı olduğu, yurt dışından alınan emekli maaşlarının haczedilebileceği ancak haczedilebilecek miktarın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71. Maddesine göre belirlenmesi gerektiği ..." Danıştay 9 D, 4544/367, 28.01.2021.

⁹⁷ Danıştay 9 D, 2592/368, 28.01.2021. Benzer yönde bkz. Danıştay 9 D, 4544/367, 28.01.2021.

⁹⁸ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134, <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>> Erişim Tarihi: 10.11.2025.

⁹⁹ "Dosyanın incelenmesinden, Fon'a borçlu olan F4 Grubu şirketlerin kanunî temsilcisi olduğundan bahisle, Fon alacağının takip ve tahsili amacıyla, F9 Factoring A.Ş.'de çalışan davacının maaşına 1/3 oranında ihtiyati haciz konulması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacının özel bir şirkette iş sözleşmesi ile İş Kanunu uyarınca ücret alarak çalıştığı, her ne kadar 6183 sayılı Kanun'da aylıklar, ödenekler ve her çeşit ücretlere üçte birinden çok, dörtte birinden az olamayacak şekilde haciz konulabileceği kuralına yer verilmiş

6183 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde yer alan söz konusu özellikle emekli aylıkları ve işçi ücretleri gelirlerinin kısmen haczedilebilmesinin amacı, kamu borçlusunun ve ailesinin asgari bir yaşam sürdürebilmeleri için hem yeterli gelirin sağlanabilmesi hem de bu kişilerin ekonomik yönden korunması ve alacaklının da alacağına kısmen de olsa ulaşabilme imkânının verilmesidir.

Sonuç, Tartışma ve Öneriler

Devletin kamu alacaklarına yönelik uygulamış olduğu haciz işlemi, bireylerin mülkiyet haklarına ve yaşam alanlarına müdahalede bulunmaktadır. Ancak devletin var oluş amacının da bireylerin yaşam haklarını korumak olduğu göz ardı edilmemelidir. Devlet, kamu borçlusunun borcunu öderken toplumsal ve ekonomik açıdan yaşamını sürdürebilmesi ve ailenin korunması için 6183 sayılı Kanun'da 70'inci maddede düzenlemelerde bulunmuştur.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinde düzenlenen haczedilemeyecek mallara ilişkin hükümler incelenmiştir. İlgili madde, kamu alacaklarının tahsilinde aile birliğinin korunmasına yönelik aile müessesesini koruma amacının hukuki düzenlemeye yansıtılmış halidir. Aile yalnızca borçlunun değil, toplumun da temel yapı taşı kabul edildiğinden, devletin cebrî icra yetkisi aile hayatını zedelemeyecek şekilde sınırlandırılmıştır. Bu yönüyle 70'inci madde aile bütünlüğü ile borçlu ve ailesinin asgari yaşam koşullarının korunması esasına dayanan sosyal hukuk devleti anlayışının bir yansımasıdır.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinde borçlunun ve borçlu ile birlikte yaşayan ve ekonomik olarak ondan etkilenen aile bireylerinin korunmasına yönelik doğrudan düzenlemeler içerdiği ve bu bentlerde "aile" kavramına açıkça yer verildiği görülmektedir.

Doğrudan ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler arasında borçlunun mesleğini icra ederken kullandığı mesleki eşyası, malzeme, alet, edevatlarının haczedilebilmesi için meslekte emek unsurunun değil sermaye unsurunun ağır basması gerekir. Borçlu fiilen bu mesleği icra ediyorsa ve meslek emek yoğun

ise de, 6183 sayılı Kanun'a göre özel nitelikte bulunan İş Kanunu'nda işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği kurala bağlandığından, davacının maaşının 1/3'üne ihtiyati haciz konulmasında hukuka uygunluk bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." Danıştay 13 D, 4594/463, 25.02.2016.

¹⁰⁰ Balcı (n 73) 1130.

nitelikteyse, mesleğin sürdürülebilmesi için zorunlu araç ve gereçler borçlu ve ailesinin geçimine yetecek ölçüde olmak kaydıyla haczedilemez.

Borçlu ve ailesinin ihtiyaçlarına ilişkin düzenlemelerin günümüz koşullarına uygun şekilde yeniden ele alınması gerekmektedir. Mevcut düzenlemede yer alan borçlunun kendisi, mesleği ve ailesine ait eşyalar, ilgili kanun maddesinde yer alan bentler ve Danıştay kararları bakımından incelendiğinde; dijitalleşen ve teknoloji temelli çalışma modelleri karşısında yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle gerek borçlunun kendisi, mesleği, mesleki eşyaları, gerekse kendisi ve ailesi için lüzumlu eşyaları güncellenmeli ve 2004 sayılı Kanun'da yer aldığı gibi "ortak kullanıma hizmet eden tüm eşyalar" ibaresi getirilerek açık bir şekilde bunlar ilgili bentlerde sayılmalıdır.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 2'nci bendinde yer alan "borçlunun kendisi için gerekli elbise ve eşyası" haczedilemezliğinde hangi elbise ve eşyalarının "kişisel" olduğunun açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca borçlunun elbise ve eşyalarının ikinci el satışında objektif ve subjektif maliyetleri göz önünde bulundurulmalıdır. "Borçlunun mesleği için gerekli elbise ve eşyasının" haczedilmemesi konusunda meslek ayrımı yapılmamıştır. Çalışma kapsamında ise serbest meslek mensubu, ücretli ve tacir değerlendirilmiştir. Söz konusu meslek gruplarında borçlunun elbise ve eşyasının haczedilememesinin şartı mesleğini bilfiil sürdürmesi ve kazancını bu meslekten sağlamasıdır.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 4'üncü bendinde "borçlunun çifti" olması durumunda çiftçinin haline münasip traktörünün haczinde tarım arazinin büyüklüğü ve arazide yetiştirilen ürünler dikkate alınmalıdır. Ayrıca çiftçilerin zaruri olarak kullandıkları alet ve edevatlarında günümüz teknolojileriyle uyumlu olması bir ihtiyaç olup, haciz işlemi buna göre gerçekleştirilmelidir.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 5'inci bendine "*borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli*" olan hayvanların kapsamına kümes hayvanları, balıkçılık, arıcılık ve ipekböcekçiliği dair hayvancılık faaliyetleri ve bu hayvanların niteliğine göre haczedilemeyecek hayvan sayısı, yem ve yataklık gibi unsurları eklenmedir.

6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 6'ncı bendinde borçlunun hangi hayvanlarının haciz kapsamı dışında olduğu belirtilmelidir. Ayrıca borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayacak zaruri hayvan miktarı da eklenmelidir.

Anılan Kanun'un 70'inci maddesinin 9'uncu bendinde *"vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak kendisine ve ailesine ödenen paraların"* haczedilemezliği bulunmaktadır. Kanun bendinde maddi veya manevi tazminat olarak yer alması da Danıştay kararında manevi tazminatın da kabul edildiği görülmektedir. Bu kapsamda kanun bendinde *"vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için maddi ve manevi tazminat olarak kendisine ve ailesine ödenen paraların"* şeklinde yer alması kanun bendinin daha açık ve anlaşılır olması bakımından önemli olacağı kanaatindeyiz.

6183 sayılı Kanun'da 70'inci maddede haczedilmeyecek mallarda dolaylı olarak ailenin korunmasına yönelik düzenlemelerde bizzat "aile" kelimesi geçmesi de her bentte kamu borçlusu ve ailesini ilgilendiren hususlar bulunmaktadır. Ayrıca 6183 sayılı Kanun'da 71'inci madde de yer alan kısmen haczedilebilecek gelirler arasında yer alan işçi ücretleri, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirlerde de kamu borçlusu ve ailesini dolaylı olarak korumaktadır.

Dolaylı olarak ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler arasında devletin, şehitlerin geride kalan ailelerini, malulleri ve gazileri koruması ve bu kişilerin toplumda yaşamlarını sürdürebilmeleri için bağlanan aylıkların, harp malullüğü zamlarının haczedilemezliğine yer verdiği görülmektedir. Bu düzenleme devletin, vatani için canını feda edenlere göstermiş olduğu bir vefadır.

Borçlunun haline münasip evinin haczedilemezliği de ailenin korunması ve konut hakkı kapsamında yer alan bir diğer düzenlemedir. Devletin sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince bireylerin hem kişisel hem de sosyal ihtiyaçlarını bir arada göz önünde bulundurmalıdır. Bu yüzden kamu borçlusunun mesken olarak kullandığı evinin haczi en sonda yer alması gerekmektedir. Borçlunun münasip evinin haczinde, borcunun kişisel ve ailevi durumu, evin niteliği ve değeri dikkate alınmadan yapılan bir değerlendirme Danıştay kararlarında kabul edildiği gibi hukuka aykırıdır. Ayrıca borçlunun münasip evinin haczedilemezliğinde borçlunun münasip evinde bizzat oturma şartı aranmamalıdır.

Kısmen haczedilebilecek gelirler arasında yer alan emekli aylıklarının, işçi ücretlerinin, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan aylıkların haczolunacak miktarı günümüz ekonomik koşullarına uygun olarak güncellenmesi kamu borçlusunun ve ailesinin toplumsal yaşamını idame ettirebilmesi açısından önemlidir.

Kaynakça

- Bahçeci B, *Kamu Alacağına Takip Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2019)
- Balcı M, *Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023)
- Barlass İ, *Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Takibi* (On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Bayraklı H H, *İdare Hukuku* (Celepler Matbaacılık Basım Yayın ve Dağıtım 2014)
- - *Vergi İcra Hukuku* (5. Baskı, Celepler Matbaacılık Basım Yayın ve Dağıtım 2019)
- Büyük E I. 'Yargı Kararları Işığında Avukatların UYAP Sistemine Entegre Banka Hesaplarına İlişkin Haczin Çeşitli Hukuki Açılardan Değerlendirilmesi' (2023) 11(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1134-1157
- Coşkun M, *Açıklamalı- İctihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Çelik B, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku)* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Gerçek A, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku* (6. Baskı, Ekin Yayınevi 2020)
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukukuna Giriş* (25. Baskı, Ekin Yayınevi 2019)
- Hayrulloğlu B, 'Tahsil Yetkisinin Kullanımının Haciz İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi' (2019) İzmir Barosu Dergisi 267-321
- Karakoç Y, *Kamu İcra Hukuku Bilgisi* (Yetkin Yayınları 2020)
- Kuru B, 'Haczi Caiz Olmayan Şeyler' (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 277-326
- Rençber A, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri* (On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Sonsuzoğlu E, 'Türk Vergi Sisteminde Aile Bağlantılı Hükümler' (2019) 5(2) International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal 88-103
- Türkay A, 'Genel Haciz Yoluyla Takip (Haciz-Satış-Paraların Paylaştırılması)' içinde, *İcra ve İflâs Hukuku* (Atatürk Üniversitesi Açık ve Uzaktan Öğretim Fakültesi Yayını 2018) 105-130
- Yılmaz K, *Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması* (Bilnet Matbaacılık 2015)
- Yüce M, *Vergi Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Ekin Yayınevi 2019)
- Yüzer D, 'Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi' (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4843- 4898

Elektronik Kaynaklar

- KamuSearch, <<https://kamusearch.com/>> Erişim Tarihi: 22- 28.11.2025
- Karar Arama, <<https://www.yargikararlari.com.tr>> Erişim Tarihi: 24.11.2025
- Lexpera, <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20-28.11.2025

ÇEVİRİ
TRANSLATE

Seçimleri Serbest ve Adil Kılan Şey Nedir? (*)

Çev. Samet ÖZDEMİR (**)

Öz

Demokrasinin en önemli koşullarından birisi seçimlerin serbest ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Siyasi iktidarın serbest ve adil seçimle yürütmenin başına geçmesi bu iktidar yapısı için aynı zamanda bir meşruiyet sağlayıcıdır. Bu sebeple pek çok ülke yapılacak olan seçimleri takip etmesi ve seçimlerin serbest ve adil olup olmadığını değerlendirmesi için uluslararası kuruluşları veyahut da bağımsız seçim gözlemcilerini davet etmektedir. Hatta Birleşmiş Milletler, eski kolonileri ve vesayet bölgelerini bağımsız bir devlet olarak tanımak için yapılan seçimlerin serbest ve adil olarak nitelenmesini şart koşturmaktadır.

Bu tür ihtiyaçlar ve dünyanın her yerinde artan talepleri karşılamak için seçimlerin serbest ve adil olma niteliğinin objektif olarak bazı kıstaslara tabi tutulması zaruri olarak meydana çıkmıştır. Bu çalışmada, ilk olarak Robert Dahl'ın çalışmalarından yola çıkarak seçimler ile demokratik gelişme arasındaki ilişki incelenecektir. Bu, "serbest ve adil" kavramının tanımlanması için bir temel sağlamaktadır. Daha sonra seçimlerin serbest ve adil sayılması için ortaya konan kriterlerin bir listesi sunulacak ve bu listenin uygulamadaki önemi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Seçim, Serbest ve Adil Seçimler, Demokrasi, Seçim Gözlemcileri.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.03.2026 - Kabul Edildiği Tarih: 28.03.2026.

Atıf Şekli: Samet Özdemir (Çev.), 'Seçimleri Serbest ve Adil Kılan Şey Nedir?' (2026) 16(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1153,1172.

DOI: 10.52273/sduhfd..1903194.

Jorgen Elklit and Palle Svensson, What Makes Elections Free and Fair?, Journal of Democracy, Volume: 8, Number: 3, July, 1997. Orijinal metne erişmek için bk.: https://pure.au.dk/ws/files/104117297/Elklit_Svensson_8_3_1997_32_46.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2026.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Isparta-Türkiye.

E-posta: sametozdemir45@gmail.com.

Orcid: 0000-0003-3708-8010.

Giriş ve Takdim

Robert Dahl'a göre demokrasi tanımında, vatandaşların özgür bir ortamda seçimlere katılması, seçimlerde serbestçe kararların alınması ve siyasi eşitliğin sağlandığı seçimler önemli bir yer tutmaktadır.¹ Bu gibi hassasiyetler “serbest ve adil seçimler” kavramının doğmasına yol açmıştır. Günümüzde özellikle soğuk savaşın bitiminden sonra hızla yayılmaya ve gelişmeye başlayan uluslararası seçim gözlemcileri ile birlikte “serbest ve adil seçim” kavramı daha da önemli hale gelmiştir.

Bu yaygınlaşma ve zarurete rağmen, kavramın çerçevesi ve mahiyeti halihazırda netlik kazanmış değildir. Seçimlerin serbest ve adil sayılabilmesi için bir “kontrol listesi”nin oluşturulması, bu listeye hangi kriterlerin ekleneceği hususundaki anlaşmazlıklar sebebiyle mümkün olmamıştır. Bu belirsizlik seçimler ve demokrasi ilişkisinin hangi boyutlarda olduğunu gözlemleme olanağına zarar vermektedir.

Bu sebeple bu çalışmada, serbest ve adil seçimler kavramı üzerine fikir yürütülürken çeşitli parametreler aracılığıyla bir kontrol listesinin üzerine çalışılmıştır. Bunun yapılabilmesi için seçim süreci; seçim öncesi, seçim günü ve seçim sonrası olarak üçe ayrılmış, bu süreçlerin her birinde ayrı ayrı olacak şekilde serbestlik ve adillik kriterleri açısından gündeme gelebilecek hususlar sayılmıştır. Bu yöntemle genel geçer bir kontrol listesinin oluşturulması amaçlanmıştır.

1. Serbest ve Adil Seçim Kavramı

31 Mart 1994 tarihinde Kampala'da takriben ikinci vaktiydi. Gazeteciler sabırsızlanarak seçim için gelen uluslararası gözlemcilerin duyurusunu bekliyordu. Birleşmiş Milletler yetkilileri, seçim gözlemcilerinin Uganda Kurucu Meclisi'nin belirlenmesi için yapılan 28 Mart seçimlerinin “serbest ve adil” olduğunu ilan etmeleri gerektiğini üçüncü kez dile getirdi. Ancak gözlemciler böyle bir açıklama yapmaktan kaçındı. Çünkü seçimlerin sadece bir kısmını takip etmişlerdi ve daha da önemlisi seçimleri “serbest ve adil” olarak vasıflandırmanın tespit ettikleri sorunların ele alınmasını ve tartışılmasını engelleyeceğini biliyorlardı. Sonuç olarak her ne kadar bu seçimler yeni demokrasilerde görülen diğer birçok seçimden daha kötü olmasa da “serbest ve adil” olarak ilan edilmedi.

¹ Robert Dahl, *Demokrasi Üzerine*, çev. Betül Kadioğlu, Phoenix Yayınları, Ankara, 2019, s. 47-48.

Bu olayın da gösterdiği gibi, seçim gözlemcileri, seçimlerin “serbest ve adil” olup olmadığına karar vermek için büyük bir baskıyla karşılaşmakta ve bu baskı sadece sabırsız gazetecilerden de gelmemektedir. Gerçekten de bazen insanların bilmek istediği tek Şeyin bu olduğu anlaşılıyor. “Serbest ve adil” ifadesi BM yetkililerinin, gazetecilerin, politikacıların ve siyaset bilimcilerinin sloganı haline gelmiştir. Bu durum Giovanni Sartori’nin bir zamanlar “kavramsal esnetme” olarak isimlendirdiği ifadeye örnek teşkil etmektedir: İncelediğimiz dünya ne kadar geniş olursa hareketli kavramsal araçlara o nispette ihtiyaç duyarız.² Bir seçime hakikaten “serbest ve adil” diyebilmemiz için gereken Şey nedir? “Serbest ve adil” seçimler, bir seçimin yalnızca “geçerli” olması manasına mı gelir yoksa daha fazlasını mı ifade eder?

Uluslararası kuruluşlar, uzun zamandır seçimlerin ve referandumların izlenmesine ve değerlendirilmesine katılmaktadır. Özellikle 1950’li yılların sonunda yapılmaya başlanan bağımsızlık referandumlarında Birleşmiş Milletler’in rolü dikkat çekicidir. Birleşmiş Milletler’in, eski kolonileri ve vesayet bölgelerini bağımsız bir devlet olarak tanıyabilmesi için bu seçimlerin “serbest ve adil” olup olmadığını bilmesi gerekiyordu.³ “Serbest ve adil” seçim kavramının ilk kez 1956 yılındaki Togoland’ın bağımsızlık referandumuna ilişkin bir raporda kullanıldığı kabul edilmektedir.⁴

Birleşmiş Milletler’in Namibya’daki Kasım 1989 referandumuna katılımı ise temelde farklı bir amaç taşımaktadır. Bu referandumda oylama, sadece koloninin oldukça uzun süren özgürlük mücadelesinin bir unsuru değil, aynı zamanda Birleşmiş Milletler’in bölgedeki barışı koruma çabalarının da mühim bir parçasıydı. 1990 yılının şubat ayında Nikaragua’daki başkanlık ve yasama meclisi seçimleri de Birleşmiş Milletler gözetiminde yapılmıştır. İlginçtir ki bu gözetimi ülkenin kendisi talep etmiştir ve sadece seçim gününün değil, bütün bir seçim sürecinin değerlendirilmesini istemiştir. Böylelikle Birleşmiş Milletler bağımsız

² Orijinal metinde: “The wider the world under investigation, the more we need conceptual tools that are able to travel.” şeklinde geçmektedir. Bkz. Giovanni Sartori, “Concept Misformation in Comprative Politics”, American Political Science Review 64 (December 1970): 1034.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yves Beigbeder, International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections: Self-Determination and Transition to Democracy (Dordrecht, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994), 94-143.

⁴ Jon M. Ebersole, “The United Nations Response to Request for Assistance in Electoral Matters”, Virginia Journal of International Law 13 (Gz, 1992): 94. Ayrıca bkz. Beigbeder, International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections.

bir üye ülkenin seçim sürecinde önemli bir rol üstlenmiş oldu. Elbette bu olumlu bir gelişmedir. Fakat diğer bazı Birleşmiş Milletler üyesi devletler bu durumu aynı manada vasıflandırmamıştır.

Birleşmiş Milletler, barışı koruma çabalarının bir parçası olarak veya bazı ülkelerde yapılan seçimlerin “serbest ve adil” olduğunu onaylamak için bir dizi seçim ve referanduma daha doğrudan dahil olmuştur. Bunlar arasında 1990 Aralık Haiti seçimi, 1992 Eylül Angola seçimi, 1993 Mayıs Kamboçya seçimi ve 1994 Ekim Mozambik seçimi sayılabilir. Bu listeye Birleşmiş Milletler’in katılımının daha sınırlı ve kısmen de başka faktörlere bağlı olması kaydıyla 1993 Nisan Eritre, 1994 Nisan Güney Afrika ve 1993 Haziran ve 1994 Mayıs Malavi seçimleri eklenebilir.⁵

Yukarıda belirtilen iç savaş mağduru ülkelerin yanında son on yılda birçok ülke demokrasiye doğru önemli adımlar atmıştır. Pek çok durumda bu demokratik gelişmelere batılı ülkeler tek başına destek sağlamış, bazı durumlarda da bu gelişmelerde Birleşmiş Milletler dışındaki uluslararası kuruluşlar birinci derecede rol oynamıştır. Bu kuruluşlar arasında, Amerikan Devletleri Örgütü, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, Parlamentolararası Birlik ve Milletler Topluluğu Sekreterliği sayılabilir. Bu destek sürecine hem ulusal hem de uluslararası sivil toplum kuruluşları da dahil olmuştur. Bu kuruluşların çoğu, hükümetlerden ve diğer kamu kaynaklarından önemli miktarlarda fonlar almıştır.⁶

Son on yılda dünyanın her yerine sayısız seçim gözlemcisi gönderilmiştir. Bu artan hareketlilik neticesinde standart değerlendirme kriterlerinin oluşturulmasına yönelik büyük bir talep meydana gelmiştir. Ancak bir “kontrol listesi”nin oluşturulması, bu listeye hangi kriterlerin dahil edilmesi gerektiği konusundaki anlaşmazlıklar nedeniyle mümkün olmamıştır.⁷ Buna ek olarak, farklı ülkeler, kuruluşlar ve seçim otoriteleri arasında da işlevsel bir iş birliği tesis edilememiştir. Dolayısıyla bir seçimin veya referandumun “serbest ve adil” sayılması veya en azından “geçerli” addedilebilmesi açısından yapılması gereken tartışmalar için çok geç kalınmıştır.

⁵ Larry Garber and Clark Gibson, Review of United Nations Electoral Assistance 1992-93 (Project INT/91/033, United Nations Development Programme, 18 August 1993).

⁶ Ebersole, “United Nations Response”; Jennifer McCoy, Larry Garber and Robert Pastor, “Pollwatching and Peacemaking”, Journal of Democracy 2 (Güz, 1991): 102-114.

⁷ Ayrıca Bkz. Lessons Learnt - International Election Observation: Seventeen Organizations Share Experiences on Electoral Observation (Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 1995), 13.

Seçimlerin “serbest ve adil” sayilabilmesi için, çeşitli kriterler geliştirilmiş olsa da bu kriterlerin kapsamlı ve kayda değer surette bir kontrol listesine dönüştürölmesi zor olmuştur. Bununla birlikte bir seçim sürecinin söz konusu kriterleri karşılayıp karşılamadığının tespiti ve çeşitli kriterler açısından yapılan ayrı ayrı değerlendirmelerin tek bir sonuç olarak birleştirilmesi gibi metodolojik sorunlar göz korkutucu olmuştur.⁸ Bu konudaki yaklaşımlardan biri, seçim sürecinin çeşitli yönlerini (örneğin, seçim sistemi, seçmen kayıt sistemi, medyaya erişim, yürütölen kampanyanın kuralları, oy sayımı vb.) incelemek ve ardından her bir alandaki koşulların seçimin serbestliğini ve adilliğini sağlayıp sağlamadığını veya engelleyip engellemediğini değerlendirmektir.⁹ Biz yöntem olarak farklı bir yaklaşımı benimsemekteyiz. Bu yöntem kapsamında ilk olarak Robert Dahl’ın çalışmalarından yola çıkarak seçimler ile demokratik gelişme arasındaki ilişki incelenecektir. Bu, “serbest ve adil” kavramının tanımlanması için bir temel sağlamaktadır. Daha sonra değerlendirme kriterlerinin bir listesi sunulacak ve bu listenin uygulamadaki önemi ele alınacaktır.

2. Seçimler ve Demokratik Geçiş

Eski sömürge ölkelerinde veya demokratik olmayan ölkelerde, siyasetçilerin ve seçmenlerin ayrıca demokratik ilkelere bağlı kişi, ölk ve uluslararası kuruluşların seçimlere ve referandumlara büyük ilgi duymaları şaşırtıcı değildir. Ancak bu durum, demokratik geçiş sürecine ilişkin çarpıtılmış bir tablonun meydana çıkmasına neden olmaktadır. Çünkü seçimlerin bizatihi kendisi ilgi odağı haline gelmiş ve demokraside veya pratik siyasette hiçbir temeli olmayan bir önem kazanmıştır.¹⁰

Seçimlerin ilk bakışta anlaşılacak derecede ve çok sayıda usulsözölük olmandan yapıldığı herhangi bir ölkenin demokratik sayılabileceği fikri yaygın bir yanlış kanıdır. Bu düşünce tarzı ABD’nin bazı Güney ve Orta Amerika ölkelerine yönelik politikasında kolaylıkla görölebileceği gibi diğer milletlerin dış politika-

⁸ Jorgen Elklit, “Is the Degree of Electoral Democratization Measurable? Experiences from Bulgaria, Kenya, Latvia, Mongolia and Nepal”, ed. David Beetham, *Defining and Measuring Democracy* (London: Sage, 1994), 89-111.

⁹ Guy S. Goodwin-Gill, *Free and Fair Elections: International Law and Practice* (Geneva: Inter-Parliamentary Union, 1994), 27-80; William C. Kimberling, “A Rational Approach to Evaluating Voter Registration”, ed. John C. Courtney, *Registering Voters: Comparative Perspectives* (Cambridge, Mass.: Center for International Affairs, Harvard University, 1991), 3-11.

¹⁰ Bu konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Georg Sorensen, *Democracy and Democratization: Processes and Prospects in a Changing World* (Boulder, Colo.: Westview, 1993).

larında da tespit edilebilir.¹¹ Ancak nihai amaç iyi işleyen bir demokrasiye doğru sürekli gelişmeyi desteklemekse, demokratik seçimlerin ön koşulları göz ardı edilmemelidir.

Robert Dahl, demokrasinin bir dizi “temel ön koşulunu” belirlemiştir. Bu koşullardan biri de “serbest ve adil” seçimlerdir. Ancak Dahl, “serbest ve adil” kavramından tam olarak neyi kast ettiğini belirtmemiştir. Sadece bu kavramla ilgili olarak, “Yetkililer, seçimlerde baskının nispeten nadir bir şekilde gündeme geldiği sık ve adil seçimlerle seçilir.” demektedir.¹² Bu durum birkaç sorunun cevapsız kalmasına neden olmaktadır. Örneğin, yetişkin nüfusun bir kısmının oy kullanma hakkı olmadığında seçimler serbest ve adil olabilir mi? Peki, tüm vatandaşların seçimlerde aday olma şansı yoksa ne olacaktır? İfade, toplanma ve seyahat özgürlüğü mevcut değilse ne olacaktır? Başka bir deyişle “serbest ve adil” seçimlerden söz edebilmemiz için Dahl’ın belirlemiş olduğu demokrasinin ön koşullarının tamamının gerçekleştirilmiş olması gerekmez mi? Bu sebeple Dahl’ın kendisi de demokratik geçiş süreçlerinde bazı koşulların sağlanabilmesi için seçimlerin normalde olması gerekenden daha sonra ele alınmasını savunmuştur. Bu, “serbest ve adil” seçimlerin yapılabilmesi için demokrasinin bir dizi başka ön koşulunun, en azından kısmen, karşılanması gerektiği anlamına gelmektedir.¹³

O halde “serbest ve adil” seçim kavramının açıkça tanımlanması ve demokrasinin diğer ön koşullarından farkının ortaya konması gerekmektedir. Aynı zamanda “serbest ve adil” seçim kavramının seçimlerin değerlendirilmesinde kullanılabilecek spesifik bir ölçüte dönüştürülmesi de elzemdir. Seçim süreci ise her biri belirli değerlendirme kriterine karşılık gelen aşama ve bölümlere ayrılmalıdır.

Dahl’ın belirttiği gibi özgürlük, baskı ile zıt kavramlardır. Özgürlük, bir şeyi diğerine tercih etme hakkına ve imkanına sahip olmak manasına gelmektedir.

¹¹ Philippe C. Schmitter and Terry Lynn Karl, “What Democracy is ... and is Not”, *Journal of Democracy* 2 (Yaz, 1991): 75-88.

¹² Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics* (New Haven: Yale University Press, 1989), 221. Dahl esasen “demokrasi”den değil, “poliarşi” kavramından bahsetmektedir. Biz burada hem ideolojik manada hem de mevcut siyasi rejimleri tanımlayacak şekilde günlük kullanıma uygun olduğu için demokrasiyi kullanmaktayız.

¹³ Robert A. Dahl, “Democracy and Human Rights Under Different Conditions of Development”, eds. Asbjorn Eide and Bernt Hagtvet, *Human Rights in Perspective: A Global Assessment* (Oxford: Basil Blackwell, 1992), 235-51.

Baskı ister Şeklen ister pratikte olsun, seçim hakkının yokluğunu ifade etmektedir. Bir baskı durumunda ya biri hariç tüm seçenekler yasaktır ya da bazı seçimler kişinin ailesinin güvenliği, refahı ve saygınlığı açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.

Adalet, tarafsızlık demektir. Eşitler arasında eşit olmayan muamele ve bazı kişi veya gruplara herhangi bir dayanaktan yoksun birtakım ayrıcalıklar sunulması adaletin zıddıdır. Adalet hem bir *intizam* hem de *makuliyeti* kapsamaktadır. Burada *intizam*, kuralların herkese tarafsız uygulandığı bir düzeni, *makuliyet* ise politikadaki rakiplere ilgili kaynakların makul ölçüde eşit dağıtılmasını kapsamaktadır.

Uygulamada serbestlikle adaleti birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir. Bu sebeple seçim sürecinin çeşitli aşamalarının herhangi bir Şekilde tasnif edilmesinde dikkatli olunmalıdır. Ancak genel olarak özgürlük hususu, seçmenlerin herhangi bir baskı veya kısıtlama olmaksızın (muhtemel ekonomik sınırlamalar hariç) seçime katılma fırsatına ilişkin unsurları içermektedir. Dolayısıyla serbestlik öncelikle oyunun kurallarıyla ilgilidir.

Bu iki ölçekten hangisi daha önemlidir? Kanaatimizce serbestliğin öncelikli olduğu söylenebilir. Çünkü serbestlik, demokrasinin ve ona giden yolda seçimlerin bir ön koşuludur. Yasal olarak güvence altına alınmış siyasi özgürlükler olmadan, kuralların adil uygulanıp uygulanmadığı sorunu anlamsızdır ve kaynakların makul ölçüde eşit dağıtılması sorunu da önemsizdir.

Adaletin iki prensibi arasında ayırım yapmak, serbestlik ve adillik arasında ayırım yapmak kadar zordur. Çünkü adaletin hem intizam hem de makuliyet prensibi tarafsızlığı içinde barındırmaktadır. Ancak bunların mümkün olduğu kadar birbirinden ayrılması gerekmektedir. Seçim kanununun, anayasal hükümlerin ve diğer düzenlemelerin herkes için tarafsız bir Şekilde uygulanması demek olan intizam, makuliyetten daha spesifik bir kavramdır ve bir seçimin geçerli kabul edilebilmesi için çok yüksek ölçüde tesis edilmiş olmalıdır. Siyasi zgrlklerin kullanılması için makul ölçüde eşit fırsatlar sağlamayı ifade eden makuliyet, daha genel bir kavramdır ve tam olarak sağlanması imkansızdır. Hatta makuliyetin yüksek oranda gerçekleştirilmesi bile mümkün değildir. Kaldı ki siyasi rakipler arasında politik kaynakların eşit olarak dağıtıldığı hiçbir demokrasi bilmiyoruz.

Dolayısıyla bir seçimin veya referandumun adil olup olmadığını değerlendirirken, bireylerin veya grupların ideal fırsatlara sahip olup olmadığını belirle-

mekten ziyade kuralların nasıl uygulandığını kavramak daha önemlidir. Bu, makuliyet önemsizdir, demek değildir. Hakikaten, politik kaynaklara ve fırsatlara erişimin artması, bir rejimin demokratikleştiğinin açık bir göstergesidir. Rekabetin yoğun olduğu seçimlerde çeşitli gruplara aynı fırsatların sunulması bilhassa önemlidir. Herhangi bir grubun veya siyasi partinin seçimi kazanma şansı ile diğerleri arasında dengesiz bir eşitsizlik söz konusu olmamalıdır. Güney Afrika'da Nisan 1994 seçimlerinin hazırlık aşamasında kullanılan "eşit şartlar yaratma" kavramı adaletin bu yönünü ortaya koymaktadır.¹⁴

Temel kavramların açıklığa kavuşturulmasına ek olarak, seçim öncesi, seçim zamanı ve seçim sonrası gibi süreçleri de birbirinden ayırmak önemlidir. Seçim günü, seçim sürecinin bir parçasıdır. Dolayısıyla seçim gününe dayalı kısa süreli gözlemler temel olarak hatalı sonuçlar vermektedir. Seçim öncesi dönem ise özellikle önemlidir. Çünkü gözlemciler bu aşamada seçim kanunlarının ve anayasanın, seçmenlerin özgürlüğünü güvence altına alıp almadığını değerlendirmeli ve ilgili kaynakların rakip partiler ve adaylar arasında eşit bir şekilde dağıtıldığını onaylamalıdır. Seçim öncesinin değerlendirilmesi özellikle 1990 Nikaragua olayından sonra Birleşmiş Milletler ve diğer kuruluşlar nazarında daha fazla önem kazanmıştır.

Oy kullanıldıktan sonraki dönem de dikkate alınmalıdır. Bu aşamada en mühim husus, kuralların adil ve düzgün bir şekilde uygulanmasıdır. Oy pusulalarının sayımı derhal rapor edilmeli ve seçim sürecine ilişkin şikayetler tarafsız bir şekilde ele alınmalıdır.

3. Değerlendirme Süreci

Seçimlerin değerlendirilmesiyle ilgili serbestlik ve adillik kavramlarıyla üç gözlem aşaması bir arada ele alındığında Tablo 1'de sunulan kontrol listesi meydana gelmektedir. Kontrol listesi çok kullanışlı bir araçtır ama bazı sorunları bulunmaktadır. Hem literatüre¹⁵ hem de pratik deneyime dayanmasına rağmen kapsamlı değildir. Ayrıca detaylı ve açık bir dizi talimatı değil, değerlendirme

¹⁴ Örnek olarak bkz. Ron Gould ve Christine Jackson, A Guide for Election Observers (Dartmouth, Aldershot, England: Commonwealth Parliamentary Association, 1995).

¹⁵ Örneğin, Gould ve Jackson, A Guide for Election Observers; Goodwin-Gill, Free and Fair Elections; material on election monitoring from the South African IEC and a number of monitoring organizations and Democracy Forum: Report on the "Democracy Forum" in Stockholm, Haziran 12-14, 1996 (Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 1996), esp. 14-21.

sürecinin Őematik bir taslağını ifade etmektedir. Bu durum güvenilirlik açısından iki yönlü bir soruna yol açmaktadır. Birincisi, seçim gözlemcileri kriterlerin hangi ölçüde yerine getirildiği konusunda anlaşmazlığa düşebilir. İkinci olarak liste, kriterlerin önem sıralaması hakkında herhangi bir bilgi verilmemektedir. Bazı kriterler yerine getirilirken bazıları getirilmemiŐse veya belirli bir kriter kısmen yerine getirilmişse, seçim gözlemcileri büyük ölçüde kendi kanaatlerine güvenmek zorundadır. Bununla birlikte kılavuz niteliğinde bazı genel ilkeler sunduğu açıktır.

Söz konusu ülkenin seçim kanunu ve ilgili düzenlemeleri uluslararası seçim gözlemcilerinin gözünde ideal olmasa da gözlemcilerin temel görevi, seçim sürecinin bu kanuna uygun olup olmadığını tespit etmektir.

	Ölçütler	
Zaman periyodu	Serbest	Adil
Seçimden Önce	1. Seyahat Özgürlüğü 2. İfade Özgürlüğü (Adaylar, medya, seçmenler ve diğerleri için) 3. Toplanma Özgürlüğü 4. Dernek Kurma Özgürlüğü 5. Seçim ve seçim kampanyası yürütebilme özgürlüğü 6. Seçimde aday olmaya engel olunmaması (hem siyasi partiler hem de bağımsız adaylar için) 7. EŞit ve genel oy hakkı	1. Şeffaf bir seçim süreci 2. Hiçbir siyasi partiye veya toplumsal gruba hususi ayrıcalıklar vermeyen bir seçim kanunu ve seçim sistemi 3. Seçmen kütüğüne kayıt yaptırmaya engel bir durumun bulunmaması 4. Bağımsız ve tarafsız seçim komisyonlarının kurulması 5. Polis, ordu ve mahkemeler tarafından adaylara tarafsız davranılması 6. Siyasi partiler ve bağımsız adaylar için seçimlere katılma konusunda eşit fırsatlar sunulması 7. Tarafsız seçmen eğitim programı 8. Seçim kampanyalarının belirlenen kurallara uygun yürütülmesi 9. Kamusal medya kaynaklarına eşit düzeyde erişim sağlanması 10. Kamu fonlarının siyasi partilere tarafsız bir Şekilde tahsis edilmesi 11. Seçim kampanyaları için devlet imkanlarının kötüye kullanılmaması
Seçim Günü	1. Seçime katılma imkânı verilmesi	1. Siyasi partilerin temsilcileri, resmi yerel ve uluslararası seçim gözlemcileri ve medya için bütün

	Ölçütler	
Zaman periyodu	Serbest	Adil
		oy kullanma merkezlerine erişim sağlanması 2. Kullanılan oyların gizliliği 3. Seçmenlerin tehdit edilmemesi 4. Oy pusulalarının düzgün bir şekilde düzenlenmesi 5. Seçime uygun oy sandıkları 6. Gerekli hallerde seçmenlere tarafsız şekilde yardım edilmesi 7. Oy sayım sürecinin düzgün yürütülmesi 8. Geçersiz oy pusulalarının tam olarak kaydedilmesi 9. Seçim malzemeleri taşınırken gerekli tedbirlerin alınması 10. Oy kullanma merkezlerinin tarafsız bir şekilde korunması
Seçim Sonrası	1. Yasal şikâyet olanaklarının tanınması	1. Seçim sonuçlarının hızlı ve resmi olarak duyurulması 2. Seçime dair herhangi bir şikâyetin tarafsız bir şekilde ele alınması 3. Medyanın seçim sonuçları hakkında tarafsız yayınları 4. Seçim sonuçlarının seçime katılan herkes tarafından kabul edilmesi

Tablo 1’deki kontrol listesi, gözlemcilerin seçim sürecinin aşamalarını takip etmelerine ve bu aşamaları gözlemcilerin tamamen aşına olması gereken seçim kanunlarıyla karşılaştırmalarına yardımcı olabilir.

Tabidir ki sosyal ve siyasi koşullar ve demokratik geçiş süreçlerinde olduğu gibi seçim süreçleri de birbirinden farklılık göstermektedir. Bu nedenle Tablo 1’de listelenen çeşitli kriterlere mutlak önem atfetmek mümkün değildir. Çünkü bu maddelerin her birinin önemi seçimin bağlamına göre değişmektedir. Genel olarak, “serbestlik” sütunundaki maddeler “adillik” sütunundaki maddelerden daha önemlidir. Bununla birlikte “adillik” sütunundaki seçim kanununun ve ilgili düzenlemelerin tarafsız ve düzgün bir şekilde uygulanması ise, politik rekabetin sağlanabilmesi için ideal fırsatlar sunulmasından daha önemlidir. Serbestlik, seçimlerin geçerliliği açısından gerekli olsa da tek başına yeterli bir

kriter değildir. Bir seçimin geçerli sayılabilmesi için serbestlikle birlikte seçimlerle ilgili kuralların adil bir Ŗekilde uygulandığı yani bu iki hususun birlikte var olduğu bir seçim söz konusu olmalıdır. Ayrıca seçimlerin serbest ve adil olması için rakip partilerin seçim için ayrılan kaynaklara ve medyaya tam olarak eşit olmasa bile erişimi sağlanmalıdır.

Seçim gününden öncesi ve sonrası en az seçim günü kadar önemlidir. Özelikle seçim öncesi dönemde siyasi özgürlüklere riayet edilmesi, bir seçimin geçerliliği ve hatta seçim gözlemi yapılabilmesi için bir ön koşuludur. Bu kurallar ihlal edilirse, seçimin serbest ve adil olmasından bahsetmek Ŗyle dursun, geçerli olduğu bile söylenemez. Seçim sonrasında mühim olan hususlardan biri de bütün adayların seçim sonucuna rıza göstermesidir. Seçim sonuçlarına itiraz edilmesi halinde, sorunun nedenlerinin analiz edilmesi ve yapılan Ŗikayetlerin nasıl ele alındığının gözlemlenmesi gerekmektedir.

Seçim gününde olanlar da ayrıca önemlidir. Fakat seçim günü üzerinde çok durulmamaktadır. Bununla birlikte bugünkü faaliyetler yeterli surette de rapor edilmemektedir. Usulszlkleri sadece gözlemlemek ve raporlamak yeterli değildir, makul sonuçlar çerçevesinde değerlendirmeler yapılmalıdır. Bu usulsüzlüklerle ilgili olarak önemli olan Ŗey, bunların ne derecede yaygın yapıldığı, ne kadar ciddi boyutlarda olduğu, belirgin bir eğilim gösterip göstermediği (zellikle mevcut grevdekiler lehine) ve nihai sonuçları ne kadar etkilediğidir.

Elbette usulsüzlükler not edilmeli ve bunların giderilmesi için önerilerde bulunulmalıdır. Ancak seçim sonuçlarını manipüle etmeye yönelik kasıtlı girişimler, teknik kapasite ve deneyimsizlikten kaynaklanan usulsüzlüklerden çok daha ciddidir. Esasen, seçim günü yapılan usulsüzlükler serbestlik ve adilliliği, yalnızca geniş çaplı, sistematik ve başa baş giden bir seçimde sonuçları değiştiren bir etki yaratıyorsa ciddi Ŗekilde tehdit etmektedir.

Seçim gözlemcileri, hangi kriterlerin yerine getirildiğini belirlemeye ve çeşitli unsurların değişken önemine karar vermeye ek olarak mevcut koşullar altında seçim veya referandumda halkın iradesinin hakikaten tecelli edip etmediğini de belirlemelidir. Neticede seçimlerin yapılmasının temel nedeni budur ve usulsüzlüklerle teknik sorunlar bu açıdan değerlendirilmelidir.

Seçim gözlemcileri seçimi, spesifik olarak demokratik geçiş süreci bağlamında da ele almalıdır. Buna göre, yapılan seçimler, -bazı teknik eksiklere rağmen- siyasi özgürlüklere saygı göstermeyi artırarak, seçimle ilgili kanunlara bağlılığı güçlendirerek, ilgili kaynaklara daha geniş erişim yoluyla siyasi rekabeti

geliştirerek, daha fazla insanı siyasi sürece dahil ederek veya siyasi tartışmalarının kalitesini artırarak demokratikleşmeyi teşvik etmekte midir? Bu değerlendirmelerin politik değerlendirmeler olduğuna dair görüşler olsa da esasen bu konu seçim gözlemi çerçevesi içinde işlenebilir. Seçim gözlemcileri bir seçimi münferit bir vaka olarak değil de demokratikleşme sürecinin bir parçası olarak ele alacaklarsa, seçimlerin demokratik geçiş sürecine katkıda bulunup bulunmadığını ve eğer bulunuyorsa ne surette bir katkı sağladığını ortaya koymaktan kaçınamazlar.

Bu kapsamda seçim gözlemcileri seçimleri dar ve teknik bir gözle değerlendirmenin ötesine geçerek seçmenlerin tercihlerinin seçime nasıl yansıdığını ve seçimlerin demokratikleşme sürecinde oynadığı rolü değerlendirebilir ancak daha geniş yargılarda bulunmaktan kaçınmalıdır. Söz gelimi seçim gözlemcileri tarafından bir seçim, ülkede veya bölgede siyasi istikrara veya hukuki düzene katkıda bulunuyor diye geçerli sayılmamalıdır. Bu tür bir yargıda bulunmak hem seçimle ilgili hem de seçimin doğasına uygun olabilir fakat seçim gözlemcilerinin görevi kapsamında değildir. Seçim gözlemcilerinin yapması gereken şey genel durumun seçimle ilgili hususları hakkında bilgi vermektir. Bu bilgiler ışığında uygun siyasi sonuçlar çıkarmak ulusal hükümetlerin ve uluslararası kuruluşların işidir.

Bahsedilen çerçevede kalan ve bu sınırları aşan çalışmalar arasında kesin bir ayırım yapmak kolay değildir. Kaldı ki bütün seçim gözlemcileri böyle bir ayırımı kabul etmemektedir. Bu durum, siyasi kararlar almaya ve bunların sorumluluğunu üstlenmeye alışkın olan bazı parlamenterlerin seçim gözlemcileri arasında yer alması halinde gözlemlenebilir. Bu tür gözlemciler, genellikle seçim gözlemciliğinin gerektirdiği sınırlamaları kabul etmeye yanaşmaz. Uluslararası kuruluşlar veya ulusal hükümetler seçimlerin değerlendirilmesi ile bu değerlendirmelere ait siyasi sonuçların analizini birbirinden ayırmakta güçlük çekmektedir. Bu durumda da bir öncekine benzer bir sınırlandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Yine, bunlar da farklı kuruluşlar tarafından yürütülmesi gereken iki ayrı faaliyettir.

4. Bazı Örnekler

Yukarıda bahsedilen seçim gözlemi ve buna ilişkin değerlendirmeler arasındaki bazı sorunları birkaç örnekle açıklamak mümkündür.

Moğolistan'daki Haziran 1992 parlamento seçimleri en azından bir açıdan övgüye değerdi: Eski komünist, Moğolistan Halkın Devrimci Partisi (MPRP) sa-

dece biraz reform yaparak büyük ölçüde örnek bir seçim kanunu getirmiş ve kanunun bütün esaslarına uyulmuŐtu. Ancak MPRP, aynı zamanda dünyanın en antidemokratik seçim sistemini de kurmuŐtu. (Bir seçim bölgesinde parlamentoya kaç  ye seçilecekse, bu sayıda aday partiler tarafından sunulur ve çoğunluk oyu alan partinin bütün adayları seçilmiş olur.)¹⁶ Bu seçim sistemi doğrultusunda öngörülebileceği üzere MPRP, seçimde %57 oy almasına rağmen, parlamentoda %93 bir çoğunluk sağlamıştır. Bu noktada %57 oy oranı da açık bir ounluktur fakat ülkenin sosyal ve siyasi sistemlerinin tamamen yeniden düzenlendiği bir dönemde seçmenlerin neredeyse %40'ından fazlası parlamenter temsilden yoksun kalmıştır. Bu durum, serbest ve adil seçimler açısından ne manaya gelmektedir? Bu sistemde yapılacak seçimin geçerli olduğu söylenebilir mi? Neyse ki Haziran 1996'daki parlamento seçimlerinde seçim sistemi basit çoğunluk sistemi ile deėiŐtirilmiŐtır.

Kenya'da Aralık 1992'de yapılan başkanlık, parlamento ve yerel seçimler de çeşitli açılardan tartışmalara yol açmıştır.¹⁷ Devlet Başkanı Daniel arap Moi ve partisi Kenya Afrika Ulusal Birliği'nin (KANU) seçimde manipülasyon yaptığına dair önemli deliller bulunmuştur. Ancak seçim tarihi yaklaŐtıka durum düzelir gibi olmuş ve bütün faktörler birlikte değerlendirildiğinde nispeten usulüne uygun bir seçim yapılmıştır. Bu seçimde muhalefet partilerinin kötü bir performans göstermesi, birlikte çalışma konusundaki başarısızlıklarından ve kısmen de KANU'nun, seçim komisyonu başkanının ve diğer bazı kişilerin çeşitli oyunlarından kaynaklanmaktaydı. Böyle geçen seçimler serbest ve adil olarak vasıflandırılabilir mi?¹⁸ Bu Şekilde usulsüzlükler ve kuralsızlıklar yapılan bir düzende demokrasinin gelişmesi mümkün müdür?

¹⁶ Bu seçim sistemi, partilerin oy oranları ve yasama meclisinde kazanılan sandalye oranı arasında büyük farklılıklar yarattığı için demokratik bir sistem olarak değerlendirilmemektedir.

¹⁷ örnek olarak bkz. Joel D. Barkan, "Kenya: Lessons from a Flawed Election", *Journal of Democracy* 4 (July 1993): 85-99; Gisela Geisler, "Fair? What Has Fairness Got to Do with It? Varieties of Election Observation and Democratic Standards", *Journal of Modern African Studies* 31 (Aralık 1993): 613-637; Patrick F. J. Macrory, Jorgen Elklit and Rafael Sabat Mendez, *Facing the Pluralist Challenge: Human Rights and Democratization in Kenya's December 1992 Multi-Party Election* (Washington, D. C.: International Human Rights Law Group, 1992); and Jorgen Elklit, "Et valg i Afrika: Kenya 1992 som eksempel" (An election in Africa: Kenya 1992 as an example), ed. Gorm Rye Olsen, *Afrika-det ukuelige kontinent* (Africa - the indomitable continent) (Copenhagen: Danmarks Radio Forlaget, 1994), 115-136.

¹⁸ Seçimler hakkında rapor veren gözlemci gruplardan hiçbiri "serbest ve adil" ifadesini kullanmamıŐtır. Daha sonra yapılan tartışmalar ise, eleştirilerin daha açık olup olmaması konusuna odaklanmıştır.

Mart 1994'te Uganda'nın Kurucu Meclis seçimlerinde, ülkedeki kanlı etnik çatışmalarla ilişkilendirilen siyasi partilerin aday göstermesi yasaklanırken, bağımsız adaylara büyük bir yetki tanınmıştır. Bu karar kayda değer memnuniyet-sizliklere yol açmıştır. Bunun üstüne ciddi bir seçmen kaydı problemi ortaya çıkmıştır. Normal koşullarda planlanan şey, seçimin bir günde tamamlanması ve oyların hava kararmadan sayılmasıydı. Bu yüzden seçmenler en fazla altı yüz seçmenden oluşan oy kullanma merkezlerine dağıtılmıştı. Ancak teknik sorunlar sebebiyle seçmen listeleri yayınlanamamıştır. Sonuç olarak, seçmenler hangi oy kullanma merkezine gideceklerini öğrenemediler. Bu da seçim günü büyük bir karışıklığa yol açmıştır. Bütün bunlara bakılarak siyasi partilerin seçim sürecinden dışlanmasının, seçimlerin serbest ve adil niteliğine zarar verdiği söylenebilir mi? Veya seçmen kaydındaki sorunlar bir seçimi geçersiz kılar mı?

Güney Afrika'da Nisan 1994'teki parlamento ve bölgesel meclisler için yapılan seçimlerde, bütün vatandaşların ve siyasi partilerin demokratikleşme ve uzlaşma sürecine dahil edilmesi için önemli çabalar sarf edilmiştir. Ancak ülkedeki birçok farklı siyasi oluşum ve sosyal grup için fırsat eşitliğini sağlamak çok zor olmuştur. İdari ve usule ilişkin pek çok sorun da mevcuttu. Hem parlamento hem de bölgesel meclisleri kapsayan bu iki yönlü seçimin bu özelliğinden ne anlamalıyız? Güney Afrika Bağımsız Seçim Komisyonu'nun (IEC) bu seçimleri "esas itibarıyla serbest ve adil" olarak nitelendirmesi uygun mudur?

Tanzanya'da Ekim 1994'te yapılan yerel seçimlerde seçmenlerin yalnızca yarısı oy kullanmak için kayıt yaptırmıştır. Bu rakam bir önceki yerel seçime katılımı karşılaştırıldığında hayal kırıklığı yaratacak derecededir. Öte yandan, otokratik Tanzanya Devrimci Parti (CCM) haricindeki siyasi partilerden de adaylar gösterilmiş ve bu adaylardan bazıları da seçilmiştir. Ancak tam seçim sonuçları bildirilmediği için, muhalefetin CCM'den yerel meclislerde ne kadar sandalye aldığını ve muhalefet partilerinin ulusal düzeyde ne kadar güçlü olduğunu öğrenmek mümkün olmamıştır. Her ne kadar böyle bir seçimi "serbest ve adil" olarak nitelendirmek zor olsa da bu seçim geçerli olarak kabul edilemez mi?

5. Bazı Farklı Durumlar Üzerine Analitik Yaklaşımlar

Burada pek azı sayılan diğer birçok örnekten de anlaşılacağı gibi her neredeyse yapılsa yapılsın seçimlerin değerlendirilmesi için kesin kurallar koymanın zor, belki de imkânsız olduğu açıktır. Fakat bazı analitik ölçütler belirlemek mümkün olabilir.

Serbestlik ve adilliği iki temel ölçüt olarak alırsak, bazı seçimlerin mükemmel surette olmasa bile serbest ve adil olduğundan bahsedilebilir. İyi işleyen demokratik sistemlerin tamamında veya tamamına yakınında seçimlerin bu Şekilde olduğunu söylemek mümkündür. Bu yüzden bu seçimlere uluslararası seçim gözlemcisi çağırmaya gerek olmadığı düşünülüyor. Böyle olunca da bu seçimler daha çok akademik düzeyde ilgi görmektedir.

Bunların dışında, çok sayıda temel kriterin ihlal edildiği ve bu sebeple serbest ve adil olarak nitelendirilemeyecek seçimler de mevcuttur. Birçok durumda, bu seçimlerin yapıldığı ülkeler, seçimleri onaylıyormuş gibi gördükleri ve bundan çekindikleri için uluslararası seçim gözlemcisi davet etme zahmetine girmezler. Kaldı ki davet ederlerse gözlemciler, seçimlerin serbest ve adil yapılmadığını da ilan edebilir. Arnavutluk'un Mayıs 1996'daki parlamento seçimleri buna yakın bir örnektir. Ayrıca in Halk Cumhuriyeti'ndeki köy komitesi seçimlerinin çoğu da bu gruba girmektedir.¹⁹

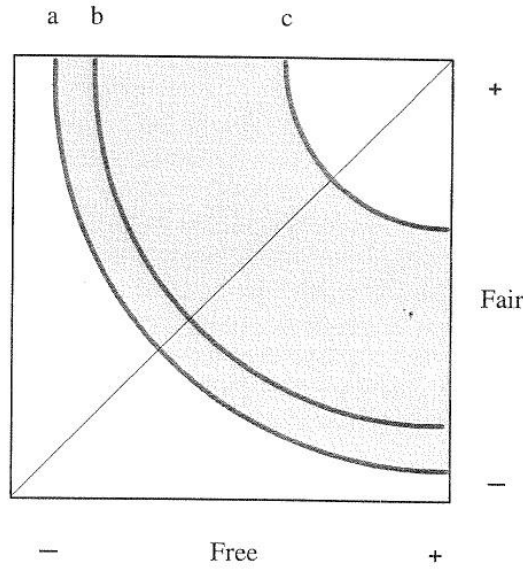
Serbestlik ve adillik kriterlerini iki ayrı nokta olarak düşünürsek bu iki uç arasında bazı eksikler nedeniyle "serbest ve adil" olarak tanımlanamayacak seçimler bulunduğu gibi "serbest ve adil" bir seçim olmadığı iddia edildiğinde bunun mantıksız olacağı seçimler de bulunmaktadır. Bazı seçimlerin serbest Şekilde yapıldığı söylenebilir ancak uygulamada adalet kriterinde sorun vardır bazı seçimlerin de sadece bir dereceye kadar serbest olduğu görülürken belirli sınırlar dahilinde adil olarak gerçekleştirildiği görülmektedir.

Seçim gözlemcileri mevcut koşulları göz önünde tutarak geniş bir perspektiften baktıklarında -özellikle siyasi rekabetin ve seçimlere katılımın artırılması açısından- bu tür seçimleri "serbest ve adil" olarak nitelendirmeseler bile- geçerli kabul edebilmektedir. Bu tür vakalar sadece değerlendirilmesi en zor vakalar değil, aynı zamanda uluslararası gözlemcilerin karşılaşma ihtimalinin en çok olduğu vakalardır. Böyle ülkelerdeki hükümetler, içeride meşruiyetlerini artırmak ve dışarıda tanınmak için uluslararası toplumun onayını almaya heveslidir.²⁰

¹⁹ Bkz. Melanie Manion, "The Electoral Connection in the Chinese Countryside", American Political Science Review 90 (Aralık 1996): 736-48; Jorgen Elklit, "The Chinese Village Committee Electoral System", China Information.

²⁰ Christopher Clapham, Africa and the International System: The Politics of State Survival (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 200.

Uygulamada, seçimler ve referandumlar büyük olasılıkla Şekil 1’deki taralı alana (a ve c eğrileri arasında) düşecektir. Bu alan açıkça “serbest ve adil” olarak nitelendirme yapılamayan alandır. Ancak teknik sınırlamalar ve demokratikleşme beklentileri hesaba katıldığında bu seçimler “geçerli” seçimlerdir. Bu alandaki seçimlerde söz konusu ülkenin seçim kanununun uygulanmasının analizi yapılırken yalnızca Tablo 1’deki kriterler değil, aynı zamanda gözlemcilerin bu kriterleri ne derece katı uygulaması gerektiğini belirlemesine yardımcı olabilecek diğer faktörler de dikkate alınmalıdır. Örneğin, seçim otoriterlikten demokrasiye geçiş sürecinde olan bir ülkede ilk kez yapılıyorsa, kriterlerin nispeten gevşek şekilde uygulandığı (a eğrisi) görülebilir. Öte yandan, yetkililerin seçimlerde hile yaptığına dair bir kanıt varsa, daha katı bir uygulama (b eğrisi) yerinde olacaktır. Uygun koşullar altında bile, bir seçim veya referandumu “serbest ve adil” ilan etmeden önce bütün kriterlerin eksiksiz olarak yerine getirilmesini beklemek hem makul değildir hem de metodolojik olarak mümkün değildir. Temel özgürlüklerin mevcut olduğu, seçim kanununun yüksek oranda tarafsız bir şekilde uygulandığı, belli başlı adayların seçim kampanyası ile ilgili kaynaklara ve medyaya makul düzeyde erişebildiği sürece bazı kriterlerin göz ardı edilmesi (c eğrisi) mümkündür.



Şekil 1: Fair (Adil) ve Free (Serbest)

Taralı alana (a ve c eğrileri arasına) giren seçimlerin ve referandumların çokluğu göz önüne alındığında bazı özel hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. “Serbest ve adil” kriterleri arasında net bir ayırım yapmak zor olduğundan,

bu tür seçimlerin değerlendirilebilmesi için en uçtaki iki noktayı birleştiren düz bir çizgiyle (Şekil 1'deki köőegen çizgisi) gösterim yapılmıştır. Dolayısıyla kritik nokta, köőegenin taralı alanı güneybatı yönünde geçtiği bölgedir. Burada seçimlerin geçerli veya geçersiz oluşu arasındaki eşiği bulmaktayız.

Bir seçimin geçerli olup olmadığı belirlenirken seçim gözlemcileri, ülkenin seçim kanunu ve ilgili düzenlemelerine ne derecede uyulduğuna odaklanmalıdır. Bununla birlikte sadece seçim günü yaşananları değil, aynı zamanda seçim öncesini ve sonrasını da dikkate almalıdır. Ayrıca seçim sonucunda seçmenlerin iradesinin tecelli edip etmediği ve yapılan seçimlerin demokratikleşme sürecine ne gibi katkı sağladığı da önem taşımaktadır.

Gz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, seçim sonuçlarının birbirine yakınlığıdır. Seçim gözlemcileri galibin büyük bir farkla seçimi kazandığı ve muhtemelen usulsüzlük yapılsa bile sonucun değişmeyeceği durumlarda daha esnek değerlendirmeler yapmalı mıdır? Bu argüman mantıklı olsa da doğru değildir. Çünkü büyük bir farkla kazanılan seçimlerde bile bu büyük fark hiyle elde edilmiş olabilir. Öte yandan farkın az veya büyük olması subjektiftir. Son olarak, seçimlerin seçmenler, adaylar, siyasi partiler ve seçim görevlileri açısından büyük bir tecrübe fırsatı yarattığı göz önünde bulundurulursa, yeni kurulan demokratik idarelerde seçime dair standartların çok düşük tutulmaması şeklinde güçlü bir argüman da yöneltilebilir.

6. Karmaşık Bir Sürec

“Serbest ve adil” ifadesi, seçimlerin evrensel geçerliliği olan değişmez standartlara uyumunu ifade etmemektedir. Böyle bir standart yoktur. Seçim sürecinin karmaşık yapısı sebebiyle herhangi bir basit formül üretmek çok gerçekçi değildir. Bir seçim gözlemi, karmaşık olguların mantıklı ve güvenilir şekilde ölçülebilmesi için birden fazla ölçeğin eş zamanlı olarak kullanılmasını gerektirmektedir. Bu problemler “serbest ve adil” olduğu açıkça tayin edilemeyen seçimlerin büyük bölümünün değerlendirilmesini etkilemektedir.

Bu nedenle seçim gözlemcileri bir ikilemle karşı karşıya kalmaktadır. İlk olarak, “serbest ve adil” kavramını kullanmaktan kaçınabilirler ama bu durum konu hakkında çok bilgi ve kavrayışa sahip olmayan bazı kimselerin bu ifadeyi kullanmasına neden olabilir. İkinci olarak, gözlemciler, “serbest ve adil” ifadesini faydalı bir kavram olarak kullanmayı seçebilir ama bu durumda entelektüel veya ahlaki kaygılara dayanan pek çok eleştiriye uğramayı da göze almalıdır.

Bu, seçimlerin gözlenmesi ve değerlendirilmesinin imkânsız bir iş olduğu anlamına gelmemektedir. Bu tür faaliyetlerin en iyi şekilde nasıl yürütülebileceğine dair genel çıkarımlar yapmak esasen mümkündür. Yukarıda izah edilen kritik noktanın güneybatısında kalan bölgedeki seçimler için gözlemciler, değerlendirme kriterlerini mümkün olduğunca açık bir şekilde belirlemeli ve aynı zamanda vardıkları sonuçların bir dereceye kadar tahminlere ve öznel yargılara dayandığını kabul etmelidir. Bunun yanında bir sonuca varırken, seçim yarışının önceki seçimlere kıyasla niteliksel olarak gelişme gösterip göstermediğini (özellikle serbestlik kriteri ve adalet kriterinin intizam sağlayan yönü açısından) göz önünde bulundurmaları hayati önem taşımaktadır. Elbette seçmen iradesi hangi yönde ise, seçim sonucuna onun yansıması gerektiğini söylemeye ihtiyaç yoktur.

Bu son kriterin yerine getirilmesi sebebiyle, Güney Afrika Bağımsız Seçim Komisyonu Güney Afrika'daki Nisan 1994 seçimlerini "prensipte serbest ve adil" olarak tanımlanmış ve bu seçimlerin genel kanaate göre geçerli sayılmasının nedenlerinden biri olmuştur.²¹ Bu faktör, yani seçimlerin halkın iradesini yansıtıp yansıtmadığı ve pozitif bir atmosferde yürütülüp yürütülmediği çok mühimdir. Keza seçimlerin değerlendirilmesi konusunda "genel geçer standartlar" ile (Profesör böyle standartların mevcut olduğunu savunmaktadır) "genel vaziyet içerisinde kendine has koşullar" dediği birtakım kriterler arasında denge kurmaya çalışan Guy Goodwin-Gill tarafından da vurgulanmaktadır.²²

Seçim gözlemcileri bir seçimin geçerli olduğu kararını verirken o ülkenin siyasi yetkililerine göre değil, durumun gerektirdiklerini göz önünde bulundurarak ve kendi kendine bir muhakeme yürüterek karar vermelidir. Seçimde birtakım usulsüzlükler yapılmasına rağmen seçimler düzenin demokratikleşmesine katkı sağlıyor gibi görünüyorsa, gözlemciler bu seçimi doğrudan geçersiz saymak üzerine biraz düşünmelidir. Bu durum her ne kadar olaylara siyah beyaz bakan daha katı gözlemcileri rahatsız edecek olsa da bunun bir önemi yoktur.

²¹ Elling N. Tjonneland, "The Birth of Democracy in South Africa", ed. Tjonneland, South Africa's 1994 Elections: The Birth of Democracy, Its Future Prospects and Norwegian Development Aid (Oslo: Norwegian Institute of Human Rights, 1994), 7-47; Jorgen Elklit, "Historik valg med mange problemer" (Historical elections with many problems), udenrigs (Yabancı) 49 (Yaz 1994): 1-11; Ron Gould, "Towards Free and Fair Elections - The Role of International Observers", In Focus 2 (1994): 4-7. Daha fazla tartışma için bkz. R. W. Johnson, "How Free? How Fair?" eds. R. W. Johnson ve Lawrence Schlemmer, Launching Democracy in South Africa: The First Open Election, Nisan 1994 (New Haven: Yale University Press, 1996), 323-352.

²² Goodwin-Gill, Free and Fair Elections, 81.

Bu makale, bu zamana kadar ortaya konandan daha fazla pratik uygulamaya d6n6k bir kontrol listesi geliştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak gelişmekte olan demokrasilerdeki b6t6n seçimler ve referandumlar için eşit derecede geçerli bir kılavuz geliştirmenin m6mk6n olduğunu d6ř6nm6yoruz. Bosna-Hersek'te Eyl6l 1996'da yapılan seçim, seçim s6recinin karmaşıklığına ve nihai bir karar vermenin zorluğuna dair iyi bir 6rnek teşkil etmektedir. Seçim g6n6nden 6nce hem Bosna Federasyonu'nda hem de Sırp Cumhuriyeti'nde birçok 6zg6rl6k b6y6k 6l6de ihlal edilmiştir. Bu 6zg6rl6kler arasında, genellikle hafife alınan ve bu nedenle değerlendirme kriterlerinin kontrol listesine dahil edilmeyen seyahat 6zg6rl6ė6 de yer almaktaydı.²³ Seçim yetkilileri elbette bu durumun farkındaydı ama uzun vadede barış ve istikrarın sağlanması açısından hayati 6nem taşıyan seçim s6recinin tamamını tehlikeye atmamak için ihtiyatlı davranmaya karar verdiler. Seçim 6ncesi yaşanan diğer 6nemli sorunlar arasında, seçmen kayıtları, ifade 6zg6rl6ė6, medya erişimi ve seçmenlere g6zdağı verilmesi gibi sorunlar sayılabilir. Seçim g6n6nde, seçimlerin sorunsuz bir şekilde yapıldığına dair bolca rapor gelmiştir. Fakat oyların sayımı aşamasında bazı b6lgelerde hile yapıldığına dair s6ylentiler ortaya çıkmıştır.

Seçim g6n6nden sonraki s6re ile ilgili olarak 6zellikle seçim yetkililerinin şikayetleri değerlendirme konusundaki isteksizliği ve seçim sonuçların razı olma gibi konularda da birtakım sorunlardan bahsedilebilir. Bu alanda ortaya çıkan sorunlar, bazı kişilerin yeni siyasi kurumların meşruiyetini kabul etmemesinden de kaynaklanmış olabilir.

Genel olarak bakıldığında, mevcut deliller Bosna-Hersek'teki seçimlerin "serbest ve adil" olmadığını hatta geçerli bile sayılamayacağını g6stermektedir. Fakat bu seçimler b6lgede barış ve istikrarın sağlanması 6nemi açısından uluslararası toplum tarafından geçerli sayılmıştır. B6t6n bunlardan çıkarılabilecek sonuç şudur: Seçimler, birinden diğerine o kadar çok değişir ki, s6rekli olarak yeni ve karmaşık siyasi durumlar ortaya çıkar. Bu da bir 6nceki seçim g6zleminden kazanılan tecr6belerin bir sonraki için sınırlı katkılar sağlamasına neden olmaktadır. Bu nedenle son on yılda seçim g6zlemciliğinin hızlı bir şekilde gelişmesine rağmen seçimlerin değerlendirilmesinde belirli kriterler ortaya koymak için hala kat edilmesi gereken uzun bir yol vardır.

²³ Bu 6zg6rl6ė6, liberalleşme çerçevesinde 6nemli bir yere koyan bir çalışma için bkz. Guillermo O'Donnell ve Philippe C. Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986), 7.

Sonuç

Seçimlerin serbest ve adil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bir dizi ön koşulun yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Örneğin, yetişkin nüfusun bir kısmının oy kullanma hakkının olmadığı, ifade, toplanma ve seyahat özgürlüğünün bulunmadığı bir durumda seçimlerin serbest ve adil olduğundan bahsedilemez. Bu durum bizi, serbest ve adil seçim kavramını sadece seçim günü şeklinde değil, seçim öncesi ve seçim sonrası süreçlerin de birlikte değerlendirildiği geniş bir zaman dilimi olarak ele almaya sevk etmektedir.

Seçim öncesinde, serbest seçimlerin sağlanabilmesi için, seyahat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, eşit ve genel oy hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin sağlanmış olması gerekmektedir. Adil bir seçimden söz edilebilmesi için, şeffaf bir seçim sürecinin yürütülmesi, eşitlikçi bir seçim kanunu ve seçim sistemi, polis, ordu ve mahkemeler tarafından adaylara tarafsız davranılması, kamusal kaynaklara adayların eşit oranda erişim sağlanması gerekmektedir.

Seçim günü ise, seçime katılma imkânı sağlanmasıyla seçimlerin serbest sayılabileceğinden bahsedilebilecekken, gizli oy kullanılması, seçmenlerin herhangi bir tehditle karşı karşıya kalmaması, oy sayım sürecinin düzgün yürütülmesi, oy kullanma merkezlerinin tarafsız bir şekilde korunması gibi durumlarda adil seçimlerden söz edilebilecektir.

Son olarak seçim sonrasında, seçimlerle ilgili yasal şikâyet olanaklarının sağlanması, seçimle ilgili şikâyetlere tarafsız yaklaşılması, medyanın bu aşamada tarafsız yayınlar yapması ve seçim sonuçlarının seçime katılanlar tarafından kabul edilmesi gibi hususların varlığı durumunda seçimlerin serbest ve adil bir şekilde gerçekleştirilmiş olduğu söylenebilecektir.

Serbest ve adil seçimler, bir rejimin demokratik niteliğinin en önemli unsurlarından biridir. Seçimlerin serbest ve adil olarak yapılmadığı bölgelerde ve ülkelerde sadece demokrasinin yara alacağını değil, aynı zamanda meşruiyet krizlerinin ve otoriter yönetimlerin ortaya çıkacağını söylemek de mümkündür. Bu açıdan bakıldığında serbest ve adil seçimler demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarından biri olmak yanında, otoriter rejimlerin oluşmasının önündeki en büyük engellerden de biridir.